

UNIVERSIDAD NACIONAL
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS LATINOAMERICANOS

REVISTA
LATINOAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS

ISSN: 1659-4304

Volumen 26, Número 2
Julio-diciembre 2015

PROGRAMA REPERTORIO AMERICANO



Instituto de Estudios
Latinoamericanos



REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

UNIVERSIDAD NACIONAL FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS
INSTITUTO DE ESTUDIOS LATINOAMERICANOS

Consejo Editorial

M. DH. Evelyn Cerdas Agüero. Universidad Nacional, Costa Rica.
Dra. Sandra Araya Umaña. Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
M. DH. Jennifer Lyn Beckmeyer. Escuela Santa Cecilia, Costa Rica.
Dr. Rodolfo Meoño Soto. Universidad Nacional, Costa Rica.
Esp. Víctor Rodríguez Rescia. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Costa Rica.

Consejo Internacional

Dr. Frans Limpens. Educación y Capacitación en Derechos Humanos A. C. (EDHUCA), México.
Dr. François Houtart. Université Catholique de Louvain, Bélgica.
Dr. Alcindo José de Sá. Universidade Federal do Pernambuco, Brasil.
Dr. Fernando Antonio De Carvalho Dantas. Universidade do Estado do Amazonas, Brasil.
Dra. Rocío Medina Martín. Universidad Pablo de Olavide, España.
Dr. Alex Munguía Salazar. Universidad de Puebla, México.

Consejo Editorial de la Universidad Nacional

M.Sc. Marybel Soto Ramírez, presidenta
M.A. Bianchineta Benavides Segura, secretaria
M.L. Gabriel Baltodano Roman
Ml. Erik Alvarez Ramírez
Dra. Shirley Benavides Vindas

Editora: M. DH. Evelyn Cerdas Agüero

Revisión de traducción en inglés: Lic. Juan Carlos Flores Cornejo

Fotografía de portada: M. DH. Evelyn Cerdas Agüero

Director del IDELA: Dr. Mario Oliva Medina

La corrección de pruebas y estilo es competencia exclusiva del Comité Editorial de la revista.



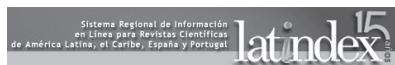
Producción editorial: Alexandra Meléndez, amelende@una.cr

Dirección de contacto, canje y suscripciones:

Revista Latinoamericana de Derechos Humanos
Instituto de Estudios Latinoamericanos (IDELA)
Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional
Heredia, Costa Rica. Apdo. Postal 86-3000
Correo electrónico: derechos@una.cr / evelyncer@yahoo.com
Telefax: (506) 2562-4057

Las opiniones expresadas en esta revista son responsabilidad de cada autor o autora.

La Revista Latinoamericana de Derechos humanos se encuentra en los siguientes índices y bases de datos:



REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Revista Latinoamericana de Derechos Humanos es una publicación de carácter académico, arbitrada e indexada, editada semestralmente en el Instituto de Estudios Latinoamericanos (IDELA), Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional (UNA) de Costa Rica. La revista ha sido editada desde el año de 1999, es parte del “Programa Integrado Repertorio Americano” del Instituto. Se enfoca en publicar diversos trabajos, cuyo eje central son los derechos humanos desde diversas disciplinas y enfoques.

El propósito de la revista es abrir un espacio de reflexión, discusión, análisis y propuestas en el área de los derechos humanos, desde diferentes disciplinas con énfasis en América Latina. Asimismo, se propone difundir la producción y los aportes en las áreas relacionadas con los derechos humanos que realiza el IDELA, la población académica, estudiantil de la UNA; así como personas y organizaciones que trabajan en el tema de los derechos humanos en Costa Rica y América Latina.





CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Evelyn Cerdas Agüero 9

ARTÍCULOS Y ENSAYOS

Una propuesta para la fundamentación teórica y filosófica de la educación en derechos humanos.

Juan Carlos Naranjo Segura 17

Estilos de vida saludables: un derecho fundamental en la vida del ser humano

Jorge Salas Cabrera 37

Derecho de los niños y las niñas a ser oídos en los Tribunales de Familia chilenos: la audiencia confidencial

Elena Sahum Alvarado

Sara Sahum Alvarado

Ricardo Saavedra Alvarado 53

Las políticas públicas con perspectiva de derechos humanos en el giro a la izquierda. De la ruptura a la segunda vuelta institucional en Venezuela y Ecuador.

Claudia Espinosa Díaz

Daniel Vázquez Valencia 79

Entre dos demonios y tres violencias la administración Alfonsín y los sentidos de la memoria del terrorismo de estado en la Argentina contemporánea.

Juan Pablo Angelone 99

Los argumentos liberales y republicanos en torno a la ley de Caducidad en Uruguay: una mirada desde la posición de los actores del sistema político.

Martín Freigedo Peláez 119

La Ley de Restitución de Tierras en Colombia de espaldas a los opositores de buena fe

John Arturo Cárdenas Mesa 139

Derecho territorial indígena como derecho humano. Un análisis del proceso de autodemarkación de territorios indígenas en Venezuela (1999-2014).

Linda Bustillos

Vladimir Aguilar

Carlos Grimaldo 169



RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS	191	Relaciones entre las constituciones y las políticas públicas.....	88
NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TEXTOS .	195	Objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013	90
BOLETAS PARA CANJE Y SUSCRIPCIONES	197	Objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017	92
ÍNDICE DE CUADROS Y FIGURAS		Relaciones entre las constituciones y las políticas públicas.....	94
Cuadros		Gráficos	
Conformación de la Muestra de los Juzgados de Familia	55	Inicio del procedimiento (artículo 38 de la LOPCI)	175
Relaciones esperadas entre las constituciones y las PPDH	83	Etapas del proceso de autodemarkación.....	179
Nuevo Modelo de Desarrollo de la Sociedad Venezolana.....	85		



PRESENTACIÓN

El Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional se complace en presentar el volumen 26, número 2, de la *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* correspondiente al segundo semestre del 2015. En esta oportunidad se publican los siguientes textos, con los cuales se busca analizar y difundir el conocimiento de la realidad de los derechos humanos en los países latinoamericanos:

“Una propuesta para la fundamentación teórica y filosófica de la educación en derechos humanos”, este trabajo se centra en el objetivo de generar una reflexión con respecto a la fundamentación teórica y filosófica de la educación en derechos humanos para fortalecer los derechos humanos de las personas menores de edad. Ante esto, el autor plantea la necesidad de un modelo educativo que le permita a los estudiantes desarrollar diversas capacidades y un sentido crítico de la realidad para que sean personas capaces de transformar los contextos en los que no se respeta su dignidad.

“Estilos de vida saludables: un derecho fundamental en la vida del ser humano”, en este texto el autor tiene como objetivo presentar la importancia de que las personas mantengan estilos de vida saludables que generen salud integral. Se hace énfasis en el impacto de algunos estilos de vida y las implicaciones que estos tienen en la calidad de vida de las personas, estos estilos de vida se refieren a aspectos tales como actividad física, alimentación, relaciones sociales, aspectos psico-emocionales y el componente espiritual.

“Derecho del niño y la niña a ser oídos en los Tribunales de Familia chilenos: la audiencia confidencial”, plantea como objetivo de investigación “conocer la opinión que los jueces de familia poseen sobre el derecho a ser oído de los niños y las niñas (0 a 14 años) y la importancia que éstos le otorgan como uno de los componentes del interés superior del niño y la niña”, este se circunscribe a la región de Valparaíso, Chile. El trabajo argumenta que en materia de derecho de familia, en el



2004 se promulgó la Ley 19.968 la cual creó los Tribunales de Familia y acoge algunos de los derechos de los niños, las niñas y los y las adolescentes, entre estos el derecho a ser oído.

“Las políticas públicas con perspectiva de derechos humanos en el giro a la izquierda. De la ruptura a la segunda vuelta institucional en Venezuela y Ecuador” analiza el papel que tienen los DH en las constituciones, reconociendo que en América Latina desde 1979 se puede observar que se han realizado reformas o nuevas constituciones en donde los DH se han convertido en directrices. De esta forma, en el trabajado se observa el resultado de las nuevas constituciones de Ecuador y Venezuela con respecto a los derechos humanos desde el reconocimiento del DIDH como fuente de derecho local y el reconocimiento explícito de las obligaciones en materia de DH.

“Entre dos demonios y tres violencias: la administración Alfonsín y los sentidos de la memoria del terrorismo de estado en la Argentina contemporánea”, este texto analiza la “teoría de los dos demonios”, la cual se considera como la memoria hegemónico-dominante que se refiere a la última dictadura cívico-militar argentina (1976-1983) y el Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) –el “Nunca Más”–, considerado expresión de esa memoria. El trabajo se centra en caracterizar ambos conjuntos de representaciones y las diferencias existentes entre ellos.

“Los argumentos liberales y republicanos en torno a la ley de Caducidad en Uruguay: una mirada desde la posición de los actores del sistema político” tiene como objetivo realizar un análisis de los argumentos teóricos que respaldan las posiciones de los principales actores del sistema político uruguayo en relación con la ley 16.848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Dicha ley, de acuerdo con el planteamiento del autor, “limita la posibilidad de juzgar a los militares que cometieron violaciones a derechos humanos durante la dictadura cívico-militar que existió en Uruguay entre 1973 y 1985”.

“La Ley de Restitución de Tierras en Colombia de espaldas a los opositores de buena fe”, en este trabajo se plantea que Colombia es un país que ha tenido avances importantes en materia de reparación a las víctimas del conflicto armado interno; entre estos se citan, la Ley 387 de 1997 y la Ley 1448 de 2011. El objetivo del trabajo gira en torno a esta última Ley de forma que intenta mostrar que la Ley de Restitución de Tierras “tal como está concebida, puede originar en una nueva forma de despojo dado que desconoce los derechos de los opositores de buena fe”. Muchos de estos opositores, según el autor son, además, campesinos víctimas de la violencia política.

“Derecho territorial indígena como derecho humano. Un análisis del proceso de (auto) demarcación de territorios indígenas en Venezuela (1999-2014)”, en este artículo se plantea el lento

avance de la realización del derecho territorial indígena por medio del proceso de demarcación, pese a que la Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) reconoció los Derechos Indígenas, entre ellos el territorial. La Constitución, de acuerdo con la autora y los autores, en su artículo 19, indica que “el Derecho al Territorio de estas poblaciones se ejerce a través de la política pública

de la demarcación, entendida como el proceso en el que se deslinda su espacio territorial, realizado por el Estado en participación con los pueblos y comunidades a demarcar, para posteriormente titular la propiedad colectiva de estos grupos humanos”.

M.DH. Evelyn Cerdas Agüero
Directora-Editora





ARTÍCULOS Y ENSAYOS

.....



Fuente: Repertorio Americano. Edición del 12-diciembre-1919. p. 121



UNA PROPUESTA PARA LA FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y FILOSÓFICA DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

MSc. JUAN CARLOS NARANJO SEGURA*

Resumen

El presente artículo tiene como meta plantear una reflexión acerca de la fundamentación teórica y filosófica de la educación en derechos humanos. Para ello, se parte de la comprensión de que los derechos son un escenario de resignificaciones sociales, donde la base para alcanzar los cambios sociales, radica en la posibilidad de que cada persona pueda posicionarse en su propio contexto, lo comprenda e intente cambiarlo cuando este violente o atente contra la dignidad de la persona. Desde esta lógica, se define los derechos humanos como espacios de lucha, en los cuales la educación puede cumplir un papel clave, en cuanto permita la comprensión de la propia realidad. De esta manera, se analizará cómo la Filosofía de la Liberación permite ser un insumo desde el cual se puede alcanzar un humanismo que permite, desde los espacios de la cotidianidad, la vivencia de los valores propios del respeto de los derechos.

Palabras clave: derechos humanos, educación, Filosofía de la Liberación, humanismo.

Abstract

This article aims to establish a reflection on the theoretical and philosophical foundation of human rights education, to do so, we start from the understanding that rights are a system new social meanings scenario, where the basis for achieving such purpose lies in the possibility that people have to be placed in their own context, to understand it and change it every time this violates or undermines the dignity of the human person. From this logic, human rights are defined as sites of struggle, where education should play a key role, as it must allow an understanding of reality itself. Thus, it will be analyzed how the Philosophy of Liberation becomes an input from where people can reach a humanism that permits to experience values of respect for human rights on everyday life.

Keywords: human rights, education, Philosophy of Liberation, humanism.

* Profesor de Estudios Sociales y Educación Cívica en el Liceo Experimental Bilingüe José Figueres Ferrer de Cartago y profesor de la Escuela de Formación Docente de la Universidad de Costa Rica. Máster en Derechos Humanos de niñez y adolescencia de la Universidad de Costa Rica.



Los derechos humanos, como discusión teórica, son un campo que ha ido posicionándose desde varias aristas en la sociedad costarricense. El Estado ha operado, bajo una línea de acción en cuyo discurso se externa en ser garante del respeto de la dignidad humana.

La importancia que se le ha dado a la temática parte del hecho de valorar el papel que el Estado ha tenido en el reconocimiento de derechos a distintos grupos, reconocidos como excluidos, mediante la ratificación de convenciones internacionales, en cuyas aprobaciones se establece una serie de compromisos mediante los cuales se busca el establecimiento de un escenario que permita que todos y todas sean respetados sin distinción alguna.

Es bajo esa perspectiva que se puede comprender cómo este nuevo posicionamiento teórico, denominado enfoque de derechos, paulatinamente ha empezado a vislumbrarse en distintos ámbitos de la sociedad costarricense. Uno de esos sectores es el caso del ámbito educativo. La incorporación de los derechos humanos como un contenido por desarrollar en disciplinas como en Estudios Sociales y Educación Cívica es un ejemplo de este argumento. Definirlos como ejes transversales de la educación costarricense es otro de los medios que explica cómo empiezan a fundarse nuevos escenarios de discusión bajo dicho enfoque.

Dentro de estas disertaciones, el objetivo del presente artículo adquiere un

sentido, ya que se busca establecer una reflexión acerca de la fundamentación teórica y filosófica de la educación en derechos humanos, que permita el fortalecimiento de los derechos humanos de las personas menores de edad.

Para fundamentar dicha reflexión, se parte de la comprensión de que la garantía de los derechos humanos de las personas menores de edad alcanza sentido a través de un modelo educativo que permita desarrollar en el grupo de estudiantes la aptitud de la criticidad de su propia realidad, de su condición como sujetos de derechos, para que, partiendo de ese conocimiento, puedan convertirse en personas con la capacidad de transformar aquellos escenarios que atentan contra el respeto de su dignidad.

Para poder cumplir con el objetivo planteado, el presente artículo desarrolla tres ejes temáticos. El primero de ellos corresponde a una reflexión teórica acerca del concepto de los derechos humanos, la cual busca ubicarlos como fruto del proceso histórico que emana de la lucha del ser humano por alcanzar mejores condiciones de vida. De la misma manera, se les visualiza como parte de un contexto, que para nuestro caso coincide con el fenómeno cultural llamado globalización, una realidad enmarcada por condiciones que ponen en riesgo el respeto de la dignidad de la persona, de ahí la necesidad de comprender que los derechos se convierten en la base de las luchas que debemos asumir para su garantía.

El segundo eje temático profundiza en el sustento filosófico que debe tener el trabajo en derechos humanos. En este punto, se acudirá a la corriente teórica de la Filosofía de la Liberación (en adelante FL), la cual es concebida no solo como un corpus teórico, sino como un modo de vida, a través del cual cada quien se asume como un sujeto de derechos, replanteando su significado y el de los demás como iguales a sí mismo.

Finalmente, en el tercer eje, se concluye al respecto de la relación que se establece entre estos cuerpos teóricos. Los derechos humanos se pueden fortalecer desarrollando un humanismo desde la perspectiva de la Filosofía de la Liberación, la cual se convierte en un insumo que permite establecer una relectura del sistema educativo costarricense, desde la perspectiva de la opción preferencial por los oprimidos, en donde se busque develar la situación de los derechos del conjunto de estudiantes y, de esta forma, analizar las condiciones reales sobre las cuales se podrían dar las bases para el fortalecimiento de los derechos humanos.

Un acercamiento al concepto de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia

El concepto de derechos humanos teóricamente ha tenido diferentes acepciones para su abordaje. En algunos casos, se les relaciona con un conjunto de leyes o normas que los Estados asumen, en función de la protección de la dignidad de las personas, sin que medie ningún tipo de condición especial. Por

esto, las Naciones Unidas, al declarar los derechos humanos, estableció en función de ellos que:

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (ONU, artículo 2, 1948).

La misma Organización de Naciones Unidas (1948) los define como aquellas libertades, facultades y reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, y que garantizan la tenencia de una vida digna.

No obstante, a la hora de profundizar en su disección, se puede sintetizar dos corrientes o posiciones teóricas, que se describen a continuación:

Una de ellas es la **iuspositivista**, cuya fuente de acción es el derecho positivo, en donde según lo argumentado por Orozco (s.f.), no se rechaza la existencia de ciertos derechos de tipo naturalista, es decir, que son innatos del ser humano y que su existencia es independiente del reconocimiento del Estado, pero sostiene que tales “derechos” son valores morales y no auténticos derechos, jurídicamente considerados, de ahí el valor que adquieren por ser un marco legal para la convivencia en sociedad.

El principal argumento dentro de esta visión, es que los límites y la jerarquía de los derechos humanos dependen de su reconocimiento en el marco jurídico y político que regula y protege al Estado. Esto implica que los derechos subjetivos requieren verificarse en términos de lo que determinadas normas jurídicas disponen. Orozco (s.f.) afirma que para los positivistas, los llamados “derechos humanos” tienen un carácter primordialmente moral, sin prejuicio de que pueda haber derechos jurídicos correlativos en los sistemas jurídicos positivos, ya sea de carácter internacional o alguno estatal, pero rechaza que el derecho exista sin el reconocimiento dentro del marco jurídico de los Estados.

Por otro lado, se encuentra el **iusnaturalismo**, una corriente inspirada en la idea de la ley de la naturaleza humana, que postula la existencia de ciertos derechos innatos al ser humano cuya validez era independiente a los sistemas positivos. Esta se basa en el siguiente principio:

Hay ciertos principios morales y de justicia universalmente válidos, los cuales pueden ser conocidos a través de la razón humana, y en el caso de que algún sistema o norma no se adecuen a tales principios universales, los mismos no pueden ser considerados como jurídicos. (Orozco, s.f., p. 30).

Dentro de esta visión, por encima del derecho positivo, mutable e imperfecto, hay un derecho natural de carácter

universal, el cual constituye el auténtico derecho en cuanto corresponde a facultades y poderes innatos del ser humano. Los derechos humanos, según esta escuela, corresponden a este conjunto de derechos naturales que el derecho positivo debe reconocer y reglamentar su ejercicio.

Bajo las líneas teóricas descritas anteriormente, el presente artículo, para comprender el significado de los derechos humanos, apuesta por una línea en donde se analizan desde su dimensión más histórica, trascendiendo con ello su expresión legalista y naturalista, en tanto son analizados más como fruto de las distintas luchas sociales acaecidas a lo largo del tiempo¹. De tal forma, a la hora de hacer un abordaje crítico de su significado, se debe comprender que en su esencia radica la construcción y el rompimiento de paradigmas, en donde el posicionamiento de distintos grupos por mejorar sus condiciones de vida es el germen para dar pie a nuevas resignificaciones de derechos, lo cual contribuye a la transformación y mejoramiento de la sociedad.

La noción histórica sobre los derechos universales, según Arrollo (2009), parte de la idea de que son condiciones inalienables del ser humano; sin embargo, este elemento determinante

1 Según la profesora Roxana Arrollo (2009), los derechos humanos deben de ser comprendidos en su dimensión histórica como fruto de las luchas de los distintos grupos por alcanzar su dignidad, luchas que son reconocidas y legitimadas por los estados a través de la elaboración de instrumentos legales para su cumplimiento y protección.

en la concepción de dicha categoría ha provocado múltiples dilemas, ya que implica la dificultad misma de definir qué es lo humano. El término derecho establece el principio fundamental de la esencia humana: la igualdad, entendida como la no discriminación. No obstante, esa percepción de “igualdad” debe ser analizada por el elemento histórico de las distintas ideologías desde las cuales se construyó. Así entendido, se debe comprender que lo “humano” es fruto de una edificación de determinados grupos.

De esta forma, el análisis de los derechos implica observar los distintos panoramas desde donde existen grupos marginados e históricamente excluidos. Se trata, entonces, de abordarlos desde una perspectiva ampliada, a través del tamiz de la condición etaria, del género, la raza, la nacionalidad, entre otros componentes esenciales sobre los cuales se han fundado históricamente la negación de derechos.

Esta lógica de entender los derechos humanos permite visualizarlos como un cuestionamiento de orden social. Esto implica enraizarlos como parte del entramado de las relaciones, en donde existe un juego de poder, que se expresa en las tensiones surgidas por la predominancia de unos grupos que se imponen sobre otros. Estas tensiones emanan cuando los desposeídos van abriendo espacios para hacer valer sus derechos y, con ello, construyen resignificaciones que a su vez van transformando poco a poco la cultura, tal y

como lo expresa la profesora Arrollo (2009) en su ponencia sobre los derechos humanos: (...) transformaciones culturales, transformaciones identitarias, esto porque permite crear sujetos políticos. Transformaciones en las relaciones de poder: para crear condiciones de igualdad, para la democracia y para la ciudadanía.

Los distintos procesos en la historia han conllevado a que el concepto de los derechos humanos no esté ligado a la homogeneidad, sino más bien a la diversidad. La argumentación del porqué es necesario aclarar tal distinción parte de la misma contradicción entre los derechos estipulados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como principios para todos, ya que lo propuesto en la teoría, en la realidad no se aplicó. Así, en la práctica, los derechos humanos surgen teniendo una serie de condicionantes de género, raza, edad y ubicación espacial, que provocan condiciones de agresión de derechos sobre muchos grupos que quedaron al margen.

Las distintas luchas realizadas por aquellos que han sido marginados de derechos van creando nuevos significados hacia eso que entendemos por derechos. Esto conduce, a su vez, a nuevos posicionamientos jurídicos, que buscan el reconocimiento y la protección por parte de los estados. Las Convenciones Internacionales son un ejemplo de lo anterior. Mediante ellas, se reconocen jurídicamente los derechos de una población específica,

al tiempo que se enseña al resto de la humanidad que dicho grupo es sujeto de derechos. Este es el caso de lo que pasó con los niños y las niñas, los y las adolescentes, las mujeres, los pueblos indígenas, las personas con condiciones especiales, las personas migrantes, entre otros grupos.

Esta noción de luchas sociales y de resignificaciones es lo que lleva a entender los derechos humanos como un medio de protección del ser humano, esto a partir, ahora sí, del marco jurídico y ético de la sociedad que los estipula. Desde esa misma lógica, son estándares de medición para el buen funcionamiento de los Estados, ya que son entes reguladores de los gobiernos.

Es bajo esta forma de entender los derechos humanos que se debe colocar en discusión el tema de las personas menores de edad, ya que es en 1998, a partir de la promulgación en Costa Rica del Código de la Niñez y la Adolescencia, cuando empieza a generarse un proceso de cambio, en la medida en que pasan de ser objetos a ser sujetos de derechos, tal y como se expresa Fernández (2007):

La Declaración de los Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) impulsan una revolución simbólica, un cambio de paradigma respecto del lugar, los derechos y las garantías de la infancia. La CDN reconoce a los niños/as como sujetos sociales y sujetos de derechos, removiendo al ideal jurídico social de la situación irregular (p. 2).

Lo anterior implicó que los adultos están a cargo de su desarrollo integral y el Estado asume el deber y la obligación de garantizarles condiciones para su desarrollo y la satisfacción de sus necesidades.

Junto con la discusión anterior, se encuentra la interpretación de los menores de edad como sujetos integrales. Esta afirmación, que se expone de manera simple, implicó toda una transformación en la forma de vivenciar los derechos humanos de esta población. Esto permite trascender la percepción de la niñez enfocada en la doctrina de la situación irregular, en donde son percibidos como seres incompletos, sin capacidad ni derecho, en donde la obediencia y la sumisión a la autoridad del adulto era la norma. Así, Fanlo (s.f.) explica el cambio en el paradigma, y

(...) junto con el mérito de constituir un cambio fundamental de paradigma, la postulación de una doctrina de protección integral de los derechos de la infancia que, al referirse a algunos instrumentos jurídicos internacionales (en concreto a los derechos humanos), habrían promovido un notable salto cualitativo en la consideración jurídica y social del niño (p. 161).

De la misma manera, los derechos humanos responden a un contexto histórico concreto que los determina y los convierte en una necesidad para la convivencia humana, esto significa que el enfoque de derechos como tal, no es una teoría de hoy, sino que ha estado

presente en otras coyunturas. Por tanto, la manera en que se les conciba dentro de su comprensión histórica debe de arraigarse en medio del modelo de sociedad en que están inmersos.

Bajo esta línea de acción, vale la pena establecer una reflexión del contexto que nos rodea, que determina dicha noción de derechos. La humanidad en las últimas décadas ha sido influenciada por los ideales capitalistas de consumo, acumulación, avaricia e individualismo, los cuales están ocasionando el aumento de la pobreza como fruto de las desigualdades sociales que se han potenciado, aspectos que se convierten en la principal manifestación del orden imperante. Es bajo el marco del llamado mundo globalizado, en donde se tiene la tendencia, a la violación y negación de derechos, ya que es una realidad caracterizada por el deshumanismo, que emerge por la forma de vida de los hombres y mujeres, tal y como lo expresan Alarcón y Molina (2008):

Porque si estas sociedades deshumanizadas son, obviamente, una construcción social, producto de los hombres y las mujeres que las componen; también las mujeres y los hombres tenemos la absoluta posibilidad (¿y la obligación?), aún en condiciones marcadamente subordinadas pero no definitivamente ineluctables, de construir otro tipo de sociedades, basadas en relaciones de solidaridad, fraternidad y equidad (p. 38).

Cada día el rico se vuelve más rico, mientras que los pobres pasan el umbral de la marginalidad y el olvido. Los ricos cada vez son menos cantidad, mientras que los pobres en el mundo son una cifra que no se puede ni cuantificar con claridad. De ahí que Souza (2004) exprese una serie de contradicciones que describen la realidad en la que vivimos, la cual estipula el enfrentamiento dialéctico entre los intereses del orden mundial de la época del industrialismo, que se debilita de forma irreversible a partir de las contradicciones que se explican con las siguientes premisas:

- El mundo es puntualizado como un mercado constituido por economías sin sociedades, es decir, un mundo en donde ya no importan las sociedades.
- La globalización es vista como reemplazo de los fines por los medios, es decir, los valores que establece la doctrina neoliberal imperante son crecer, crecer, crecer y exportar, en donde la mano invencible del mercado cuida de la distribución de los beneficios del crecimiento económico, esto acompañado del reemplazo de la razón del Estado, por la razón del mercado, el cual se pregona como “libre” pero que no es tan libre.
- La vulnerabilidad del capital y la vulnerabilidad del trabajo implica nuevas relaciones laborales caracterizadas por la flexibilidad laboral y el fin del contrato social entre el capital y el

- trabajo, donde el desempleo y el subempleo se han transformado en alternativas para solucionar los problemas de los inversionistas transnacionales y banqueros nacionales. Lo anterior está unido al otro contraste que se expone, el cual se describe como el desempleo tecnológico como fuente de lucro, en donde la clase trabajadora se abandona para darle paso a la tecnología.
- El sector público como fuente de problemas y el sector privado como fuente de soluciones, en donde se busca destruir la ideología del Estado, para establecer a la ideología del mercado, para ello se visualiza lo público como sinónimo de ineficiencia, corrupción e incompetencia, mientras lo privado es pintado de colores contrarios de eficiencia, seriedad y competencia, esto conlleva a la paradójica realidad de la presencia de un “buen gobierno” para los actores transnacionales y “mal gobierno” para la sociedad nacional, en donde prevalece una democracia representativa, donde los electos no deciden y los que deciden no son electos, porque corresponde al gobierno de los organismos transnacionales, de ahí que se visualice también como contradicción, al individualismo que es promovido por la competitividad y la solidaridad requerida por la

sostenibilidad, lo cual está llevando a un darwinismo social.

- El crecimiento económico con exclusión social, que es la consecuencia de todo lo anterior, en donde nunca antes en la historia de la humanidad había existido tanta riqueza acumulada en tan pocas manos, mientras la mayor parte de la población vive en la absoluta miseria. Esto va unido a la lógica de un mundo que pregona una ética en medio de un enorme vacío de valores, la presencia de una ciencia sin conciencia que es usada para el lucro de la sociedad o el trabajo con los pobres sin manejar el concepto de la pobreza, de ahí que su principal manifestación sea la presencia de un mundo de los excluidos en la era del acceso o el hambre en un mundo de abundancia, prisioneros de la opulencia y los prisioneros del desamparo, o aquellos que se convierten en vendedores de ilusiones en medio de una gran mayoría que se convierten en los huérfanos de la esperanza, en un mundo que propone un pensamiento único, abandonando el pensamiento crítico.

La explicación a las contradicciones permite entender la lógica del modelo económico y la forma en que se hace política, en donde se propicia precisamente el desarrollo de la pobreza como la madre de todos los males en nuestros días. La explicación a esta realidad en

dos palabras es: neoliberalismo y globalización. Estos elementos han transformado toda la realidad vivida por los sujetos, tal y como lo describen Martínez y Agüero (s.f.): “La globalización amplió y profundizó la desigualdad social, fragmentó y mercantilizó las relaciones sociales, aceleró la pérdida de ciudadanía y transformó el futuro en una amenaza aterradora para los sujetos sociales y para las sociedades que estos integran” (p. 1).

Ambos conceptos son las caras de una misma moneda, que incluso están unificadas por un modelo de producción atroz, en donde el capital se impone sobre el trabajo. En otras palabras, la búsqueda desmedida por la acumulación de la riqueza, se convierten en el contexto, tanto a nivel local, nacional e internacional, constituyentes del mundo desde donde se deben desarrollar los derechos humanos.

El neoliberalismo es entendido para muchos autores como el principal causante de la crisis global, en las dimensiones económica, social, alimentaria y ambiental, a la cual hoy está sujeta la humanidad. Esa crisis conforma la coyuntura que presiona y da sustento a los derechos humanos desde su dimensión histórica, pues implica, desde el presente marco, su comprensión como un espacio de lucha, de emancipación y de liberación de la opresión causada por ese modelo económico que arraiga la violación de la dignidad humana.

Como se ha tratado de sostener, los derechos humanos han conformado

una realidad que ha marcado a la humanidad en diferentes épocas, constituyéndose en un campo de lucha social e ideológica para la emancipación humana. Esta forma de entenderlos permite trascender su concepción legal ya que los concibe como un espacio para la resignificación del ser humano y su dignidad. El filósofo de derecho, Joaquín Herrera Flores (2000, s.p.), lo ha expresado con claridad al definirlos como “(...) el conjunto de procesos (normativos, institucionales y sociales) que abren y consolidan espacios de lucha por la dignidad humana”.

Entendidos de esta manera, los derechos humanos, en el contexto presente, deben ser abordados no como un producto acabado dentro de la construcción histórica, sino como un punto para la comprensión de la relación entre el capital y el trabajo. En esta relación, el capital va a buscar las condiciones para poder desarrollarse, creando un contexto histórico que violenta la dignidad, todo esto por medio de un proceso de socialización, a través del cual, las instituciones como la familia y la escuela son clave, ya que es por medio de ellas que el mercado va moldeando a los grupos sociales en su cotidianidad, ubicando su función dentro de la estructura social. Así, De Lemos (2007) plantea:

Tal compreensão revela o resultado da eficácia de instituições como o Estado e o mercado, que a través de processos de socialização homogênea, delineiam para os grupos e agentes os

modos de ser e agir cotidianamente. Socialização que busca moldar a consciência de cada agente e definir o lugar que devem ocupar em cada espaço social² (p. 13).

El análisis que se puede realizar de los derechos humanos dentro de su marco contextual implica un espacio de crítica del modelo de sociedad imperante y de las relaciones de poder presentes dentro de ella. Al convertirse en crítica, el enfoque de derechos va más allá de la visión positivista y naturalista de los derechos humanos, y se puede interpretar como un marco referencial de análisis que permite la búsqueda del respeto de la dignidad, cuya consecuencia es la liberación de toda forma de opresión, en donde los pueblos luchan por crear justicia social y hacen valer su condición de persona en sus múltiples dimensiones. Tal y como afirma Aguiló (2009): “La principal contribución de los pueblos a la cultura de los derechos humanos es su lucha por la dignidad y la diversidad humanas en sus múltiples versiones y lenguajes, que es, en el fondo, la lucha por la justicia social y cognitiva” (p. 202).

La cita anterior expone la interpretación sobre que los derechos humanos, en medio de un contexto capitalista y

2 “Tal entendimiento revela el resultado de la eficacia de las instituciones como el estado y el mercado, que a través de procesos de socialización desde lo homogéneo, permite ubicar a los grupos y su maneras de ser y de actuar sobre una base diaria. Socialización que pretende formar la conciencia de cada agente y establecer el lugar que debe ocupar en cada espacio social” (traducción propia).

neoliberal, se convierten en un espacio para transformar la realidad social y un recurso para que los pueblos logren justicia sin distinción alguna. Tal afirmación conlleva a entender la fundamentación de que dichos derechos no son solo una fuente de análisis de las condiciones de vida de las personas, sino que son un camino para cambiar las situaciones de injusticia y violación a las cuales es sometido el ser humano de hoy.

Fundamento filosófico de la educación en derechos humanos

En relación directa con esa noción acerca de los derechos humanos, es pertinente establecer la base filosófica desde la cual se establecen los escenarios para el desarrollo de un humanismo que permite, desde los espacios de la cotidianidad, la vivencia de los valores propios del respeto de los derechos. En este sentido, la Filosofía de la Liberación da un compendio de ideas vinculadas con esta finalidad, tal y como se expresa a continuación:

Sobre la base de las reflexiones anteriores, Ellacuría plantea la necesidad del aporte de la filosofía, y de otras disciplinas, especialmente en el fomento y provocación de una conciencia colectiva, que posibilite la transformación, y en la creación de nuevos modelos económicos, políticos y culturales que hagan posible la civilización de la pobreza. (...) la cual rechaza la acumulación del capital como motor de la historia y la posesión-disfrute de la riqueza como principio de humanización, y

hace de la satisfacción universal de las necesidades básicas el principio del desarrollo y del acrecentamiento de la solidaridad compartida el fundamento de la humanización. (Samaur, s.f., s.p.).

Retomando el texto anterior, se puede sintetizar que la base central de la Filosofía de la Liberación radica en dos ideas centrales: el rechazo de las condiciones estructurales que violentan la dignidad humana, a la vez que pregona la liberación, la cual debe ser entendida como la búsqueda de la transformación de la sociedad, retomando un modelo más humano de convivencia.

Si bien es cierto hasta este punto del análisis se hace necesario el abordaje de la conceptualización de filosofía y su función, más importante es replantear el aporte que da el acto del filosofar a la reflexión de los derechos humanos. Como un conjunto de saberes, como modo de vida y como explicación de la realidad social, la filosofía le brinda al profesional en derechos humanos un sustento a su labor. El vínculo entre filosofía y derechos humanos implica convertirlos en un modo de vida, a través del cual cada quien se asume como sujeto de derechos, reconociendo a su vez a los demás como iguales.

Para lograr eso, es fundamental que el especialista en derechos humanos asuma su realidad histórica en donde, sin duda, es necesaria la filosofía, pues permite actualizar a la inteligencia como estructuralmente dinámica y compleja, para luego volver a la realidad buscando

transformarla. En esto consiste el sentido primordial de la función liberadora que ella posee. Por eso, la teoría no se contrapone a la práctica, por el contrario, se debe utilizar como el medio para lograr la liberación de los oprimidos. Es decir, la teoría es usada para comprender los fenómenos sociales acaecidos en la realidad y que marginan a ciertos grupos. En ese sentido, la educación en derechos humanos debe asumir, como meta fundamental, que su conocimiento debe ser usado para apoyar teóricamente el cumplimiento, la garantía y el fortalecimiento de los derechos de las personas.

Un principio básico para la interpretación de la Filosofía de la Liberación es el reconocimiento de la realidad social de un grupo simbólico de la humanidad, que son los excluidos. Hacia ellos y ellas es que se dirige toda la acción del filosofar, como su opción liberadora. De esta manera, el enfoque de derechos reconoce en las figuras de niños, niñas y adolescentes, sujetos que históricamente han sido oprimidos, por eso se debe de partir de dicha realidad para buscar su transformación, asumiendo una función crítica y creadora. Tal y como lo expone Mora (2006, p.181): “La finalidad principal de la Filosofía estará, pues, en la liberación de las mayorías oprimidas. Ese es, en cierto modo, el horizonte fundamental del quehacer filosófico en su función crítica y creadora”.

De esta forma, el actuar a partir de los derechos humanos con una base teórica desde la Filosofía de la Liberación

implica no solo dar un aporte desde la teoría, sino desde la praxis, a la transformación de un modelo de sociedad que ve en la niñez y la adolescencia una población débil y carente de derechos. Además, revela la vigencia de la filosofía como saber, como orientación de la conciencia individual o personal, colectiva o social y política; como forma de vida, síntesis de vida intelectual activa, y como opción de una búsqueda de humanidad y no de opresión o de sumisión. Es a partir de esta visión que se plantea la necesidad de la Filosofía de la Liberación dentro de un marco de educación en Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia.

Humanismo: un acercamiento a la educación en derechos humanos

(...) el verdadero humanismo tiene dos vertientes, una hacia la vida social y desde ese punto de vista mi existencia estará comprometida en gran parte con los demás a través de las instituciones, y la otra se refiere a mí mismo, con lo que me permite comprometerme conmigo mismo. (Lukács, 2000, p. 9).

Como actividad propia del ser humano, el acto del filosofar da por sí solo un aporte valioso a su esencia, que es la posibilidad de vivir a plenitud nuestra condición humana. Sin embargo, como seres sociales que somos, esto se convierte en un compromiso con los demás, en cuanto abre la posibilidad de acercarnos los unos con los otros en igualdad de condiciones, elemento

básico que requiere la educación en derechos humanos, sobre todo si se trata de niñez y adolescencia, pues se requiere un mayor nivel de sensibilidad que permita reconocerlos como seres de derechos.

Desde el plano individual, la filosofía es un compromiso con uno mismo, en donde toda acción vivida adquiere significación cuando se es capaz de dar respuesta a los problemas elementales de la existencia. En ese sentido, las aplicaciones concretas de la filosofía como un sustento a la educación en Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia radican en el hecho mismo de que el enfoque de derechos debe permitir una práctica de vida, en donde con cada acto realizado se busque poner en práctica tal teoría.

Por último, la actitud crítica que permite desarrollar en el ser humano el acto de filosofar establece la capacidad de interrogarse el porqué de las cosas, lo cual se convierte en el motor para lograr, a través del proceso educativo, un conocimiento, en donde el análisis de la realidad es vital para poder convertir estos dos elementos (filosofía y derechos humanos) en herramientas que busquen alcanzar, paulatinamente, la liberación de los grupos oprimidos, en este caso la niñez y la adolescencia.

Así entendida, la Filosofía de la Liberación es más que un conjunto de pensamientos del ser humano a lo largo del tiempo, pues son conocimientos que deben de ser aplicados en la práctica de

la vida en sociedad, que llevan consigo a un compromiso de cada quien para la transformación de aquellas esferas personales y sociales que producen una violación de los derechos de las personas.

Desde este enfoque, los derechos humanos deben ser concebidos más allá de un absoluto. Por el hecho de su existencia, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, deben establecerse como espacios en construcción, de lucha y garantía, que desde la vida deben de constituirse en un sitio para la práctica de la liberación a favor de todas y todos aquellos que son oprimidos; es decir, los derechos humanos deben ser escenarios de lucha por la liberación y la transformación de las contradicciones que potencian el irrespeto de la dignidad humana, una humanidad que no es concebida teóricamente, sino desde su realidad histórica y social.

A modo de conclusión: hacia una educación que permita el fortalecimiento de los derechos humanos de las personas menores de edad

Dentro de la lógica de la Filosofía de la Liberación existen categorías centrales que explican por qué se hace uso de este referente filosófico como un medio para desarrollar un modelo de educación que permita el fortalecimiento de los derechos de las personas menores de edad. Uno de esos elementos fundamentales, que trasciende a tal reflexión, tiene que ver con el concepto de libertad, la cual

es definida a partir de la opresión y la marginalidad. Dussel (1972) la define de la siguiente manera:

La libertad concebida no como el poder mágico que instaure un orden de cosas, ideal y perfecto, mediante la negación y el repudio de una realidad presente sino, por el contrario, comprendiéndola en su verdadero significado, como la admisión a una realidad concreta y determinada para transformarla a través de la acción de los hombres que en ella se encuentran, viviéndola y asumiéndola críticamente (p. 17).

Entendida de esa manera, la libertad humana es una cualidad que tiene que ver con el ser social, que implica asumirlo, reconocerlo e insertarse críticamente en su seno para transformarlo. La libertad posibilita que el ser humano se involucre creativa y constructivamente en el proceso histórico orientado a lograr liberación. Así, Dussel (1972) plantea que

(...) de este modo, la libertad deviene la capacidad de practicar actos libres, que a su vez son liberadores, transformándolos así en el poder de liberar (...) La libertad existe, el problema no radica en la discusión bizantina de su significado abstracto, sino en establecer en qué consiste, cuáles son las condiciones para que pueda ser ejecutada y qué resultados conduce (p. 26).

La comprensión del concepto de libertad permite establecer un vínculo muy directo con el proceso educativo, el

cual debe ser percibido como un acto de filosofar, esto en la medida de que es un compromiso por desideologizar el sistema mismo en que se desarrolla, develar la verdad sobre su aporte al fortalecimiento de los derechos de los y las adolescentes que son formados a través de él.

La educación crítica emerge como una herramienta para lograr tal fin, ya que parte del reconocimiento del contexto inmediato, que emana con una serie de contradicciones que violentan, de forma estructural, el respeto de los derechos de las personas. Una educación en derechos humanos requiere de un enfoque teórico y filosófico, que permita develar esos escenarios de injusticia y marginación, esto debería conducir a una profunda insatisfacción que evoca hacia una voluntad de compromiso por la transformación de toda forma de discriminación.

No hay educación liberadora si no pensamos que hay algo de que liberarse y no hay educación transformadora si no se siente un deseo y una posibilidad de cambio social. No es necesario estar de acuerdo en un mismo modelo ideal, ni siquiera tener una alternativa global ya diseñada, sino compartir una orientación utópica para superar las limitaciones del presente y creer que la educación no puede ni debe rehuir sus responsabilidades.

Partiendo del modelo de una educación crítica y liberadora es que se desarrolla el análisis de las posibilidades de la educación como un medio para

el desarrollo de un humanismo que permita el respeto de los derechos de las personas. Según Peter McLaren (1997), la pedagogía crítica invita a analizar la relación entre experiencia, conocimiento y orden social, con una perspectiva transformadora:

Todo el proyecto de la pedagogía crítica está dirigido a invitar a los estudiantes y a los profesores a analizar la relación entre sus propias experiencias cotidianas, sus prácticas pedagógicas de aula, los conocimientos que producen, y las disposiciones sociales, culturales y económicas del orden social en general (...) La pedagogía crítica se ocupa de ayudar a los estudiantes a cuestionar la formación de sus subjetividades en el contexto de las avanzadas formaciones capitalistas con la intención de generar prácticas pedagógicas que sean no racistas, no sexistas, no homofóbicas y que estén dirigidas hacia la transformación del orden social general en interés de una mayor justicia racial, de género y económica (p. 270).

Tomando en cuenta esta fundamentación, se puede inferir cómo este enfoque teórico de educación permite generar la posibilidad de espacios para el fortalecimiento de los derechos del conjunto de estudiantes y es, a la vez, la base para poder analizar si el modelo educativo costarricense presenta la capacidad de permitir la liberación ante las estructuras de opresión; es decir, si contribuye o no, al mejoramiento de la sociedad.

La principal contradicción en esa línea implica la posibilidad de analizar cómo la educación, que es uno de los medios llamados a propiciar escenarios de respeto de la dignidad humana, ocasione un efecto contrario; es decir, cuando la educación genera opresión, adoctrinamiento o niveles de dependencia que violenten la dignidad humana que está llamada a desarrollar.

Metodológicamente, la educación desde el enfoque de derechos permite el análisis del discurso oficial detrás de la educación misma. Es vital empezar a construir espacios en donde los derechos humanos no sean solo un contenido teórico, que debe ser conocido por parte del grupo de estudiantes, sino que además debe promoverse su práctica en las aulas, a través de acciones cotidianas, promovidas en las instituciones de formación. A partir de este elemento, es vital establecer una reflexión en torno al tipo de educación que se desarrolla en el sistema educativo costarricense, y la necesidad de una formación orientada más hacia la transformación de la realidad vivida por la persona menor de edad.

El segundo elemento que aporta la Filosofía de la Liberación a la discusión que se plantea en este apartado consiste en el reconocimiento de las personas menores de edad como una población oprimida, lo cual implica la comprensión de aquellos elementos que son los que permiten tal proceso de sumisión. La búsqueda de la liberación implica establecer un análisis en donde

se describa la realidad vivida por los y las estudiantes y la posible necesidad de transformar aquellos escenarios en donde se violenten sus derechos.

Hoy la situación de América Latina aparentemente ha empeorado con respecto a 1971. En esa fecha nació –en Argentina– la Filosofía de la Liberación Latinoamericana, a partir de la conciencia de la injusticia estructural que entonces oprimía a las mayorías populares de nuestro continente. Pues bien, hoy la exclusión se muestra más injusta y creadora de más víctimas, y se experimenta una globalización promovida según la ideología neoliberal que se autoproclama como pensamiento único. Este discurso parece dejar menos fisuras para alternativas que la Guerra Fría de aquel tiempo.

La moción a favor de las personas menores de edad, desde la lógica expuesta en esta reflexión, implica abandonar el adultocentrismo y tomar en cuenta al otro y la otra, en este caso a las personas menores de edad, en donde son ellos y ellas, desde su realidad y vivencia dentro del proceso educativo, quienes deberían ser la base desde la cual se vislumbra el posible aporte que el sistema educativo debe desarrollar para el fortalecimiento de sus derechos.

De forma operativa, la manera en que se lograría este cometido es empezando a evidenciar la importancia de la participación que las personas menores de edad deben tener en la sociedad misma, dentro del sistema educativo

y en la institución escolar. Es vital establecer los mecanismos para darles voz y escucharlos desde su realidad, de manera que con ello se permita identificar aquellos aspectos sobre el papel que la educación cumple en su desarrollo integral, lo cual que se convierte en la fuente de información más rica de dicho proceso.

En este sentido y tomando como base la epistemología de la FL, es vital establecer una relectura del sistema educativo costarricense desde la perspectiva de la opción preferencial por los oprimidos, en donde se busque develar la situación de los derechos del conjunto de estudiantes.

El tercer y último aporte de la FL a la realidad educativa costarricense corresponde a la categoría del primado de la praxis, el cual es analizado por Ellacuría (1977) bajo los siguientes términos:

(...) por su carácter transformador, la praxis histórica es el ámbito donde más claramente se expresa la imbricación entre hombre y mundo, pues en ella las relaciones sujeto-objeto no son siempre unidireccionales, tanto que es preferible hablar de respectividad codeterminante (p. 57).

La Filosofía de la Liberación puede definirse como una filosofía que propugna la urgencia de la praxis histórica en orden a la justicia, pues se propone reflexionar acerca de las condiciones de dominación de los oprimidos, así como la estrategia práxica a seguir para superar dicha situación de postración.

Dussel (1972) concibe, desde una perspectiva personalista, tanto la praxis (la acción) como la poiésis (la producción en el trabajo del ser humano). A la primera, la describe como relación interpersonal, de forma que no hay relación persona a persona que no esté de alguna forma en actitud práxica, y la segunda es descrita como la relación persona-naturaleza.

El punto de partida de la Filosofía de la Liberación está, como el de toda filosofía, en la realidad y en la experiencia humana integral y radical de esta. Pero le es específico que se trate, ante todo, de la realidad histórico-social de las víctimas de la injusticia y la inhumanidad, como de hecho se ha dado históricamente en América Latina. Pues ellas interpelan radicalmente al filósofo no solo como hombre y como mujer, sino como filósofo, de modo que este responde con su praxis ético-histórica de liberación, incluida principalmente su praxis teórica específicamente filosófica.

Pues, ante el punto de partida del filosofar moderno en el “*ego cogito*” y su voluntad de poder, dicha filosofía lo puso desde el principio en el oprimido, el marginado, el pobre, en su trascendencia o exterioridad al sistema de opresión, y en su novedad histórica con respecto a esta. De ahí que no solo el filósofo como persona, sino que también su mismo filosofar, debe responder a la interpelación ético-histórica de los excluidos, con una opción por ellos y ellas, por su liberación humana integral y por la justicia hacia y con ellos y ellas.

Hoy se trata no solo del pobre como oprimido, sino como excluido de la vida y convivencia dignas y, no pocas veces, de la vida y convivencia a secas. Dicha opción por los excluidos es, sin embargo, universalmente humana, porque es de hecho la opción por lo humano y la dignidad humana como tal. De ahí que dicha situación y opción se constituyan entonces en un lugar hermenéutico del filosofar. Se trata del lugar desde donde se interpretan y disciernen no solo la actualidad histórica latinoamericana, sino también toda la realidad sin más, en este caso, la realidad educativa.

Así es como se replantean, todo el asunto y todos los asuntos del pensar, no solo los referentes a las cuestiones sociales o a los oprimidos y oprimidas. Dicha opción por los excluidos y excluidas (víctimas históricas) es universalmente humana, ya que se trata precisamente de la opción por lo humano integral, de todos los hombres y mujeres, ante la deshumanización de las mayorías e, indirectamente, de todos y todas.

Ahora bien, una vez alcanzado un concepto tan abarcador de la praxis histórica, salta a la vista que la teoría en cuanto momento de esa praxis o, más radicalmente, la inteligencia humana misma, queda afectada por la historicidad. Dar cuenta de esto supone replantear adecuadamente el viejo problema filosófico del conocimiento desde el punto de vista de su historicidad. Para ello se necesita, según Ellacuría (1977, s.p.), una “interpretación de la inteligencia como inteligencia histórica”.

La inteligencia histórica es, por lo pronto, una inteligencia situada, es decir, una inteligencia que sabe no poder entrar al fondo de sí misma más que situadamente y pretendiendo entrar al fondo de la situación tomada en su totalidad. Dicho en otros términos, la realidad es histórica y solo un *logos* de la historia, un *logos* histórico, puede dar razón de la realidad. Un *logos* puramente natural nunca daría razón adecuada de una realidad que es más que naturaleza.

La forma de adaptar tal principio en el sistema educativo costarricense se justifica a partir de dos aspectos centrales. El primero de ellos es partir de que la realidad educativa es histórica, desde donde los derechos humanos son vivenciados, una realidad que es vivida por cada uno del grupo de estudiantes, cuerpo docente y los profesionales del Ministerio de Educación Pública, todos juntos permiten la ejecución de los programas y planes de estudio, lo cual expresa los componentes de la realidad educativa en su totalidad. El segundo aspecto de la praxis en la realidad educativa costarricense hace referencia a la necesidad de elaboración de propuestas que promuevan el desarrollo de la participación estudiantil, como un medio de expresar el primado de la praxis, a favor de la persona menor de edad, quien debe ser entendida como la oprimida. Se debe hacer un esfuerzo de intervenir en esa realidad para transformarla, de ahí la búsqueda de espacios de participación para el grupo de estudiantes que permitan el fortalecimiento de sus derechos y el respeto de su dignidad.

El esfuerzo que se presentan en estas líneas implica la posibilidad de darle un sustento no solamente teórico, sino filosófico a los derechos humanos en el sistema educativo costarricense. Es un compromiso ético, en cuanto implica una forma de concebir la realidad social, al tiempo que permite no solamente la generación de nuevos conocimientos y aportes para la academia, sino que se convierte en un espacio que intente cambiar y transformar desde lo mínimo, las relaciones sociales entre el mundo del adulto y la persona menor de edad, en la esfera de la institución escolar desde donde se gesta el desarrollo de la autonomía del grupo de estudiantes.

Finalmente, implica un posicionamiento que atraviesa cada una de las líneas que forman parte del análisis, en donde no solo se busca coherencia teórica metódica, sino que permite darle sentido y razón a la práctica de la educación desde el enfoque de derechos, orientándole una razón de ser y un compromiso por los Derechos Humanos de los y las Adolescentes, los y las niñas.

Referencias

- Aguiló, A. J. (2009). Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos. *Revista universitas humanística*. 68, julio-diciembre de 2009, pp. 179-205. Bogotá, Colombia ISSN 0120-4807. [En línea] Disponible en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/2272>
- Alarcón, N. y Molina, L. (2008). La Desigualdad Social: Desarrollo y Desafíos del Trabajo Social desde la Reconceptualización en América Latina. *Revista Palabra*, 9. Recuperado de: <http://revistaselectronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1044/3231>
- Arrollo, R. (2009). La Dimensión histórica de los Derechos Humanos: movimiento y enfoque teórico metodológico. Conferencia Inaugural del curso de Inducción. Universidad de Costa Rica. Sábado 8 de Agosto del 2009.
- Dussel, E. (1972). *Para una ética de la liberación latinoamericana*. Argentina: Editorial Siglo XXI.
- De Lemos, L. (2007). A gente precisa é trabalhar ser criança nas políticas dirigidas às crianças. [La gente que trabaja con niños y las políticas para la infancia]. Posgrado en Trabajo Social. Universidad Federal y Centro Socioeconómico, Belén. Recuperado de: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp051757.pdf>
- De Sousa. (2004). *La Educación Latinoamericana en el Siglo XXI: escenarios hacia las pedagogías de la alienación, de la domesticación y de la transformación*. Recuperado de <http://www.apse.or.cr/webapse/pedago/enint/souza04.pdf>
- Ellacuría, I. (1973). *Teología política*. San Salvador: Ediciones del Secretariado Social Interdiocesano.
- Ellacuría, I. (1977). *Función liberadora de la filosofía*. San Salvador: Editorial UCA.
- Ellacuría, I. (1982). Universidad, Derechos Humanos y Mayorías Populares. *Estudios Centroamericanos (ECA)*, 406.

- Recuperado de <http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/Universidad,%20derechos%20humanos%20y%20mayorias%20populares.pdf>
- Fanlo, L. (s.f.). Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción al debate. Antología del curso Enfoques teóricos para la comprensión e intervención en las situaciones de la niñez, la adolescencia y la familia. Universidad de Costa Rica, 2012.
- Fernández, A. (2007) Reconsideraciones en torno de los derechos de la niñez y la adolescencia. *Revista KAIROS. Revista de Temas Sociales*. Año 11. N° 20. Recuperado de: <http://www.revistakairos.org/k20-archivos/FHassan.pdf>
- Herrera, J. (Ed.). (2000). *El vuelo de Anteo: Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Lukács, G. (1960). *La crisis de la filosofía burguesa*. Buenos Aires: La Pléyade.
- McLaren, P. (1997). *Pedagogía crítica y cultura depredadora*. Barcelona: Paidós.
- Molina, C. (s.f.). Ignacio Ellacuría: filosofía y liberación en América Latina. Recuperado de: <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1201492447.pdf>
- Mora, J. (2006). Sobre los inéditos de Ignacio Ellacuría. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I Época, 2, pp. 181-187. Recuperado de: <http://www.pensamientopolitico.org/Descargas/RIPP02177183.PDF>
- ONU (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de www.un.org/es/documents/udhr/
- Orozco, J. (s.f.). *Los Derechos Humanos y la polémica entre Isnaturalismo y iuspositivismo*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/399/3.pdf>
- Samour, H. (s.f.). *Zubiri y la filosofía de la liberación*. Recuperado de http://www.uca.edu.sv/facultad/chn/c1170/samour2.html#_ednref25

Recibido: 19/11/2014 • Aceptado: 27/8/2015



ESTILOS DE VIDA SALUDABLES: UN DERECHO FUNDAMENTAL EN LA VIDA DEL SER HUMANO

JORGE SALAS CABRERA*

Resumen

El propósito del presente estudio fue evidenciar el impacto que tienen algunos estilos de vida en el diario vivir; además, se referencian varios de estos, entre los cuales se citan: el sedentarismo, la alimentación, la práctica de actividad física, el apoyo social y familiar, así como las repercusiones que tienen en la calidad de vida de las personas. Es claro que, como ser humano, el desarrollo en su diario vivir está direccionado por deberes y derechos que condicionan las forma de convivencia. A partir de lo anterior, todo ser humano debe gozar del derecho a una mejor calidad de vida, y para alcanzar dicho objetivo es necesario mantener hábitos de vida saludables que generen mecanismos de protección a las personas ante el desarrollo de enfermedades crónico-degenerativas. Históricamente, se ha comprobado que las personas que mantienen hábitos de vida poco saludables llegan, con el paso del tiempo, a desarrollar enfermedades no solo del tipo hipocinéticas, sino también enfermedades asociadas a problemas de tipo neurológico, como el Alzheimer y el Parkinson. Bajo este panorama, se pretende en este escrito presentar información clara y concisa acerca de lo que representan los estilos de vida en el ser humano y su importancia como un derecho del que pueda gozar todo aquel que decida adaptarlos a su diario vivir.

Palabras clave: estilo de vida, sedentarismo, actividad física, derecho humano, alimentación saludable.

Abstract

The purpose of this study was to demonstrate the impact of certain lifestyles in our daily lives, and to reference some of them, among which are a sedentary lifestyle, diet, physical activity, social and family support, and the impact they have on people' quality of life. It is clear that as a human beings, the developments in everyday life are addressed by duties and rights that affect our way of living, hence all individuals should enjoy the right to a better quality of life; to achieve this, it is necessary to maintain healthy lifestyle habits that create mechanisms to protect people against the development of chronic degenerative diseases. Historically it has been shown that people who have unhealthy life habits

* Costarricense. Profesor. Académico de CIEMHCAVI (Escuela Ciencias del Movimiento Humano y Calidad de Vida), Facultad Ciencias de la Salud. Universidad Nacional, Costa Rica.



develop over time not only hypokinetic diseases, but also neurological ones such as Alzheimer's and Parkinson's. Under this scenario this paper is intended to present clear and concise information about what lifestyles represent to people and their importance as a right for everyone who decides to adapt them to their daily lives.

Keywords: *lifestyle, sedentarism, physical activity, human rights, healthy nutrition.*

En la actualidad la revolución tecnológica ha generado grandes aportes al desarrollo de la vida del ser humano; sin embargo, esta evolución ha producido consecuencias en los estilos de vida de las personas, haciéndolas cada vez más sedentarias, con hábitos de alimentación poco saludables y generando un deterioro a nivel ambiental, lo que repercute en el incremento de los niveles de pobreza y desempleo, generando así problemas de tipo psicosocial (Feo, 2002).

Según Tuero y Márquez (2009), “los estilos de vida se relacionan a su vez con los principales factores de riesgo de la mayoría de los problemas de salud pública actuales, especialmente en los países occidentales” (p. 35). Queda claro que la calidad de vida se ve afectada por la manera en que los seres humanos desarrollen sus estilos de vida, los cuales se componen de actividad física, alimentación, relaciones sociales, aspectos psico-emocionales y la parte espiritual. Cada uno de ellos debe mantenerse en un estado óptimo, que permita generar estabilidad en el desarrollo integral del ser humano.

Para Tuero y Márquez (2009) los problemas vinculados a los estilos de vida pueden generarse en una etapa específica de la vida y, en muchas ocasiones, se encuentran ligados a los aspectos culturales y sociales en los que se desenvuelva la persona. El propósito de este artículo es presentar el papel fundamental que tiene en la vida del ser humano mantener estilos de vida saludables, que más allá de generar ausencia de posibles enfermedades, propicien en la persona la salud integral idónea que tanto promovió la cultura griega y que consiste en poseer una buena calidad de vida.

Toda persona tiene el derecho a la vida y al trabajo; este derecho a la vida debe poseer un nivel adecuado, el cual garantice una calidad de vida que le asegure no solo el bienestar individual sino también familiar. Una buena calidad de vida no se presenta únicamente por el simple hecho de estar vivo, ya que es indispensable lograr una buena salud física y mental, así como un bienestar social adecuado. Bajo este principio se puede decir que todo ser humano debe gozar del derecho de mantener una adecuada calidad de vida, en donde las condiciones personales y sociales le faciliten la oportunidad de mantener un estilo de vida bajo condiciones saludables desde el entorno personal, familiar y social.

La educación juega un papel importante en este ámbito, ya que se basa en la inclusión que promueve mejorar estilos de vida, los cuales conllevan a una convivencia social positiva donde

se fomente los derechos humanos dentro de la comunidad como parte de la construcción de un ambiente sano y una mejor calidad de vida (Unesco, 2015). Como puede apreciarse, todos los seres humanos tienen el derecho no solo de gozar de un salud física y social adecuada, sino que además es indispensable que sus estilos de vida les permitan lograr alcanzar un estilo de vida saludable que garantice la salud no solamente física, sino también mental y espiritual.

Historia de los estilos de vida

Desde la antigua Grecia ya se establecían criterios en procura de que el ser humano mantuviera ciertas condiciones personales, las cuales le permitiesen mantener un estilo de vida acorde con las necesidades de la época. Por esta razón, se generan los acuerdos hipocráticos en el siglo IV y en el siglo V (a.C.), los cuales describen que una persona debía alcanzar un régimen de vida adecuado desde la salud, que involucraba varios elementos como: buena alimentación, actividad de tipo profesional, socialización y la práctica de ejercicio físico, además del ocio y el baño (LainEntralgo, 1987).

El concepto de estilos de vida surge al final del siglo XIX. Posteriormente, su abordaje se centra en la parte social, dándole énfasis a aquellos factores que determinaban socialmente la adopción de uno u otro estilo de vida; es decir, por las condiciones socio-económicas de las personas (Tuero y Márquez, 2009). En

ese sentido, Weber (1922) consideraba que los estilos de vida que poseía una sociedad estaban determinados por el nivel de estratificación social.

Por su parte Alvarez (2012) describe que desde el concepto epidemiológico se ha hecho un uso amplio del concepto de estilos de vida y salud, pero con un significado limitado, relacionándolo con conductas que los individuos de manera racional asumen y que en muchas ocasiones generan riesgos para su salud. Es por esta razón que empieza a darse un especial interés por el impacto que tienen los estilos de vida en la salud de la población y cómo el desarrollo de estas, en circunstancias poco sanas, desencadena problemas orgánicos en las personas.

Según Castillo (1995) el interés por los estilos de vida relacionados con el campo de la salud evoluciona en los años cincuenta desde la salud pública, justo cuando las enfermedades crónicas empiezan a revelarse como uno de los problemas principales de la sociedad; pero es ya en la década de los ochenta que se realizan estudios exhaustivos para elaborar estrategias de intervención en los estilos de vida que tenga repercusiones en la salud. Este interés se presenta específicamente por el incremento en el número de personas que mueren a causa del desarrollo de enfermedades crónico- degenerativas asociadas a estilos de vida poco saludables (Gutiérrez, 2000).

Para Mendoza et al. (2000), los estilos de vida saludables se definen de acuerdo

con el concepto salud. Es difícil encontrar el estilo de vida saludable ideal; sin embargo, es posible mantener un estilo de vida saludable adecuado, tratando de mantener ciertos hábitos de vida que les permitan a las personas protegerse de desarrollar enfermedades crónico-degenerativas y poseer las condiciones necesarias para lograr realizar actividades de la vida diaria sin la complicación física o mental que esta demande.

El propósito de este artículo es presentar aquellos hábitos de vida saludables concentrados en actividad física, alimentación, aspectos psicosociales y espirituales, que desarrollen en las personas estilos de vida adecuados y que deben ser parte de un derecho fundamental, del cual debe gozar toda persona para tener una mejor calidad de vida.

El sedentarismo y sus consecuencias en el estilo de vida de la persona

El uso de las nuevas tecnologías ha brindado al ser humano la oportunidad de desenvolverse de una manera más versátil en su quehacer diario, lo cual ha generado que poco a poco el modo de vida de las personas se haya vuelto sedentario y, por consecuencia, el desarrollo de enfermedades de tipo hipocinético.

El término “sedentario” se deriva del latín “sedentarius”, que significa estar sentado. Según la Organización Mundial de la Salud (2002), el sedentarismo se define como la poca capacidad de agitación o movimiento. Según García y

Correa (2007), el sedentarismo se determina de acuerdo con el gasto energético generado por una persona; se considera una persona sedentaria a aquella cuyas actividades cotidianas no aumentan más del 10 % la energía que gasta en reposo (metabolismo basal). De acuerdo con Fuentes (2010), la falta de actividad física genera problemas en el cuerpo, empeorando nuestra calidad de vida.

Desde tiempos antiguos el ser humano ha sentido la necesidad de incorporar el movimiento como un hábito de vida. En los primeros años de vida las personas buscan en el movimiento, estimular el sistema nervioso y muscular. El cuerpo del ser humano tiene la necesidad de moverse de manera constante; esto le ha permitido sobrevivir gracias al uso que le ha dado a su propio cuerpo, adaptándose al medio con la ayuda de este (Fuentes, 2010).

Una de las principales consecuencias que desencadena el mantener una vida sedentaria es el hecho de que esta condición lleva al desarrollo de enfermedades crónico-degenerativas y el primer efecto que genera en el organismo es la obesidad, al tener una pérdida de calorías mínima, que lleva poco a poco a la acumulación de tejido adiposo. De acuerdo con Luperon (2014), el aumento del sobrepeso y la obesidad en las personas es uno de los principales retos de la salud pública hoy. El problema se extiende hacia aquellos países de ingresos bajos y medianos, sobre todo en zonas urbanas. En cuanto al aumento de la tasa obesidad, se estima que en 2014,

1.900 millones de adultos de 18 o más años tienden al sobrepeso, de los cuales, más de 600 millones eran obesos. De estos, 35 millones viven en países en desarrollo, de ahí la importancia de educar a la población y de estimular la modificación en los estilos de vida, motivando el cambio hacia hábitos de vida saludables (OMS, 2015).

Según la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), tres cuartos de la población presentan un estilo de vida sedentario. Dicha información no solo se centra en personas adultas, sino que se extiende a todas las edades; sin embargo, al parecer las mujeres presentan una mayor tendencia al estilo sedentario, así como la población de escasos recursos (OMS, 2015).

Una de las situaciones más preocupantes es que hoy la industria que se encarga de crear las nuevas tecnologías analiza que el movimiento se considera sinónimo de ineficacia y lograr reducir el tiempo invertido en cualquier práctica de ejercicio físico es clave para generar disminución de la productividad; desgraciadamente este proceder se está transmitiendo a los países en desarrollo (Márquez, Rodríguez y De Abajo, 2006).

Para Martínez, Lozano y Zalagaz (2009) la prevalencia del sedentarismo se va haciendo gradual a medida que la vida de las personas avanza en sus diferentes etapas. Para contrarrestar este problema, es necesario que durante la juventud, etapa que se convierte en

momento idóneo para consolidar los estilos de vida saludables, se realicen estrategias para la promoción de la salud. Esto también debe realizarse en otras edades, de manera que se logre eliminar el sedentarismo y sus efectos nocivos. Estudios recientes han mostrado que existe un alto índice de sedentarismo en la población joven en las sociedades latinoamericanas, y que se acentúa más en las mujeres (Gregorat y Soria, 2008; Martínez, Eisenmann, Gómez, Veses, Ascensión y Veiga, 2014).

Como se puede apreciar, el mantener un estilo de vida sedentario provoca un deterioro progresivo del organismo, por lo que es indispensable modificar los estilos de vida de manera que se tornen más saludables. Esta modificación debe empezar por aquellos factores que son más sencillos de transformar como lo es la alimentación, la práctica de actividad física, el apoyo familiar y algunos de los aspectos psicosociales, de manera que permitan un equilibrio físico y mental, buscando mejorar la calidad de vida de la persona, como derecho humano fundamental.

De aquí en adelante se abordarán los factores anteriormente mencionados, los cuales se condiscernieron modificables en procura de mejorar la calidad de vida de las personas.

La alimentación como estilo de vida saludable

Es importante recordar que la alimentación es la ingestión de comida por

parte de los seres vivos para abastecer las necesidades energéticas y lograr desarrollarse. La alimentación difiere de la nutrición en que la primera se define como la acción de ingerir un alimento, y la nutrición se da a nivel celular. La dieta de los jóvenes se plantea como reto importante, ya que puede suponer cambios importantes en su estilo de vida (Cervera, Serrano, Cruz, Milla y García, 2013).

Hoy, debido al ritmo de vida de las personas, la mayoría ha optado por alimentarse con productos de baja calidad (ricos en triglicéridos, altos en colesterol, en azúcar, etc.), debido a que es más sencillo su procesamiento y su preparación requiere menos tiempo. Aunado a ello, el hábito de alimentación está relacionado con el estado emocional de la persona, debido a que esta come desproporcionadamente cuando se encuentra alegre, triste o enojada, así como cuando se experimenta soledad, frustración o estrés. También están vinculados con un gran número de refuerzos positivos que satisfacen las necesidades o placeres a corto plazo; por ejemplo, la disminución del hambre percibida o real, la satisfacción y gozo por el alimento consumido, la desaparición de la urgencia por consumir un alimento o de utilizarlo como mecanismo para la disminución de malestar emocional (Ballester, s.f.).

Se ha generado un mecanismo adaptativo de conseguir la mayor cantidad de energía mediante el consumo de alimentos; esta búsqueda de alimentos

de gran coste energético y la poca actividad física han generado el aumento de la obesidad de la población mundial (Prentice, 2001). En ese sentido, la forma de alimentarse ha venido a generar problemas de obesidad, por lo que las personas se han preocupado por conocer cuáles son las formas más idóneas de alimentarse. Según Delgado (1999, párr. 3) “cada vez existe mayor interés y preocupación por estar informados sobre el mejor modo de alimentarse para mantener un estado de salud adecuado”. Por esta razón, resulta importante conocer y, a la vez, modificar los hábitos alimentarios en procura de generar el funcionamiento óptimo del organismo.

El INCAP (1999) define que aquellas personas que gozan del acceso permanente a alimentos de calidad para su adecuado consumo y utilización biológica poseen un estado de bienestar general que permite el desarrollo saludable de su organismo. Bajo esta perspectiva, es idóneo que la preparación de los alimentos se realice en casa. Hoy en día se considera que todo alimento que no es preparado en la cocina del hogar se consideran de baja calidad en la dieta y promueve la obesidad (James, 2008).

Bajo diferentes perspectivas, la sociedad no tiene un concepto apropiado de lo que significa tener una adecuada alimentación. Las diferentes regiones del mundo poseen hábitos de alimentación de acuerdo con su producción interna, por lo que la alimentación varía de una nación a otra. No existe patrón alimentario que asegure una

correcta nutrición; es decir, es poco probable encontrar una alimentación ideal, pues se parte del hecho de que se trata de un requerimiento individual (Rojas, 2013).

Sin embargo, lo que sí se presenta es la carencia de micronutrientes (sustancias que el organismo de los seres vivos necesita en pequeñas dosis) en la alimentación diaria de las personas. Por tanto, se deben implementar estrategias básicas, las cuales consisten en aumentar la disponibilidad y consumo de alimentos ricos en micronutrientes (Cardero, Sarmiento y Selva, 2009).

Para tal efecto, es indispensable incluir dentro de la alimentación el consumo de frutas y verduras; la mayoría de personas no las consume en la cantidad suficiente. Solo Chile, México y Brasil tienen una oferta en sus mercados igual o por arriba de los 146 kilos/persona/año, mientras el resto de países fluctúa entre 80-138 kilos (Jacobo y Keller, 2006; Durán, Valdés, Godoy y Herrera, 2014).

Para el año 2003, la Organización Mundial de la Salud lanzó una iniciativa global que permitía un mayor consumo de fruta y verdura. Dicha iniciativa contempló tres objetivos: a) crear atención e interés en los beneficios para la salud de un mayor consumo de frutas y verduras; b) la idea de promover una mayor producción y c) estimular el trabajo científico en las áreas de producción, distribución y mercadeo de frutas y verduras (OMS, 2003). Sin embargo, esta estrategia ha generado

poco impacto en la población costarricense, ya que se siguen evidenciando altos niveles de obesidad en esta.

El requerimiento diario de los nutrientes para cada persona debe estar basado en el conocimiento exacto de la fisiología nutricional, la digestión, absorción, transporte celular, metabolismo, retención y excreción. Por tal razón, para garantizar la ingesta saludable, es conveniente que la persona determine cuáles son sus requerimientos de nutrientes, así como las cantidades necesarias para el adecuado funcionamiento corporal.

Los requerimientos nutricionales del ser humano están basados en tres componentes: requerimiento basal; requerimiento adicional por crecimiento, gestación, lactancia o actividad física; y aquel requerimiento de seguridad debido a las pérdidas de nutrientes durante su manipulación y el debido procesamiento (Hernández, 2004).

De acuerdo con la información anterior, es muy importante que durante el crecimiento y desarrollo como seres humanos se cuente con una debida alimentación, que permita adquirir los requerimientos nutricionales adecuados, y que toda persona goce de tal derecho humano en procura de ser saludable y lograr una mejor calidad de vida .

La actividad física, un gasto energético necesario y saludable

Antes de realizar el abordaje acerca de la importancia de la práctica de

actividad física, es conveniente aclarar las definiciones correspondientes a actividad física, ejercicio físico y deporte.

Para Rodríguez (2010, párr. 53.), la actividad física se define como el “conjunto de acciones con objetivos motores” o, de una manera más explícita, “conjunto de realizaciones de las personas cuyas intenciones son hacer participar su motricidad” y con esto generar un gasto calórico. Por su parte, la práctica deportiva o el deporte se define como una actividad reglamentada, de carácter competitivo, que permite mejorar la condición física y psíquica de quien lo practica (Real Academia Española de la Lengua, 2014).

En cuanto al ejercicio físico, este es definido como “aquel que se lleva a cabo bajo una estructura de entrenamiento planificado con un fin en concreto” (Esparza, 2010, párr. 6). Muchas de las personas que se involucran en la práctica de actividad física, ejercicio físico y deporte tienen conceptos errados acerca de lo que representa cada una de estos, por lo que al practicarlos, no desarrollan las actividades propias en procura de alcanzar los objetivos propuestos.

Por ser el deporte una disciplina cuya aplicación científica difiere de la actividad física y el ejercicio físico, este artículo se concentrará en estas dos últimas, con el propósito de informar a todas aquellas personas que no son deportistas, acerca de los beneficios de una vida físicamente activa, utilizando la actividad física y el ejercicio físico,

como medios para lograr rehabilitarse o simplemente prevenir el desarrollo de enfermedades crónicas degenerativas, como derecho humano fundamental.

La actividad física es una manifestación cultural que se convierte en un factor importante en el bagaje socio-cultural de la persona. Diferentes civilizaciones y culturas han considerado la práctica de la actividad física como una forma que le permite a la persona preservar o mejorar la salud física y mental (Paffenbarger, Blair y Lee, 2001). De acuerdo con Cabrera, Gómez y Mateus (2004), los beneficios que se consiguen en la salud humana a través de la práctica regular de actividad física moderada evitan el sedentarismo, el cual se considera como uno de los principales factores de riesgo cardiovascular.

Hoy en día la población mundial ha desarrollado el hábito del sedentarismo, debido a la creciente evolución tecnológica y a la alta ingesta de comidas denominadas “chatarra”. Costa Rica no se aleja de esta triste realidad y cada vez son más las personas que desarrollan a temprana edad enfermedades de tipo hipocinético; entre las cuales se encuentran: la hipertensión, la enfermedad cardíaca, la diabetes mellitus, las dislipidemias y síndrome metabólico. En ese sentido, surge la necesidad de incentivar y motivar a la población costarricense a realizar algún tipo de actividad física, y a que, en consecuencia, esta se convierta en ejercicio físico, que le permita al organismo generar mecanismos protectores

ante el desarrollo de tales enfermedades (cardíacas, hipertensión, diabetes, dislipidemias, síndrome metabólico).

A nivel mundial se puede comprobar que es poca la cantidad de personas que dedica tiempo a la práctica de actividad física, y que además existen diferencias en cuanto al género. De acuerdo con Mills (2007), por ejemplo, los hombres tienden a ser más activos que las mujeres y esto es consecuente en todas las edades; además, determinó que se presenta una marcada disminución de la actividad física con la edad en ambos sexos. Para el caso de la infancia, los niños tienden a ser más activos respecto a las niñas, que alcanzan los 60 minutos de actividad física moderada. Ante esta realidad, los educadores físicos y distintos profesionales enfocados en la promoción de la salud a través del ejercicio ejecutan estrategias con el fin de motivar a la población para que sea físicamente activa, en beneficio de su calidad de vida.

Para Cintra y Balboa (2011), la práctica de actividad física debidamente sistematizada (es decir, como ejercicio físico) contribuye a disminuir los efectos del envejecimiento y proporciona un incremento del tono muscular; de esta forma, se genera un aumento en la fuerza. Además, desde el sistema cardiovascular se genera una mejoría en las condiciones hemodinámicas y de la respuesta ventilatoria. Como adaptación a la práctica de actividad física se presenta una disminución de la tensión arterial, la hiperlipidemia

y la osteoporosis; así como mejoría en la flexibilidad, el equilibrio y la movilidad articular

Toda persona tiene el derecho a gozar de una vida activa físicamente, a tener la libertad de hacer uso de espacios físicos destinados para la práctica de actividad física; por esta razón, es necesario que el Gobierno Central facilite estos espacios, donde los ciudadanos sientan la libertad y seguridad de poder realizar actividad física para mejorar de su calidad de vida. En ese sentido, Sequera y Benítez (2009) afirman que es indispensable dar mantenimiento a los espacios para la actividad física-deportiva, ya que estos constituyen para el individuo un medio que contribuye a mejorar la salud y su interacción social.

El equilibrio psicosocial como estilo de vida saludable

Como parte del desarrollo armonioso del ser humano, el factor psicosocial se convierte en un elemento de suma importancia; toda persona necesita tener un equilibrio, no solo en la alimentación o el nivel de condición física, sino también en el desarrollo de su personalidad, sus emociones y su forma de relacionarse socialmente. Muchas veces esta forma de comportamiento está estrechamente relacionada con el sistema de valores, los cuales fueron inculcados durante la infancia y adolescencia. Desde este punto de vista, Garita (2003) explica que el carácter, la forma de ser, de pensar y de actuar de cada individuo son reflejo de sus valores.

Los valores inculcados en la infancia representan la base sobre la que se fundamentará el comportamiento en la sociedad, y es que el ser humano a través de sus etapas de cambio se codifica y recodifica de manera que, de acuerdo con su grado de madurez y experiencia de vida, alcanza diferentes estadios. Según Erickson (1998) la persona entre los 25 a 50 años presenta un conflicto de la generatividad contra el estancamiento; es decir, tiende a pensar que alcanzó las metas planteadas y que ya nada le es llamativo para seguir creciendo como persona. En el caso de aquellos que llegan a ser padres o madres, desarrollan la capacidad de productividad y la responsabilidad, así como la motivación por el desarrollo laboral. Al parecer, las personas adultas que se sienten laboralmente productivas y que alcanzan niveles de responsabilidad altos, mantienen niveles psicosociales equilibrados, debido a que se sienten o identifican como personas altamente necesarias para el desenvolvimiento social, esto produce que tengan menos tiempo para pensar en situaciones negativas que desencadenan enfermedades de tipo psicosocial, como la depresión o la ansiedad (Otero, Galvéz, 2014).

Para Vinaccia y Orozco (2004) el bienestar psicológico se encuentra relacionado con el temor, la ansiedad, la depresión y la cognición; estos aspectos de alguna forma tienen un impacto importante en el bienestar emocional de una persona, en cuyo caso una manifestación en grandes dimensiones puede generar que la calidad de vida

de la persona que los padece se vea afectada de manera negativa. En muchas ocasiones las personas buscan el bienestar espiritual, el cual les genera la esperanza de confrontar situaciones que conllevan a la trascendencia y la incertidumbre, promoviendo la fe y practicando la religiosidad y la fortaleza interior, de manera que les brinde el equilibrio emocional idóneo.

El apoyo de la familia, un derecho necesario para el ser humano

Desde el momento de salir del vientre de la madre, el ser humano experimenta una sensación de dependencia que lo hace receptivo a todo tipo de contacto humano, es precisamente en este estado que el apoyo familiar –en este caso el de la madre y el padre– es indispensable; es un derecho que le pertenece a la persona y que se convierte en un punto vital en su desarrollo.

De acuerdo con González (2001), el apoyo social hace referencia a la característica estructural de una relación social; la misma se encuentra conformada por los sujetos cercanos a la persona, constituyendo su ambiente social primario. Este grupo cercano a la persona es representado por el mismo núcleo familiar y es precisamente en este núcleo donde la persona encuentra el apoyo y descanso, así como la tranquilidad cuando se encuentra enfrentando situaciones altamente estresantes.

Festinger (1954) propuso que el deseo de buscar estar en compañía de otra

persona en situaciones de temor o ansiedad se presenta al establecer un proceso de comparación social, por medio del cual se obtiene información acerca de la situación estresante y se validan las propias reacciones. En opinión de Kalil (2003), los procesos de recuperación como la comunicación, la integración y el apoyo familiar cumplen una función de “catalizador” que genera equilibrio en la persona.

Es indiscutible que el apoyo familiar es de suma importancia en la calidad de vida de una persona, y que en definitiva es un proceso que puede influir en el estilo de vida. Aquellas personas que son parte de un núcleo familiar desintegrado, presentan insatisfacción de las necesidades primarias que requieren sus miembros, esto tiene un efecto adverso en el estilo de vida poco saludable (González, 2014) al no poseer en muchas ocasiones las herramientas de apoyo fundamentales para mejorar su calidad de vida, sobre todo si se habla de personas con alguna enfermedad crónico- degenerativa o terminal, tal como lo establecen Marín y Rodríguez (2001, párrafo, 17) “los pacientes con hipertensión tienen un mayor grado de apego al tratamiento cuando reciben apoyo familiar, de lo que se desprende la necesidad de dirigir acciones de intervención orientadas al mejoramiento del entorno familiar”.

Conclusiones

Los estilos de vida se componen de un sinnúmero de factores que determinan

la forma de vida de la persona; en algunos casos pueden generar consecuencias lamentables para la esta, pero muchos de ellos pueden ser modificables de manera que le permitan a la persona tener una mejor calidad de vida.

Los estilos de vida mencionados en este artículo ejemplifican teóricamente la manera en que una persona debe alimentarse de una forma sana y las repercusiones que genera una alimentación no adecuada, así también la importancia de compartir de manera social y como ello conlleva a una salud integral, la importancia del apoyo familiar y los beneficios de mantener una vida físicamente activa. Cada uno de estos aspectos representa un derecho que todo ser humano debe gozar para mejorar su calidad de vida,

Los estilos de vida saludables no solo definen un listado de comportamientos individuales y colectivos que muestran que hacer o no hacer para tener una adecuada calidad de vida. Es necesario en primera instancia comprender la importancia de una buena calidad de vida. Cada ser humano debe procurar individualmente mantener adecuados estilos de vida de manera que logre un equilibrio entre el cuerpo, la mente y el espíritu. Para tal efecto es necesario entender que desde el punto de vista físico es indispensable que las personas logren mantener adecuados niveles de aptitud física, mejorando su capacidad cardiovascular, fuerza y resistencia muscular, una adecuada flexibilidad y una óptima composición corporal.



Además, debe procurar mantener adecuadas relaciones de convivencia con las personas con las que se relaciona a diario y, finalmente, autoevaluarse día a día en las respuestas emocionales. Bajo estos fundamentos es posible alcanzar estilos de vida idóneos que permitan vivir de manera saludable y que ello se convierta en un derecho humano del que todas las personas deben gozar.

Referencias

- Álvarez, L. (2012). Los estilos de vida en salud: del individuo al contexto. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*. Vol. 30, (1), 95-101.
- Ballester, R. (s. f.). Eficacia terapéutica de un programa de intervención grupal cognitivocompartamental para mejorar la adhesión al tratamiento y el estado emocional de pacientes con Infección por VIH/SIDA. Recuperado de: <http://www.unioviado.net/reunido/index.php/PST/article/view/8052>
- Cabrera, G., Gómez, L. y Mateus, J. (2004). *Actividad física y etapas de cambio comportamental en Bogotá*. Colombia: Editora Médica del Valle..
- Cardero, Y., Sarmiento, R. y Selva, A. (2009). Importancia del consumo de hierro y vitamina C para la prevención de anemia ferropénica. *MEDISAN*, 13 (.6), Santiago de Cuba nov.-dic. Recuperado de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S1029-30192009000600014&script=sci_arttext&tlng=pt
- Castillo, I. (1995). *Socialización de los estilos de vida y de la actividad física. Un estudio piloto con jóvenes Valencianos*. [Tesis de Licenciatura]. Universidad de Valencia.
- Cervera, F., Serrano, B., Vico, C., Milla, M. y García M.J. (2013). Hábitos alimentarios y evaluación nutricional en una población universitaria. *Revista Nutrición Hospitalaria*, 28(2).
- Cintra, O. y Balboa, Y. (2011). La actividad física: un aporte para la salud. *Revista Digital*, 16 (159). Recuperado de: <http://www.efdeportes.com/efd159/la-actividad-fisica-para-la-salud.htm>
- Diccionario de la Lengua Española. (2014). *Definición de deporte*. Recuperado de: <http://es.wikipedia.org/wiki/Deporte>
- Durán, S., Valdés, P., Godoy A., Herrera, T. (2014). Hábitos alimentarios y condición física en estudiantes de pedagogía en educación física. *Revista Chilena de Nutrición*, 41(3). <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-75182014000300004>
- Esparza, M.A. (2010). El deporte moderno y el ejercicio físico antiguo. Comentarios sobre sus diferencias. *Revista Digital*, 15(144). Recuperado de: <http://www.efdeportes.com/efd144/el-deporte-moderno-y-el-ejercicio-fisico-antiguo.htm>
- Erickson, E. (1998). *Ciclo de vida completo*. Porto Alegre: Artmed.
- Feo, O. (2002). *Reflexiones sobre la globalización y su impacto sobre la salud de los trabajadores y el ambiente*. Conferencia dictada en la II Conferencia Internacional sobre Salud Ocupacional y Ambiental. Universidad de Carabobo Maracay. Venezuela.
- Fuentes, P. (2010). El problema del sedentarismo en la sociedad actual. *Revista Digital*

- Efdeportes, (14). Recuperado de: <http://www.efdeportes.com/efd141/el-sedentarismo-en-la-sociedad-actual.htm>
- García, L.V. y Correa J.E. (2007). *Muévase contra el sedentarismo*. Universidad Ciencia y Desarrollo. Programa de Divulgación Científica. Tomo II, Fascículo 7. Universidad del Rosario, Argentina.
- Garita, N. (2003). Opiniones y valores en la Costa Rica de hoy. *Revista Reflexiones*, 82(1), pp. 57-70.
- González, N. (2001). Acercamiento a la literatura sobre redes sociales y apoyo social. *Revista Cubana de Psicología*, 18, pp.134-141.
- González, I. (2014). Desintegración Familiar, posibles causas. Recuperado de: http://www.universidadupav.edu.mx/documentos/BachilleratoVirtual/04-2014/Trimestre4/Unidad3/Tareas/MEIN%202/120050870127V/Irania_ActFinal_Unid3_Met2.pdf
- Gutiérrez, M. (2000). Actividad Física, estilos de vida y calidad de vida. *Revista Educación Física*, 77, pp. 5-14.
- Hernández, M. (2004). Recomendaciones nutricionales para el ser humano: actualización. *Revista Cubana InvestBioméd*, 23 (4). Recuperado de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0864-03002004000400011&script=sci_arttext
- INCAP. (1999). *La iniciativa de seguridad alimentaria nutricional en Centroamérica*. Guatemala. Recuperado de: <http://www.incap.org.gt/sisvan/index.php/es/acerca-de-san/conceptos/marco-referencial-de-la-san>
- James, W. (2008). The epidemiology of obesity. The size of the problem. *Journal of Internal Medicine*, 263 (4) pp. 336-352. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.1111/j.1365-2796.2008.01922.x>
- Kalil, A. (2003). *Family resilience and good child outcomes: A review of the literature*. Centre for Social Research and Evaluation, Ministry of Social Development: New Zealand.
- Laín, P. (1987). *La Medicina Hipocrática*, Madrid: Alianza Editorial.
- Luperon, J. M. (2014). Los niveles de obesidad y sedentarismo en la población estudiantil de la facultad de ciencias, jurídicas, sociales y de la educación de la Universidad Técnica de Babahoyo. Recuperado de: <http://www.monografias.com/trabajos100/niveles-obesidad-y-sedentarismo-poblacion-estudiantil-utb/niveles-obesidad-y-sedentarismo-poblacion-estudiantil-utb.shtml>
- Marín, F. y Rodríguez, M. (2001). Apoyo familiar en el apego al tratamiento de la hipertensión arterial esencial. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342001000400010
- Márquez, S., Rodríguez, J. y De Abajo, S. (2006). Sedentarismo y salud: efectos beneficiosos de la actividad física. Recuperado de: http://ocw.um.es/gat/contenidos/palopez/afs2011/lecturas/083_012-024ES.pdf
- Martínez, E., Lozano L. y Zalagaz, M. (2009). Sedentarismo y prácticas de actividad física extraescolar en alumnas de colegios secundarios de gestión privada de la ciudad de Catamarca. *EFDeportes.com*,

- Revista Digital*, 18, (187). Recuperado de: <http://www.efdeportes.com/efd187/sedentarismo-y-actividad-fisica-extraescolar.htm>
- Martinez, D., Eisenmann, J., Gómez, S., Veses, A., Ascensión, M. y Veiga, O. (2014). Sedentarismo, adiposidad y factores de riesgo cardiovascular en adolescentes. *Revista Española de Cardiología*, 63, (3), 277-285. [http://dx.doi.org/10.1016/S0300-8932\(10\)70086-5](http://dx.doi.org/10.1016/S0300-8932(10)70086-5)
- Mendoza, R. (2000). *Diferencias de género en los estilos de vida de los adolescentes españoles: Implicaciones para la promoción de la salud y para el fomento de la actividad física-deportiva*. Actas del II Congreso Internacional de Educación Física. Educación física para la salud. Jerez. España. Recuperado de: <file:///C:/Users/Jorge/Downloads/Dialnet-AdolescenciaDeporteYOcio-2715991.pdf>
- Miles, L. (2007). Physical activity and health. *Article first published online: Nutrition Bulletin*, 32 (4), s 314–363. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-3010.2007.00668.x>
- Organización Mundial de la Salud. (2015). *Informe sobre la salud en el mundo: Reducir los riesgos y promover una vida sana*. Recuperado de: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/es/>
- Organización Mundial de la Salud. (2004). *Estrategia Mundial sobre Régimen Alimentario, Actividad Física y Salud*. Recuperado de: <http://www.saludmental.msal.gov.ar/argentina-saludable/pdf/OMS-estrategia-Mundial-DPAS.pdf>
- Organización Panamericana de la Salud. (2002). *La inactividad física: un factor principal de riesgo para la salud en las Américas*. Programa de Alimentación y Nutrición / División de Promoción y Protección de la Salud. Recuperado de: <http://www.ops-oms.org/Spanish/HPP/HPN/whd2002-factsheet3.pdf>
- Otero, C. y Gálvez, M. (2014). Plan de retorno al trabajo tras baja laboral por motivos de salud mental. *Medicina Seguridad y Trabajo*, 60 (235).
- Paffenbarger R.S., Blair S.N. y Lee I.M. (2001). A history of physical activity, cardiovascular health and longevity: the scientific contributions of Jeremy N Morris, DSc, DPH,FRCP. *International Journal Epidemiology*, 30(5), 1184-1192. <http://dx.doi.org/10.1093/ije/30.5.1184>
- Prentice, A.M. (2001). Fires of life: the struggles of an ancient metabolism in a modern world. *British Nutrition Foundation Nutritional*, 26, pp. 13-27. <http://dx.doi.org/10.1046/j.1467-3010.2001.00100.x>
- Rojas, E. (2013). *¿Qué es una alimentación sana?* Recuperado de: http://www.sciencedirect.com/science?_ob=PdfExcerptURL&_imagekey=1-s2.0-S0014256500705534-main.pdf&_piikey=S0014256500705534&_cdi=277706&_orig=article&_zone=centerpane&_fmt=abst&_eid=1-s2.0-S0014256500705534&_user=1791338&md5=24c69ca292c37fb8a4222523e982dcc2&ie=/excerpt.pdf
- Rodríguez, J.P. (2010). Desde el principio. ¿Qué es 'Actividad Física y Deportiva'? *Revista Digital EF Deportes*, 15(146). Recuperado de: <http://www.efdeportes.com/efd146/que-es-actividad-fisica-y-deportiva.htm>

Sequera, D. y Benítez, J. (2009). El mantenimiento de los espacios para la actividad física deportiva en la Universidad Iberoamericana del Deporte. *Revista Digital, EF deportes*, 14(137). Recuperado de: <http://www.efdeportes.com/efd137/el-mantenimiento-de-los-espacios-para-la-actividad-fisica-deportiva.htm>

Tuero, C. y Márquez, S. (2009). *Estilos de Vida y Actividad Física*. España: Ediciones Díaz, Santos.

Unesco. (2015). *Derechos Humanos y Cultura de Paz*. Recuperado de: <http://www.unesco.org/new/es/quito/education/human-rights-and-culture-of-peace/>

Zaragoza, J., Serra, J., Ceballos, O., Generelo, E., Serrano, E. y Clemente, J. (2006). Los factores ambientales y su influencia en los patrones de actividad física en adolescentes. *Internacional Journal of Sport Science*, 2, 1-14.

Recibido: 1/6/2015 • **Aceptado:** 27/8/2015



DERECHO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A SER OÍDOS EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA CHILENOS: LA AUDIENCIA CONFIDENCIAL¹

ELENA SALUM ALVARADO*

SARA SALUM ALVARADO**

RICARDO SAAVEDRA ALVARADO***

Resumen

Este trabajo pretende conocer la opinión que los jueces de familia poseen sobre el derecho a ser oído de los niños y las niñas (0 a 14 años) y la importancia que estos le otorgan como uno de los componentes del interés superior del niño y la niña. El estudio –de carácter cualitativo– se inserta en la sociología jurídica empírica. Para este efecto, se aplicaron entrevistas semiestructuradas a jueces de familia, las cuales se enfocaron en los procesos de los Tribunales de Familia, específicamente en la figura de la audiencia confidencial. Sostenemos que existe una desalineación entre la legislación que pretende dar vida a los principios rectores de la Convención de los Derechos del Niño y los tribunales de familia, específicamente, en la manera en que esta legislación contempla dar cumplimiento al derecho a ser oído.

Palabras clave: derechos del niño, tribunales de familia.

Abstract

This work addresses the views family court judges have on The Right of Children to be heard (0-14 years) and the importance they give this as one of the components of the Best Interests of the Child. This qualitative study is framed into the empirical Legal Sociology. To this effect, semi structured interviews to Family Court Judges were applied, focusing on Family Courts processes, specifically in the Confidential Hearing Audience. We argue that there would be a misalignment between the legislation which aims to give life to the Convention on the Rights of the Child's guiding principles and Family Courts, specifically, on how this legislation plans on implementing the right to be heard.

Keywords: *child's rights, family courts.*

1 Este trabajo se enmarca en la investigación: “Democracia y políticas públicas. Las percepciones de los operadores judiciales sobre el acceso a la justicia de familia de sectores en situación de vulnerabilidad social de la Región de Valparaíso”, financiada por la Dirección de Investigación de la Universidad de Valparaíso, Proyecto DIUV N.º 52/2009. El estudio fue realizado en el período junio de 2011 a junio de 2013.-

* Chilena, trabajadora social, doctora en Estudios Americanos, académica, Escuela Trabajo Social Universidad de Valparaíso, Investigadora Responsable.

** Chilena, trabajadora social, criminóloga, doctora en Estudios Americanos, académica e investigadora Escuela Trabajo Social Universidad de Valparaíso, coinvestigadora.

*** Chileno, abogado, académico e investigador Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, coinvestigador.



En materia de derecho de familia, en el año 2004, se promulgó en Chile la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia. Esta ley acoge algunos de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes consagrados en la Convención de Derechos del Niño ratificada por Chile en 1989, entre estos el derecho a ser oído. Este derecho implica que ellos deben ser escuchados, oídos y tomados en cuenta por el juez de familia en todos aquellos asuntos que afecten su vida presente y futura.

Esta investigación intenta responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo se aplica el derecho a ser oído de los niños y niñas en los juzgados de familia de la región de Valparaíso, Chile? En este contexto, se orienta a conocer la opinión de los jueces de familia de las provincias de Valparaíso y Quillota respecto del derecho a ser oído en esta judicatura, con un enfoque en los mecanismos que la ley de los Tribunales de Familia establece, específicamente en la audiencia confidencial.

El trabajo se organiza en tres apartados. El primero aborda el interés superior del niño y el derecho a ser oído, el contexto legal y su incorporación a la legislación nacional. En este, se profundiza en la Convención de los Derechos del Niño, en el derecho a ser oído y en los mecanismos para escuchar a los niños y las niñas en la legislación de familia en Chile. El segundo apartado desarrolla la participación en el proceso de familia de los niños y las niñas: el caso de la audiencia confidencial. En el tercero, se

presentan las conclusiones que derivan de este estudio.

Metodología

Este artículo es parte de un estudio financiado por la Dirección de Investigación de la Universidad de Valparaíso (DIUV N.º 52/2009). El estudio se inserta en el ámbito de la sociología jurídica empírica y analiza el derecho a ser oído y la forma en que este es interpretado por los operadores judiciales de familia que se circunscriben al ámbito espacial de la región de Valparaíso. Para la elaboración de este artículo se trabajará exclusivamente con juzgados de familia de las provincias de Valparaíso y Quillota, respectivamente.

Tipo de Investigación: mixta con predominancia cualitativa.

Alcance del estudio: exploratorio-descriptivo, no experimental, transaccional.

Tipo de Muestreo: aleatorio

Universo: jueces de familia de las provincias de Valparaíso y Quillota. Con base en el muestreo aleatorio, se obtuvo una muestra de seis casos a los que se aplicó la entrevista semiestructurada como instrumento de recolección de datos. Estos seis casos corresponden al 19,35 %, lo que valida estadísticamente el estudio.

Cuadro N.º 1: Conformación de la Muestra de los Juzgados de Familia

Juzgados de Familia	
Juzgados de Familia:	N.º de Jueces
Provincia Valparaíso:	25
Provincia Quillota:	6
Universo	31
N.º Jueces de familia seleccionados aleatoriamente	6
% Jueces de familia Muestra/Universo	19,35%

Fuente: Elaboración propia con base en Poder Judicial, 2014.

Objetivo de investigación: Conocer la percepción que los jueces de familia poseen respecto del derecho a ser oído de los niños y las niñas y acerca de su aplicación procesal en las judicaturas de Valparaíso y Quillota.

Pregunta de investigación ¿Cómo se aplica el derecho a ser oído de los niños y las niñas en los juzgados de familia de la región de Valparaíso, Chile?

Hipótesis: El cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño en relación con el derecho a ser oído ha tenido un desarrollo más bien formal, evidenciándose materialmente un déficit en su aplicación efectiva por parte de los Tribunales de Familia.

Criterios de selección:

- Ser juez de familia de las provincias de Valparaíso o Quillota.
- Contar al menos con dos años de servicio en la judicatura de familia.
- Expresar su voluntad libre y espontánea de participar en el estudio.

Técnica de recolección de datos: Se utilizó como instrumento la entrevista

semiestructurada. La selección de este instrumento se basa en que permite recoger información fehaciente respecto de la visión que los jueces de familia poseen sobre el derecho de los niños y las niñas a ser oídos y sobre cómo es su aplicación desde una perspectiva procedimental en los respectivos juzgados en los cuales se desempeñan.

Por tratarse de una técnica de investigación cualitativa, se añadió como criterio la saturación de información acumulada como un elemento de juicio para finalizar el proceso de levantamiento de información, el cual ayudó a mantener una claridad en el proceso investigativo en torno a los datos levantados, evitando un sesgo en la información.

Además, se utilizaron los siguientes criterios de validez del estudio, desde una perspectiva cualitativa: credibilidad, transferencia y confirmación.

Mecanismos para escuchar a los niños y las niñas en la legislación de familia en Chile

El derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente

considerada en el proceso de familia constituye un mandato normativo de la más alta jerarquía, que obliga a los jueces de familia a recoger sus deseos y sentimientos en una amplia gama de materias (Couso, 2006). No es posible lograr una real protección del principio del interés superior del niño, sin el derecho a ser oído y a que el juez tenga en cuenta su opinión. Esto implica que esta es funcional a la anterior, dado que no es factible dar satisfacción al interés superior del niño si no se escucha su opinión.

La ley N.º 19.968 de 2004 sobre los Tribunales de Familia es la norma llamada a dar cumplimiento formal al Art. N.º 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1990 (en adelante, la Convención), que manda a escuchar a los niños y las niñas en todo proceso judicial que tenga relación con su futuro. El Art. N.º 16 de la ley consagra el derecho del niño y la niña a ser oído como uno de los principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento, al mismo nivel que el principio del interés superior del niño y la niña. Pero ¿de qué manera o a través de qué mecanismo la ley N.º 19.968 se hace cargo de la tarea de materializar este mandato? Cabe tener presente que, a la luz del numeral 2 del Art. 12 de la Convención, pareciera ser que los estados partes deben garantizar este derecho estableciendo instancias para que el niño y la niña sean escuchados, aunque no necesariamente de manera directa sino también

a través de un “representante o de un órgano apropiado”.

En este contexto, la ley N.º 19.968 de 2004 regula en particular la necesidad de oír al niño o la niña de manera directa solo a propósito del procedimiento especial para la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, las niñas o los y las adolescentes. El Art. 69 dispone que “en este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños (as) o adolescentes, considerando su edad y madurez” agregando en su inciso segundo que: “para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”. El Art. 19 de la mencionada ley establece que la figura del curador *ad litem* se debe designar al niño o la niña en los procesos donde tenga interés, pero de manera subsidiaria a la intervención de sus representantes legales o “cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación”.

Como puede apreciarse, la posibilidad de los niños y las niñas de hacer valer autónomamente sus derechos en los procesos en que puedan tener interés en gran medida queda entregada a la discrecionalidad del tribunal, más allá de las escasas hipótesis en que la ley lo establece de manera perentoria. La posibilidad de considerar a los niños

y las niñas como una parte procesal independiente de los padres o guardadores termina, entonces, diluyéndose, atenuando significativamente la efectividad de la garantía del debido proceso con que se vincula su derecho a participar en las decisiones judiciales o administrativas que les involucren.

En el contexto de los Tribunales de Familia chilenos, algunos estudios identifican mecanismos formales de participación así como factores que determinan dicha participación. Estos mecanismos serían: participación en audiencias reservadas, peritajes e informes diagnósticos, intervención del curador *ad litem*, y la “participación indirecta en el proceso”, entendida como la participación del niño o la niña a través de los adultos que, siendo parte en un juicio de familia, manifiestan en el contexto de sus pretensiones y en abono de ellas lo que estiman como el deseo, el querer o el interés del niño involucrado en el mismo proceso (Vargas y Correa, 2011).

Al margen de esta última modalidad, que probablemente se reconoce como la más extendida, al parecer los jueces se inclinarían preferentemente por la vía del peritaje e informes diagnósticos para incorporar en el proceso la opinión de los niños y las niñas, lo que develaría cierta desconfianza, incluso en sus propias competencias, en relación con el empleo del mecanismo de la audiencia reservada.

Esta tendencia restrictiva en la aplicación del mecanismo directo de

participación también se pone de manifiesto al considerar los factores que determinan la participación del niño en el proceso, y que los mismos autores citados asocian particularmente al tipo de materia objeto del litigio (cuidado personal, relación directa y regular, y violencia intrafamiliar), a la edad (estableciendo parámetros etáreos rígidos asociados presuntamente a la capacidad de reflexión y expresión verbal) y a la forma en que se pone término al proceso (nula participación cuando termina por acuerdo directo de las partes).

Pareciera ser que los jueces de familia prefieren una actitud más bien retraída, precisamente en un área particularmente propicia para expandir la fuerza normativa de la Convención y la ley interna en materia del derecho del niño y la niña a intervenir y ser oído en aquellos asuntos de su incumbencia. En efecto, los principios de intervención activa y de intermediación recogidos también por la ley de Tribunales de Familia permitirían perfectamente diseñar los fundamentos para una aplicación mucho más amplia de este derecho que aquella que ha resultado finalmente de la práctica judicial. He ahí la importancia de que los operadores jurídicos, especialmente los jueces de familia, incorporen dentro de su cultura la observancia directa de la Convención, en el sentido de hacer efectivo el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados en los asuntos que se ventilen en relación con sus derechos e intereses, y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

El interés superior del niño y la niña, junto con el derecho a ser oídos, son principios rectores de la ley de Tribunales de Familia en Chile, principios que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Si bien la legislación de familia chilena establece mecanismos y determinantes de la participación de los niños o las niñas en los procesos judiciales de familia, ninguna legislación nacional ni la Convención establecen cómo poner en práctica este derecho.

La Convención de Derechos del Niño en el sistema jurídico chileno

La Convención instala en los estados partes una nueva concepción del niño, la niña y los y las adolescentes, de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Este nuevo sistema se configura sobre la base de la “titularidad de derechos”, con lo que se establece la responsabilidad del Estado de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y otras necesarias para dar efectividad a los derechos señalados en esta.

A partir de esta ratificación, “se altera la condición (jurídica) del niño, quien deja de ser objeto de política, regulación y protección, para convertirse en sujeto de derecho, esto es, titular de derechos cuya protección niños (as) y adolescentes pueden reclamar” (Loveira, 2009, p. 215).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que el Estado, incluido

el Poder Judicial, tiene la obligación de aplicar los tratados internacionales. Así, la Convención, junto con otros instrumentos internacionales, constituye un *corpus iuris* internacional para la protección de los niños y las niñas. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención puede servir como “guía interpretativa”, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, para analizar el contenido de los artículos 8 y 25, y su relación con el artículo 19, de la misma Convención de los Derechos del Niño (CIDH, 2002).

El enfoque de derechos que instaura la Convención inaugura un nuevo paradigma de protección integral de los derechos, que representa un cambio cualitativo pasando de un sistema tutelar de protección, basado en la intervención y control social de “los menores” en riesgo social que deben ser objeto de amparo, hacia un sistema integrado de protección de los derechos de todos los niños, las niñas y los y las adolescentes², lo cual implica dos grandes aportes: primero, el reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho de estos y, segundo, el admitir su condición de personas en desarrollo.

2 Siguiendo a García (2004, p. 65), “la Convención constituye, sin lugar a dudas, un cambio fundamental determinando una percepción radicalmente nueva de la condición de infancia. Del menor como objeto de compasión-represión, a las niñas(as) y adolescentes como sujetos plenos de derechos, es la expresión que mejor podría sintetizar esas transformaciones”.

Bajo estos dos preceptos, se pretende construir un sistema de protección de derechos para toda la infancia y adolescencia sustentado en el principio de igualdad de trato y consideración, abarcando todas las dimensiones de la vida personal, familiar y social de los niños, las y los adolescentes. Este nuevo enfoque reconoce jurídicamente a los niños y las niñas como sujetos y actores de sus derechos, y obliga al Estado chileno a tomar medidas destinadas a dar efectividad a los derechos allí reconocidos a través de políticas públicas y prácticas concretas que recojan este nuevo enfoque de derechos. No obstante, el avance significativo que ha traído el cambio de enfoque y las implicancias legales que ha tenido, a nivel práctico y cotidiano podemos observar que el mandato de la Convención no siempre es cumplido de la manera más adecuada.

Los avances a nivel legislativo dan cuenta de que los intentos del Estado chileno por dar cumplimiento al derecho internacional, y en específico a la Convención, son significativos. En este sentido, han sido promulgadas una serie de leyes: ley de filiación N.º 19.585 (1998), ley de adopción N.º 19.620 (1999), ley de responsabilidad penal juvenil N.º 20.084 (2007) y ley de licitación de la oferta pública en materia de protección N.º 20.032 (2005). Un especial hito lo constituye la ley de Tribunales de Familia N.º 19.968 (2004), que creó por primera vez en Chile una judicatura de familia, estableciendo un proceso novedoso y oral, que marcó un cambio procesal en materia de derecho de familia.

Con todo, a nivel diagnóstico, podemos exponer una serie de factores multi-causales, cuyo elemento común es la ausencia de una legislación destinada a una tutela efectiva de los derechos del niño y la niña reconocidos en la Convención. Esta ausencia da como resultado una institucionalidad insuficiente, carente de un eje rector que responda al perfil de una autoridad que lidere las políticas públicas de infancia. Esto genera un circuito local de protección débil, con una insuficiente articulación y coordinación intersectorial a nivel nacional y con debilidades en el financiamiento y la administración del sistema de atención a la niñez y adolescencia; todo esto en un escenario de ausencia de una ley de protección integral de sus derechos (Tello, 2006).

En esta misma línea, es posible constatar la presencia de obstáculos al implementar la Convención en cuanto a la adecuación de la legislación interna a las convenciones y tratados internacionales suscritos por el Estado. En parte, estos obstáculos se deben a la inexistencia de mecanismos de exigibilidad y de coerción para hacer respetar los derechos garantizados por aquellos. Asimismo, se percibe una falta de priorización y voluntad política en la destinación de los recursos necesarios para la financiación de las reformas, los cuales han resultado claramente insuficientes.

A lo anterior, es posible adicionar la existencia de falencias en el diseño, la implementación y la coordinación de políticas públicas necesarias y una

ausencia de colaboración efectiva entre el gobierno y la sociedad civil (Tello, 2006). En definitiva, todos estos elementos nos llevan a sostener que el Estado de Chile, si bien ha reconocido y ha desarrollado en los últimos veinte años instrumentos normativos e institucionales para garantizar el acceso a la justicia de la niñez, este derecho de los niños y niñas se ve sustancialmente dificultado.

El derecho a ser oído

El derecho de los niños y las niñas a ser escuchados es un tema reciente en el debate público, en especial lo referente a la nueva condición jurídica de los niños y las niñas –sujetos de derechos– así como también su aplicación práctica en causas judiciales de cuidado personal, donde existe variedad de criterios en torno al contenido a dichos principios (Cid, 2010).

La Convención de los Derechos del Niño (1990) señala los siguientes aspectos: los niños y las niñas son titulares de derechos, la administración de justicia del Estado tiene la obligación fundamental de actuar como garante de la realización de los derechos de los niños y las niñas, la adopción de cualquier decisión que afecte a los niños y las niñas debe estar basada en su interés superior, y los niños y las niñas tienen el derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta en la adopción de las decisiones que les afectan.

Con la finalidad de realizar un análisis sobre la forma de cómo se materializa

en Chile esta legislación internacional, es necesario contextualizar el derecho de los niños y las niñas a ser oídos a la luz de dos elementos fundamentales sobre los que se edifica el sistema de protección de la infancia contenido en la Convención: por una parte, el enfoque de derechos y, por otra parte, el interés superior del niño y la niña.

De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006), se entiende por Enfoque de Derechos al marco conceptual para el proceso de desarrollo basado normativamente en estándares internacionales de derechos humanos, que está operacionalmente dirigido a promover, proteger y hacer efectivos estos. En este contexto, el artículo 12 de la Convención estipula lo siguiente:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de éste, en función de su edad y madurez.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Este artículo constituye una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos, ya que apunta a la condición jurídica y social del niño y la niña pues, si bien es cierto ellos carecen de la plena autonomía del adulto, son sin embargo reconocidos ante todo como sujetos de derechos.

El derecho de los niños y las niñas a ser escuchados constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. En este contexto, el Comité de los Derechos del Niño en su observación general N.º 12 (2009, p. 5) considera el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención –junto al derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño y la niña–, lo que nos señala que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que además establece una máxima que debe ser considerada al momento de interpretar y hacer respetar todos los demás derechos consagrados en la misma Convención.

Ahora bien, el reconocimiento de la condición de titulares de derechos a los niños y las niñas en los términos establecidos en la Convención plantea un reto fundamental para los Estados en dos sentidos: por un lado, impone la obligación de garantizar la protección efectiva de los niños y las niñas, especialmente cuando sus familias de origen no pueden hacerlo; por otro, les obliga a poner en marcha todos los mecanismos necesarios para garantizar

el pleno ejercicio de los derechos que la Convención consagra, muy particularmente en el ámbito de la administración de justicia.

Así, la titularidad de los niños y las niñas respecto de los derechos reconocidos en la Convención plantea también el desafío de cómo conjugar dicha titularidad con las limitaciones para su ejercicio que se derivan de la falta de plena madurez física y mental, lo que determina la necesidad de coordinar el interés autónomo del niño y la niña respecto de los derechos de los cuales es titular, con los intereses de aquellos sujetos llamados a asistirlo en el ejercicio de tales derechos, especialmente en etapas tempranas de su desarrollo personal.

Para estos efectos y a partir de la propia Convención, la doctrina desarrolla la noción del llamado principio de autonomía progresiva, por el cual se establece el reconocimiento basal de la plena titularidad del niño y la niña, respecto de sus derechos, sin perjuicio de la intervención de terceros destinada a encaminarlo paulatinamente hacia un ejercicio más autónomo de los mismos. Así se desprende del Art. 5º de la Convención (1990, p. 4), al señalar que:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la 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 presente Convención.

De esta manera, la autonomía progresiva, entendida como la capacidad y facultad de niños para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente al derecho-deber de los padres o adultos responsables de dirección y orientación para el ejercicio de dichos derechos (Vargas y Correa, 2011), constituye por sobre todas las cosas una afirmación del concepto de “la consideración del niño como sujeto de derechos” y que constituye “principio básico y rector de la Convención”.

En este contexto, Minyersky (2007) plantea que este principio de considerar al niño como sujeto de derechos logra:

Conseguir el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que el derecho tradicionalmente ha tenido frente a las personas menores de edad, con relación a su consideración como incapaces por su condición para participar del sistema jurídico (...) Sus disposiciones ponen en claro que el niño deja de ser incapaz, inmaduro, incompleto, carente y en ocasiones hasta peligroso, por lo que se lo considera objeto de representación, protección y control de los padres y del Estado, y pasa a ser reconocido como sujeto de derecho, es decir, titular y portador de derechos y atributos que le son inherentes por

su condición de persona, y otros, específicamente por su condición de niño. (p. 254)

Entendida de esta manera, la relación y proyección del principio de la autonomía progresiva respecto del derecho del niño y la niña a ser escuchados, y en general a intervenir en las decisiones judiciales y administrativas que le empecen, son evidentes. Con todo, en la articulación de ambos principios pareciera constarse ciertas tensiones que tienden a resolverse de manera tal que la autonomía progresiva termina constituyendo un factor modelador –o limitador– del derecho de los niños y las niñas a ser escuchados, al condicionarse su ejercicio a la superación de determinados hitos etéreos. Este contrapunto plantea diversos enfrentamientos a la hora de optar entre un modelo de participación fundado exclusivamente en las capacidades de expresión a través del lenguaje formal, o uno que permita captar el genuino sentir y parecer del niño o la niña, a través de otras modalidades comunicativas. Este último sistema permitiría hacer efectivo el derecho a ser oído incluso respecto de niños y niñas en edades más tempranas, o permitiría discriminar entre el verdadero sentir y querer del niño en relación con el que expresa de manera puramente formal, a veces inducido por sus padres o por sus propios temores.

Podríamos concluir que el derecho del niño y la niña a expresar su opinión está limitado a que se encuentre “en condiciones de formarse un juicio

propio”. Sin embargo, Couso (2006) señala que “la hipótesis referida al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio” debe entenderse en un amplio sentido, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar” (p. 149).

De todas formas, esta dificultad no puede ser abordada sin considerar uno de los principios rectores que conforme a la Convención deben orientar la adopción de cualquier decisión sobre la vida del niño o la niña en cualquier ámbito, en particular el ámbito judicial: la primacía del interés superior del menor.

Interés superior de los niños y las niñas

La Convención establece que, en todas las medidas concernientes a los niños y las niñas que adopten las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño o la niña (Cillero, 2006).

El texto original de la Convención sobre los derechos del niño y la niña (en inglés, consagra el “*best interest of the Child*”), traducido al español como “interés superior del menor”, aunque la traducción literal de la expresión inglesa sería “mejor interés del niño”. Cualquiera de las dos expresiones establece un concepto jurídico indeterminado. En este contexto, a menudo la expresión “el interés superior del menor”

acompaña todo tipo de decisión que se adopte en relación a un niño o una niña en cualquier resolución emitida por una administración o poder del Estado, lo cual rara vez va acompañado de una motivación que incluya una explicación completa del modo en que la misma contribuye a la realización de este interés “superior” que se entiende que debe primar.

Entre las referencias internacionales sobre la interpretación de este principio destaca la que plantea las directrices del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los niños y las niñas. Es así que garantizar la primacía del interés del niño o la niña debe ser la consideración fundamental en todos los asuntos que les afecten. En su determinación, es necesario: considerar los puntos de vista y opiniones del niño o la niña que deben ser ponderados de manera adecuada en el proceso, respetar siempre todos los demás derechos del niño o la niña afectados, su dignidad, su derecho a la libertad y a la no discriminación; adoptar una aproximación integral por parte de todas las autoridades implicadas para tener debidamente en cuenta todos los intereses en juego en cada caso, incluyendo en primer lugar la garantía del bienestar físico y psicológico del niño o la niña, así como sus intereses legales, sociales y económicos. Además, si en un mismo proceso hay implicados varios niños o niñas, la determinación del interés de cada uno debe realizarse de manera individual y equilibrada con el objetivo de conciliar

posibles conflictos de intereses entre ellos (*Save The Children*, 2012).

En este sentido, Gómez de La Torre (2007) nos advierte que:

Se considera que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial. Por tanto, permitiría, de hecho, tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en la Convención. (p. 46)

Pese a ser un elemento determinante en el acceso a la justicia de los niños y las niñas, su definición está sujeta a interpretaciones personales de cada juez: “los jueces entendemos el interés superior del niño desde dos dimensiones como: 1) interpretación del juez o la jueza; 2) el derecho del niño o la niña a ser efectivamente oídos” (Juez N.º 1).

El peligro de arbitrariedad que conlleva la indeterminación del término plantea la exigencia de conocer su situación individualizada de manera exhaustiva. Identificar todos los derechos del niño o la niña que se encuentran afectados y determinar, con base en la plena protección, promoción y respeto de los mismos, qué solución se ajusta más a su completa realización.

En este contexto, consideramos que el interés superior del niño y la niña es la satisfacción integral de sus derechos o, de acuerdo a Cillero (2006), este no alude, ni puede aludir más que a

la satisfacción de sus derechos fundamentales. Es siempre la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño o la niña superior a la vigencia efectiva de sus derechos.

La efectiva realización del principio interés superior del niño o la niña supone, entonces, también la vigencia efectiva del derecho reconocido a los niños y las niñas en la Convención (artículo 12) a “expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez.”

Siguiendo a Couso (2006), sin considerar la exigencia de atender a los deseos del niño, y sin asegurarles a éstos centralidad en cada toma de decisión –mediante procedimientos y prácticas eficaces para ello– una ley que defina al interés superior del niño, como la máxima satisfacción de sus derechos no está protegiendo derechos ni está superando los problemas históricos del concepto de “interés superior del niño”. (p. 149)

En 2003, el sistema de Naciones Unidas acordó una declaración de entendimiento común sobre el enfoque basado en derechos, en la cual se establecen una serie de atributos fundamentales para el trabajo de cooperación y desarrollo de los organismos de ésta. En primer lugar, las políticas y programas de desarrollo deben tener como objetivo principal la realización de los derechos humanos; en segundo

lugar, los programas de desarrollo deben fortalecer las capacidades de los titulares de obligaciones para cumplir con sus deberes y de los titulares de derechos para reclamar sus derechos. Finalmente, las normas, los estándares y los principios de derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos deben orientar la cooperación y programación de desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso.

En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) estableció que el acceso a la justicia no solo implica el poder acceder a los tribunales e iniciar un proceso judicial que deba resolver las causas contenciosas en materia de familia. Es decir, no es suficiente un acceso material a los tribunales, a través de la existencia en la legislación de mecanismos idóneos para la persecución de las pretensiones jurídicas. El acceso a la justicia implica además el ser escuchados efectivamente por el sistema judicial, por lo que cada persona debe poder expresarse y ser entendida al momento de formular sus pretensiones.

A su vez, el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niños, niñas, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas (2014) acordado en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, a propósito del derecho a ser oído de los niños, señala que:

El derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que le afectan, es un principio fundamental que necesariamente tiene que ser atendido en los procesos judiciales en que éstos estén involucrados. La participación del niño (a) o adolescente en un procedimiento judicial no se garantiza exclusivamente permitiendo la exposición de sus puntos de vista. Tanto instancias del Sistema Universal del Protección de los Derechos Humanos como documentos internacionales han establecido la necesidad de tomar una serie de medidas para garantizar la participación idónea de la infancia. De esta forma, el derecho de los niños (as) a participar en un procedimiento judicial trae consigo la necesidad de impulsar algunas adecuaciones procesales, las cuales deberán ser impulsadas tanto antes de que éste inicie como durante el desarrollo del mismo. (p. 36)

Por tanto, el derecho a ser oído se manifiesta primeramente en el hecho de que, al ser sujetos de derechos, los niños, las niñas y los adolescentes obtienen la titularidad de sus derechos, los que les faculta para reclamar sus derechos y poder acceder a la justicia de una manera formal; pero también se manifiesta en el derecho que estos tienen de ser oídos y manifestar su opinión y deseo en el conflicto familiar en el que se ven envueltos. Esto es, el derecho a ser oídos, escuchados y que su opinión sea tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten en su vida. Este derecho se consagra como uno de los principios

formativos de los nuevos procedimientos de familia y exige al juez tener como consideración primordial al momento de fallar tanto el interés superior de los niños y las niñas como la opinión de estos (Vargas y Correa, 2011).

El derecho a ser oído y el derecho a que su opinión sea relevante y tomada en cuenta al momento de dictar sentencia el juez³ se relaciona a su vez con el debido proceso y el derecho esencial a la defensa que este conlleva, el cual se encuentra consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos y las Garantías Judiciales del Proceso (1969). Así, el derecho a la defensa surge como garantía de rango constitucional, la que abarca no solo a los adultos, sino también a los niños, las niñas y adolescentes en su calidad de titulares de derechos especiales.

Mecanismos para escuchar a los niños y las niñas en la legislación chilena de familia

El derecho de los niños y las niñas a ser oídos y a que su opinión sea debidamente considerada en el Proceso de Familia constituye un mandato normativo de la más alta jerarquía que obliga a los jueces de familia a recoger sus deseos y sentimientos en una amplia gama de

3 En tal sentido, el Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el Acceso a la Justicia de personas con discapacidad, migrantes, niños, niñas y adolescentes, comunidades y pueblos indígenas (2014, p. 36) acordado en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, señala expresamente a los juzgadores: “Que la opinión del niño forme parte explícita del razonamiento de lo resuelto”.

materias (Couso, 2006). No es posible lograr una real protección del principio interés superior del niño y la niña, sin el derecho a ser oído y a que el juez tenga en cuenta su opinión. Esto implica que opinión del niño o niña es funcional a la protección, dado que no es factible dar satisfacción al interés superior del niño o la niña si no se escucha su opinión. La ley N.º 19.968 (2004) sobre tribunales de familia es la norma llamada a dar cumplimiento formal al Art. N.º 12 de la Convención, que manda a escuchar a los niños y las niñas en todo proceso judicial que tenga relación con su futuro.

El Art. 16 de la ley consagra el derecho del niño y la niña a ser oídos como uno de los “principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”, al mismo nivel que el principio del interés superior del niño y la niña. Pero, ¿de qué manera o a través de qué mecanismo la ley N.º 19.968 se hace cargo de la tarea de materializar este mandato? Cabe tener presente que, a la luz del numeral 2 del Art. 12 de la Convención, pareciera ser que los estados parte deben garantizar este derecho estableciendo instancias para que el niño sea escuchado, aunque no necesariamente de manera directa sino también a través de un “representante o de un órgano apropiado”.

En esta línea, la ley N.º 19.968 (2004) regula en particular la necesidad de oír al niño y la niña de manera directa

solo a propósito del procedimiento especial para la aplicación de medidas de protección de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes. En efecto, dispone el Art. 69 que “en este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños (as) o adolescentes, considerando su edad y madurez”, agregando en su inciso segundo que “para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”.

A su vez, el Art. 19 de la Ley N.º 19.968 establece la figura del curador *ad litem*, que se debe designar al niño o la niña en los procesos donde tenga interés, pero de manera subsidiaria a la intervención de sus representantes legales o “cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación”.

Como puede apreciarse, la posibilidad de los niños y las niñas de hacer valer autónomamente sus derechos en los procesos en que pueda tener interés en gran medida queda entregada a la discrecionalidad del Tribunal, más allá de las escasas hipótesis en que la ley lo establece de manera perentoria. La posibilidad de considerar a los niños como una parte procesal independiente de los padres o guardadores termina,

entonces, diluyéndose, atenuando significativamente la efectividad de la garantía del debido proceso con que se vincula su derecho a participar en las decisiones judiciales o administrativas que les involucren.

En el contexto de los Tribunales de Familia chilenos, algunos estudios identifican distintos mecanismos formales de participación así como factores que determinan dicha participación. Tales mecanismos serían: la participación en audiencias reservadas, peritajes e informes diagnósticos, intervención del curador *ad litem* y la participación indirecta en el proceso, entendida como la participación de los niños y las niñas a través de los adultos que, siendo parte en un juicio de familia, manifiestan en el contexto de sus pretensiones y en abono de ellas lo que estiman como el deseo, el querer o el interés del niño involucrado en el mismo proceso. Vargas y Correa (2011)

Al margen de esta última modalidad, que probablemente se reconoce como la más extendida, al parecer los jueces se inclinarían preferentemente por la vía del peritaje e informes diagnósticos para incorporar o establecer en el proceso la opinión de los niños y las niñas, lo que develaría cierta desconfianza, incluso en sus propias competencias, en relación con el empleo del mecanismo de la audiencia reservada.

Esta tendencia restrictiva en la aplicación del mecanismo directo de participación también se pone de manifiesto al

considerar los factores que determinan la participación de los niños y las niñas en el proceso, y que los mismos autores citados asocian particularmente al tipo de materia objeto del litigio (cuidado personal, relación directa y regular, y violencia intrafamiliar), a la edad (estableciendo parámetros etáreos rígidos asociados presuntamente a la capacidad de reflexión y expresión verbal) y a la forma en que pone término al proceso (nula participación cuando termina por acuerdo directo de las partes).

De esta forma, parece ser que los jueces de familia prefieren una actitud más bien retraída, precisamente en un área particularmente propicia para expandir la fuerza normativa de la Convención y la ley interna en materia del derecho del niño a intervenir y ser oído en aquellos asuntos de su incumbencia. En efecto, los principios de intervención activa y de intermediación recogidos también por la ley de Tribunales de Familia permitirían perfectamente diseñar los fundamentos para una aplicación mucho más amplia de este derecho que aquella que ha resultado finalmente de la práctica judicial.

He ahí la importancia de que los jueces de familia incorporen dentro de su cultura la observancia directa de la Convención, en el sentido de hacer efectivo el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados en los asuntos que se ventilen en relación con sus derechos e intereses y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta.

El caso de la audiencia confidencial

El interés superior del niño junto con el derecho a ser oído son principios rectores de la ley de Tribunales de Familia en Chile, principios que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Si bien la legislación de familia chilena establece mecanismos y determinantes de la participación de los niños y niñas en los procesos judiciales de familia, ninguna legislación nacional ni la Convención establece cómo poner en práctica este derecho.

Hemos señalado que la actual legislación del proceso de familia distingue al menos dos tipos de participación de los niños y las niñas: la primera es la participación directa y la segunda la participación indirecta. Como se ha señalado precedentemente, este estudio se ha enfocado en la participación directa mediante el mecanismo de la audiencia confidencial.

Uno de los objetivos de la ley N.º 19.968 (2004) de tribunales de familia es garantizar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. En esta ley, se debe tratar decididamente a éstos como sujetos de derechos en los tribunales, tanto en los conflictos de familia como en los procedimientos de protección de derechos del niño (Couso, 2006).

A continuación, se presentan los resultados obtenidos al realizar entrevistas

en profundidad a seis jueces de familia, en función de obtener la opinión que ellos poseen respecto a la aplicación del derecho a ser oído en la judicatura de familia.

La audiencia confidencial de acuerdo con la ley de Tribunales de Familia no es un procedimiento obligatorio para el juez de familia, sino que esta se realiza a petición de terceros, siendo una facultad de los abogados litigantes y solicitada por estos, no siempre respondiendo a los intereses y necesidades de los niños y las niñas.

Las audiencias confidenciales son las que toma el juez cuando escucha al niño. Ojalá que lo haga en presencia de un funcionario del equipo técnico-psicosocial, para preguntar como corresponde porque nosotros tampoco tenemos mucha formación en cómo hacerlo. Nosotros somos abogados, un poco fríos, alejados del mundo social y psicotécnico, entonces, a quienes nos interesa y apasiona este mundo, hemos tenido que aprender técnicas de entrevista con niños, qué hay que preguntar y qué no hay que preguntar. (Juez N.º 1)

La realización de la audiencia confidencial habitualmente responde a la estrategia del juicio que se lleva adelante y no responde necesariamente a un imperativo de dar cumplimiento a los reales deseos y necesidad del niño o la niña, como una manera de garantizar su acceso a la justicia de una manera plena, sino que responde a una necesidad

de proceso. Frente a esto, podemos señalar que escuchar a los niños o las niñas es más que simplemente escuchar o preguntar qué es lo que piensan (Lansdown, 1992; Roche, 1997) sino que se trata de involucrar al niño o la niña, proporcionándole información y capacitándole para expresarse a través de sí mismos y sus sentimientos, explorando las posibles opciones que se abren para él o ella, y escuchando y tratando de ver su visión seriamente (Roche, 1997).

En contraposición, en nuestra investigación hemos encontrado que la audiencia confidencial participan otros actores además del juez y el niño o la niña y no se enfoca necesariamente en escucharlos.

En nuestro tribunal tenemos audiencias confidenciales en las cuales está presente quien habla (juez), la consejera técnica y el curador ad litem. En las audiencias confidenciales consideramos dos ámbitos. Por una parte, el cuándo: las realizamos con niños de cinco años de edad hacia arriba y su finalidad es indagar sobre la situación general; y por otra parte, dependiendo de la complejidad de la materia (Juez N.º 3).

Por otra parte, la edad es un determinante de la participación del niño y la niña, independiente de la problemática que le afecte. Así lo plantearon la totalidad de los jueces entrevistados:

A niños con... menos de cinco años es muy raro que yo los cite a audiencia confidencial, y si es que fuera así, yo me resto de esta audiencia y la hace en presencia mía el consejero técnico, específicamente un profesional del área de la psicología, y para niños mayores va depender de la materia que se discuta y de la autonomía que el niño tenga (Juez N.º 6).

En este caso, la edad sería un factor de exclusión en el acceso a la justicia de los niños y las niñas menores de cinco años, el cual los deja sin oportunidad real de acceder al derecho a ser oídos, ya que sus intereses y necesidades son interpretados por terceros.

En cuanto a la determinación de la edad de participación, se observó en los entrevistados que se sigue la tendencia nacional, basándose en el principio de la autonomía progresiva, de no entrevistar confidencialmente a menores de cinco años, por lo que es, en general, casi inexistente su participación. A los niños mayores de cinco años solo se les entrevista cuando el conflicto con los adultos puede afectar su patrimonio. Por regla general, su participación también es esporádica y depende de su edad, es decir, a mayor edad se considera que existe mayor capacidad cognitiva, lo que redundaría en mayor capacidad de expresión y razonamiento, acogiéndose al principio de la autonomía progresiva. No obstante, el hecho de que exista una participación y una capacidad de respuesta cognitiva no significa que sean tomados en

cuenta en la resolución judicial que adopta el juez de familia.

En cuanto al tiempo de duración de la audiencia confidencial:

La duración promedio de la audiencia confidencial es mínimo treinta minutos. La información queda resguardada en una pista de audio reservada y en el acta se consigna que se realizó audiencia confidencial. (Juez N.º 5)

Podemos señalar que en la totalidad de los entrevistados un factor común en la aplicación de la audiencia confidencial fue la duración de esta. Su duración promedio es breve, entre veinte a treinta minutos y se observa una inexistencia de búsquedas de obtención de los intereses y necesidades de los niños y niñas menores de cinco años mediante procedimientos que permitan una inmersión en la subjetividad de este, por lo que la tendencia es el considerar que la única comunicación o forma de expresión del ser humano es la verbal. Con esto se deja lado la posibilidad aportar a la decisión judicial mediante la comunicación no verbal (comunicación analógica o digital).

La participación de los niños y las niñas como actores relevantes del proceso judicial que muchas veces va a decidir su futuro es escasa. Esto se debe a que quienes habitualmente se vuelven actores del proceso son los adultos que invocan la intervención del tribunal para resolver un conflicto que los involucra. En cuanto a quienes participan:

En la audiencia entran el papá con su abogado, la mamá con su abogado y el niño con su curador. Y el curador da cuenta de cuáles son los derechos que estarían siendo vulnerados, cuáles serían las sugerencias y todo eso conforme a la información que le fue entregada cinco minutos antes. Yo no conozco ningún abogado que sostenga entrevistas previas con el niño, de dos o tres días antes, de juntarse con el niño como lo harían con una persona adulta. Ellos se contactan con el niño minutos antes de la audiencia y conforme a eso sostienen una defensa. (Juez N.º 4)

En cuanto a quienes participan de la audiencia confidencial, el Art. N.º 69 de la ley de Tribunales de Familia N.º 19.968 (2004) establece que, en cuanto a la comparecencia de niños, niñas y adolescentes, en este procedimiento el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de éstos, considerando su edad y madurez. Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los Art. N.º 72 (audiencia preparatoria) y Art. N.º 73 (audiencia de juicio) o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.

De acuerdo con la ley y a nuestra interpretación, el juez de familia debería entrevistar al niño o la niña solo, procurando un ambiente adecuado y cautelando su salud. Pareciese ser que la presencia en conjunto, tanto del consejero técnico y el curador *ad litem*, en algunos jueces aparece como la

fórmula para cautelar la salud psíquica del niño. No obstante, esto no garantiza realmente que el niño sea escuchado como manda la Convención.

En cuanto a la modalidad de aplicación de este instrumento de participación, la ley de Tribunales de Familia establece que esta debe realizarse solo con la presencia del juez y el niño o la niña, no obstante en la práctica se observa que esto no siempre es así.

En mi tribunal tenemos muy buenos consejeros técnicos, ellos son los especialistas en materias complejas, nos orientan y ayudan a tomar la mejor decisión. Yo, habitualmente cuando realizo audiencias confidenciales, las hago en compañía del Consejero Técnico. Esto porque nosotros los jueces no tenemos formación académica en materias de teorías de familia, psicología del niño o del adolescente, los cursos de la academia judicial son un barniz, y cuando queremos capacitarnos, como en mi caso, lo he hecho por mi propia iniciativa y con mis propios recursos. (Juez N.º 3)

A nuestro juicio, cuando la audiencia se realiza, se hace porque el juez considera que el proceso requiere de la participación formal de los niños y niñas, pero no porque el proceso requiera conocer a fondo sus necesidades y aspiraciones de los menores.

Por otra parte, la falta de preparación adecuada de los jueces en materia de entrevista y metodologías adecuadas

para poder escuchar, valorar y considerar al niño o la niña es un factor que incide en su poca frecuencia y en los resultados al momento de tomar una resolución judicial considerando a niño.

La Academia Judicial da algunos cursos que tienen que ver con entrevistas a niños, pero la verdad es que la experiencia que yo he tenido no ha sido la mejor. Yo he tomado un magíster en la Universidad de Valparaíso y además he tomado varios cursos aparte con el fin de formarme en esos aspectos y cursos que han satisfecho mis dudas. También hemos hecho trabajos con el consejo técnico y tengo la suerte de tener una muy buena relación laboral con los profesionales. Hemos tenido una suerte de capacitaciones mutuas para compartir experiencias y saber cómo preguntar, qué hacer y qué no hacer, he adquirido (hablo solo por mí) un grado mediano de manejo, por lo menos para entender cuándo estamos metiendo la pata y cuándo vamos bien. (Juez N.º 2)

Siguiendo a Pesce (2011), en el tema de las entrevistas, existen tres posturas por parte de quien entrevista y las preguntas que subyacen frente a tal postura: a) Lo que quiero escuchar (lo que deseo), y la pregunta es ¿quiero escuchar?; b) Lo que necesito escuchar, ¿qué busco? o ¿qué necesito?; c) Lo que escucho, ¿qué me dice? Ahora bien, al enmarcar la manera en que se presenta el entrevistador frente al niño (de modo genérico), vemos como “Si escuchamos lo que nos dice el niño” tenemos

mayores posibilidades de encontrar aquello que buscamos o necesitamos. En cambio, si nos posicionamos desde lo que queremos o buscamos es probable que terminemos o bien dándole al niño un trato como si no tuviera mayor idea de lo que pasa o bien un trato como si fuera un adulto y que comprende claramente la situación que le afecta. Por esta razón, nunca será conveniente subestimar al niño o la niña. Si se le subestima, es altamente probable que el entrevistador deba enfrentarse a ciertos obstáculos que en gran parte de los casos no arrojen mayores luces sobre la entrevista y la real percepción del niño o la niña sobre la situación que le afecta.

Un factor común en los jueces entrevistados es que manifiestan que no se exploran otras formas de participación directa por al menos dos razones. Una primera razón sería una falta de formación, conocimiento y manejo metodológico de técnicas especializadas por parte del juez. Por ejemplo, no se utiliza la observación que puede realizar el juez sobre la conducta y la interacción entre los niños y los adultos significativos. Siguiendo este ejemplo, se podría plasmar una impresión respecto del apego existente, las reacciones de los niños o las niñas ante la presencia o ausencia de un adulto, entre otras. La segunda razón sería el que los jueces consideran que los especialistas son los llamados a informar de estas situaciones, dado que poseen una formación profesional idónea.

No obstante, los informes emitidos por los especialistas o peritos (diagnósticos o peritajes), corresponden a una mediación de los intereses del niño o la niña, permeada por la opinión profesional, que contiene una recomendación objetiva de qué hacer. Así, lo que el juez recibe es una opinión técnica, basada en elementos científicos y técnicos, que no necesariamente acogen los deseos y necesidades del niño o la niña, dado que no abordan la subjetividad. De esta manera, el juez logra una apreciación objetiva y técnica como aporte a la sana crítica antes de tomar una decisión o resolución judicial.

Finalmente, los jueces consideran que sí escuchan a los niños y las niñas:

En el tribunal de familia, le puedo asegurar que son escuchados los derechos de los niños. Se trata de hacerlos entender que el tribunal no es su enemigo y que la audiencia confidencial es una instancia para que ellos puedan manifestar su opinión. (Juez N.º 2)

No obstante lo anterior, no existe un consenso entre los jueces que lleve a concluir que el expresar la opinión se transforme en un elemento a ser considerado en el contexto de la sana crítica que realiza el juez antes de fallar.

Creemos que el uso de distintas formas de participación utilizadas de manera complementaria y no excluyente, sería un aporte para la toma de resoluciones que permitan oír y tomar en cuenta su opinión, en los casos en que sea

pertinente y no les cause un daño, posibilitaría que las resoluciones tomadas por el juez no solo sean ajustadas a derecho, sino más humanas y orientadas a garantizar un real y efectivo acceso a la justicia dando cumplimiento real y no solo formal al derecho a ser oído, reconociéndolo como un derecho humano de carácter social.

Conclusiones

En relación con los efectos de las decisiones que el juez de familia toma en casos que involucran a menores, Couso (2006) señala que la adopción de una medida que afecta al niño o la niña, tras haber considerado debidamente su opinión, es en un sentido sustancial una decisión distinta, de mucha mayor calidad, que la misma decisión adoptada sin tomar en cuenta esa opinión. Dicho en forma negativa, una decisión sobre un asunto relevante en la vida de un niño o niña, que se adopte sin permitir la participación de él o ella en la producción de la decisión, implica un acto de extrema violencia: la violenta experiencia de que su vida se decida por personas que no lo conocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa.

Esta idea nos parece relevante, en el sentido de que cualquier decisión que afecte el destino y futuro de un niño o una niña necesariamente debe involucrar su interés, necesidad y participación. Con base en nuestra investigación se concluye:

- La adopción de decisiones por parte del juez considerando la opinión de los niños y las niñas, es una situación que se presenta escasamente. Esto se torna complejo a la luz del mandato de la Convención, que establece como un derecho humano el derecho a ser oído. Se cumple formalmente con el procedimiento de familia. Sin embargo, la opinión de los niños y las niñas en los fallos de los jueces nos es considerada –y en los casos en que se refieren a ella– no se entrega información acerca de su contenido y el peso de esta opinión en la sentencia.
- Se mantiene una visión basada en la antigua cultura jurídica, donde aún se les considera como un sujeto pasivo, lo que da cuenta de una construcción social de los niños basada en la autonomía, pero restringida solo a ciertos temas, especialmente los patrimoniales. Pareciera ser que cuando los temas a resolver no se relacionan con los conflictos patrimoniales, no es admitida esta autonomía en la resolución de sus propios conflictos y necesidades.
- Dar cumplimiento al derecho del niño y la niña a expresar su opinión continúa estando obstaculizado por prácticas de cultura jurídica interna y por barreras políticas y económicas, entre las cuales se encuentran:
 - Una resistencia inconsciente en los jueces entrevistados a la idea que los niños y las niñas sean partícipes de sus propias soluciones. Aparece en forma permanente la alusión al concepto de autonomía progresiva, así la edad se la entiende como vejez cronológica basada en tener al menos cinco años. Se requiere una interpretación de mayor amplitud del concepto edad y madurez. Esto genera inexistencia de prácticas, protocolos y metodologías estandarizadas, en la modalidad de repertorios a los que los jueces puedan recurrir en distintas circunstancias y situaciones.
 - En la práctica, la audiencia confidencial puede desarrollarse con: presencia del juez y el niño o niña; y también en presencia de éstos y del consejero técnico. Pareciera ser que la confidencialidad se entiende en el sentido de que no es posible a las partes conocer de qué se trató esta (qué se preguntó, qué se respondió, cómo se respondió). Esto no es sinónimo suficiente de confidencialidad, no garantiza confidencialidad en un sentido amplio cuando pueden participar de esta más personas que el juez y el niño o la niña. También observamos que la audiencia confidencial es una estrategia de defensa y de cumplimiento del mandato de la Convención por parte del Tribunal.
 - La falta de especialización de los jueces de familia, pese a lo desarrollado por la Academia Judicial,

dificulta que se considere realmente la opinión de niños y las niñas menores de cuatro años, y no solo se cumpla formalmente con poner en acción los mecanismos que la ley dispone. Aquí encontramos que el factor personal del juez, el interés por capacitarse en materia de niñez y adolescencia constituyen un elemento que presenta un diferencial en cada Tribunal de Familia. Si bien esto se valora, también se considera un riesgo, pues nos enfrentamos al hecho de que dependerá del juez de familia que le toque a los niños o niñas el ser escuchados y tomados realmente en cuenta. De esto dependerá la calidad de su acceso a la justicia, lo que se acerca mucho a una suerte de ruleta rusa de la justicia.

- En la práctica, no se escucha al niño o la niña sino que son los adultos responsables quienes son escuchados bajo sus propios preceptos y valoraciones y con el pretexto de cautelar el interés superior del niño. Los mecanismos y determinantes de la participación responden a una interpretación de la Convención bajo una lógica proteccionista, que minimiza los elementos de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, utilizando el interés superior de estos como una herramienta para restringir o limitar la autonomía. Este hecho aparece contradictorio, dado que se intenta dismantlar el modelo

de sistema tutelar tradicional para transitar hacia un modelo con enfoque de derechos.

La política de justicia de familia debe ser sometida a revisiones, ya que si bien se ajusta a los estándares internacionales en relación con el reconocimiento de sus derechos, la realidad es muy disímil por diversas razones. Entre ellas por la predominancia de la cultura jurídica heredada de los antiguos tribunales de menores y familia, en la que los niños y las niñas eran vistos como objeto de tutela y protección y sobre los cuales se tomaban decisiones sin considerar su opinión. En este tipo de proceso, las partes –siempre entendidas como adultos reclamantes– no eran relevantes en el (antiguo) proceso, dado que el juez de menores no escuchaba a las partes en conflicto, pues el proceso escrito solo consideraba el escuchar los alegatos de los abogados litigantes. Si bien esto se ha modificado de acuerdo al nuevo procedimiento oral de familia, los resultados a los que se arriba, dan cuenta del peso de la antigua cultura jurídica de los tribunales de menores.

Considerando el estado actual de vulneración de derechos de los niños y las niñas se identifican dos desafíos que deben enfrentar los Tribunales de Familia. En primer lugar, el poder judicial a través de su academia judicial debe emprender una tarea sistemática de capacitación a sus jueces en torno a la necesidad de escuchar a los niños y las niñas como elemento fundante de su decisión jurídica posterior, a fin

de instaurar y potenciar una nueva cultura jurídica en materia de familia. En segundo lugar, debe capacitarse a jueces y abogados en metodologías de entrevista. Cuando se trate de menores de corta edad, el procedimiento debe incorporar técnicas novedosas como los dibujos, las proyecciones y otras técnicas de índole psicológica que permitan conocer los deseos y necesidades especiales y de reconocer, finalmente, su autonomía como sujeto de derechos.

Proponemos la creación de la figura del defensor del niño y la niña, como una manera de garantizar de manera independiente del Estado los derechos de los niños y las niñas. Este debería contar con atribuciones y financiamiento que le permita influir en el diseño y la implementación de las políticas públicas de infancia y adolescencia. Es necesaria la voluntad política en la instauración de las iniciativas de cambio, que establezcan procesos y mecanismos que las hagan sostenibles, situación que al menos hasta la fecha no es posible avizorar.

Para finalizar, debemos señalar que los niños y las niñas no deben ver afectados sus derechos por la incapacidad de los jueces y otros adultos responsables de la toma de las decisiones para concretar el derecho humano a ser oído garantizado por la Convención de 1990.

Referencias

- Cid, L. (2010). *El cuidado personal de niños, niñas y adolescentes desde el enfoque de derechos: las prácticas decimonónicas de los tribunales de familia en los tiempos de la protección integral*. (Tesina de pregrado), Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- Cillero, M. (2006). *Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios*. Recuperado de <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva OC 17-02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, de 28 de agosto de 2002. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Couso, J. (2006). El niño como sujeto de derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído. *Revista de Derechos del Niño* N° s. 3 y 4. Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago.
- García de la Cruz, J. (2007). La justicia y los ciudadanos inmigrantes. *Cuadernos de Derecho Judicial*, volumen sobre "Justicia: poder y servicio público", Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 2007. Recuperado de http://www.aidef.org/wtksite/downloads/100_reglas_doc_integrado.pdf
- García, E. (2004). *Infancia. De los derechos y la justicia*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Gomez de la Torre, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Lansdown, G. (1992). Key right is the child's right to be heard. En *Childright*, 91(4), november.
- Lovera, D. (2009) Libertad de expresión e interés superior del Niño, a propósito de la sentencia de la Corte Apelaciones de Antofagasta de 06 de marzo de 2009 y Corte Suprema 23 de abril de 2009. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 12, 215-225.
- Minyersky, N. (2007). Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño. En Cecilia P. Grosman (Dir.), *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Naciones Unidas. (2009). Comité de los Derechos del Niño, 51º período de sesiones Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009. *Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado*. Recuperado de https://docs.google.com/document/edit?id=1gQLm3O33gEYO-JOFYtbTLAdD_VK3hhZNV2Jjichlg-CE&hl=es&pref=2&pli=1
- Naciones Unidas: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Nueva York. (2006). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos y Garantías Judiciales del Proceso*. San José de Costa Rica. Recuperado de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Organización de Estados Americanos. (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ser. I/v/ii.129, doc. 4, septiembre. Recuperado de <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>
- Pesce, S. (2011). Recursos para una escucha útil. En *Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública*. Unicef, Buenos Aires, pp. 77-81.
- República de Chile, Ley N.º 19.585 del 26/10/1998 y sus modificaciones.
- República de Chile, DS N.º 830 del 14/08/1990 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ley de Adopción N.º 19.620 de 08/08/1999 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ley N.º 19.968 del 30/08/2004 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ley N.º 20.032 del 11/07/2005 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ministerio de Justicia, Tribunales de Familia 2005.
- República de Chile, Ley N.º 20.084 del 08/06/2007 y sus modificaciones.
- República de Chile, Ley N.º 20.086 del 15/07/2008 y sus modificaciones.

- República de Chile, Constitución Política de la República de Chile 1980 y sus posteriores modificaciones.
- Roche, J. (1997). Children: rights, participation and citizenship. *Childhood* 6 (4), pp. 975-93.
- Save the Children. (2012). *Informe Infancia y Justicia, Una cuestión de Derechos. Los Niños y las Niñas ante la Administración de Justicia en España*. Recuperado de http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/561/Informe_INFANCIA_Y_JUSTICIA.pdf
- Suprema Corte de Justicia de México. (2014). *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*. México, D.F.
- Tello, C. (2006). El defensor de niño: ¿una institución eficaz para la promoción y protección de los derechos de niños y niñas? Estudio encargado por UNICEF enmarcado dentro del Proyecto de Investigación: "Para dar efectividad a los derechos económico-sociales de los niños. Bases para la creación de un Defensor de los y Cuatro", Octubre de 2006. Recuperado de http://www.puntonorte.cl/unicef/wp-content/uploads/2013/04/revista-derechos-3_4.pdf#page=83
- UNICEF. (1990) Convención de Derechos del Niño. Recuperado de <http://www.unicef.es/infancia/derechos-del-nino/convencion-derechos-nino>
- Vargas, M. y Correa, P. (2011). La voz de los niños en la justicia de familia en Chile. *Revista Ius et Praxis*, Año 17, pp. 177-204. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100008>

Recibido: 29/4/2015 • Aceptado: 27/8/2015



LAS POLÍTICAS PÚBLICAS CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS EN EL GIRO A LA IZQUIERDA. DE LA RUPTURA A LA SEGUNDA VUELTA INSTITUCIONAL EN VENEZUELA Y ECUADOR

CLAUDIA ESPINOSA DÍAZ*

DANIEL VÁZQUEZ VALENCIA**

Resumen

Hay tres procesos políticos que interactúan en algunos países de América Latina: el giro a la izquierda, la generación de movimientos constituyentes impulsados por dichos gobiernos, y un cada vez más relevante papel de los derechos humanos (DH) en la formulación de política pública (PP). Daremos cuenta de la convergencia de estos procesos situándonos en el último: la PP con perspectiva de DH (PPDH). La constitucionalización de los derechos humanos es un tema extensamente trabajado; sin embargo, la vinculación de este con la política pública es un ámbito de análisis relativamente nuevo, aunque fundamental para entender las brechas entre el cumplimiento y el ejercicio de los derechos humanos. Nos preguntamos: ¿cuál es la relación entre las constituciones emitidas por los gobiernos del giro a la izquierda y la formulación de PPDH? Se esperaría que el papel que tomaron los DH en las nuevas constituciones tuviera un impacto sostenido en la formulación de la PP; no obstante, esto no es necesariamente así. Si bien hay interacción entre las constituciones y las PP, hay dos aspectos interesantes por subrayar: el proceso de resignificación, en el caso ecuatoriano, y la segunda vuelta institucional, en el caso venezolano.

Palabras clave: perspectiva de derechos humanos, políticas públicas, giro a la izquierda, planificación nacional.

* Asesora pedagógica y tutora de la maestría en Derechos Humanos y Democracia de la Flacso, México. Socióloga por la Universidad Nacional Autónoma de México y maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Flacso, México. Entre sus líneas de trabajo se encuentran las políticas públicas con enfoque de derechos humanos y las evaluaciones de cumplimiento de obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

** Profesor investigador de la Flacso, México. Cuenta con estudios en derecho, sociología política y ciencia política. Sus temas de investigación incluyen la teoría jurídica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la relación entre la democracia, los derechos humanos y el mercado; y la construcción de identidades desde un discurso político sustentado en los derechos humanos.

Abstract

There are three processes that interact in certain countries in Latin America: the shift to the left, movements to develop new constitutions driven by left wing governments, and the increasingly relevant role played by human rights in the development of public policy. We will make evident these interactions by analyzing this last point: public policy with a human rights perspective (PPHR). The inclusion of human rights in constitutions is something that has been thoroughly analyzed; yet the link of this inclusion with public policy is an area that is relatively new despite it being key in understanding the gaps between the fulfillment and enjoyment of human rights. We ask: what is the relationship between constitutions issued by left wing governments and the development of PPHR? One would expect that the role played by human rights in new constitutions would have a sustained impact in the development of PP. This is not necessarily the case: although there is interaction between constitutions and PP, there are two interesting aspects to highlight: the rebranding in the case of Ecuador and the second round in the case of Venezuela.

Keywords: *human rights perspective, public policies, shift to the left, national planning.*

El giro a la izquierda, los movimientos constituyentes y las políticas públicas

El giro a la izquierda en América Latina¹ inicia con la victoria de Hugo Chávez en Venezuela en 1998. A esta le siguieron los gobiernos kirchneristas en Argentina a partir del 2003, de Evo Morales en Bolivia en 2005, de

1 Para profundizar en torno al giro a la izquierda en América Latina: Vázquez y Aibar (2013); Vázquez y Aibar (2009); Vázquez y Aibar (2008); y Aibar (2007).

Rafael Correa en Ecuador en 2006 y, en menor medida, el de Daniel Ortega (2006), que supuso el regreso del Frente Sandinista de Liberación Nacional a la presidencia de Nicaragua. Con alguna distancia respecto de estos liderazgos, se consideran como gobiernos de izquierda que forman parte de esta ola los emanados del Partido de los Trabajadores en Brasil a partir del 2006 (2006, 2010 y 2014) y los del Frente Amplio en Uruguay luego del 2004 (2004, 2009 y 2014)².

De estos gobiernos, tres desarrollaron congresos constituyentes: Venezuela, Ecuador y Bolivia. La Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela fue aprobada por referéndum en abril de 1999 y la integración se concretó en julio. La constitución fue aprobada por referéndum en diciembre de ese mismo año. La Asamblea Constituyente de Ecuador se instauró por medio de una consulta popular realizada el 15 de abril del 2007. La elección de los integrantes de la Asamblea se llevó a cabo en septiembre de ese año, y la Asamblea sesionó hasta el 24 julio del 2008. El 28 de septiembre del 2008 la nueva constitución fue aprobada por medio de un referéndum. Finalmente, la Asamblea Constituyente de Bolivia se integró en la elección del 2 de julio

2 Llama la atención la menor relevancia que se da a gobiernos como el de Mauricio Funes en el Salvador, el cual supuso la llegada al poder del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional. Un caso similar es el nuevo triunfo de este Frente, ahora con Salvador Sánchez Cerén uno de los líderes históricos de la organización. A este renglón se suma el gobierno de Fernando Lugo en Paraguay, tras ganar la elección del 2008.

del 2006, y sesionó entre agosto del 2006 y diciembre del 2007. La nueva constitución fue sometida a referéndum en enero del 2009.

Dentro de los congresos constituyentes, más que el proceso en sí mismo nos interesa analizar el papel que desempeñan los DH en las constituciones. Desde los DH, el proceso de su constitucionalización es un tema estudiado. A partir del nacimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, se vivió un proceso de positivización de los DH a través del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) tanto en el Sistema Universal como en el Interamericano³. Sin profundizar en este momento sobre el proceso de modificaciones constitucionales en materia de DH, o sobre los mecanismos de incorporación del DIDH en el derecho local⁴, lo relevante es que en América Latina desde 1979 se puede observar una serie de reformas o nuevas constituciones en donde los DH se convierten en directrices. Si bien el inicio de este proceso se suele situar en Perú, el caso más conocido es el de la constitución colombiana de 1991, seguida de la argentina de 1994. Dentro de las constituyentes que establecen mecanismos de incorporación del DIDH, las de Venezuela, Ecuador y Bolivia se convirtieron en referencias obligadas.

- 3 Para profundizar sobre la positivización de los DH: Martin, Rodríguez-Pinzón y Guevara (2004); Cancado (2009); Manili (2012). Para un análisis de este proceso desde la teoría política: Ignatieff (2003).
- 4 Para profundizar sobre estos mecanismos: Brewer-Carías (2006); Curtis (2010); y Vázquez (2011).

Analizaremos el resultado de las nuevas constituciones sobre los DH con base en dos categorías: 1) el reconocimiento del DIDH como fuente de derecho local; y 2) el reconocimiento explícito de las obligaciones⁵ en materia de DH. En la medida en que estos elementos existan, se espera que tengan impacto en los contenidos de la planificación de las PP.

La otra variable que nos interesa es la PPDH. El nacimiento de esta perspectiva se fecha en 1993, cuando la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos emitió, dentro de la Declaración y Plan de acción de Viena, la obligación de hacer planes de derechos humanos y construir indicadores para monitorearlos. A partir de entonces, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se dio a la tarea de generar herramientas que ayudaran en la planificación de PPDH (OACNUDH, 2002). Actualmente se acepta que la PPDH supone, al menos, los siguientes puntos: 1) recuperar, dentro del contenido de la PP, las obligaciones provenientes del DIDH; 2) propiciar una elaboración participativa de la PP; 3) establecer mecanismos de exigibilidad; 4) recuperar la perspectiva de género; 5) aplicar la perspectiva de igualdad

- 5 Hay tres grupos de obligaciones en materia de DH: 1) obligaciones generales: respetar, proteger, garantizar y promover; 2) elementos institucionales: disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad; 3) principios de aplicación: núcleo del derecho, progresividad, no regresión, máximo uso de recursos disponibles; y 4) deberes: investigación, sanción y reparación (Serrano y Vázquez, 2013).

y no discriminación; y 6) establecer mecanismos de cultura de DH⁶.

El proceso de PP se puede dividir en diversas etapas: entrada del tema a la agenda pública, estructuración del problema, identificación de soluciones, toma de decisiones, planificación de la política, implementación y evaluación. Miraremos específicamente la planificación de las PP a partir de las herramientas de planeación. En materia de PP contamos con distintos tipos de herramientas a nivel macro, meso y micro para hacer planificación. Por ejemplo, a nivel macro están los Planes Nacionales de Desarrollo (PND), los presupuestos nacionales e, incluso, los programas sectoriales. A nivel meso se cuenta con programas específicos de PP. A nivel micro se encuentran los programas operativos anuales de las unidades ejecutoras de gasto, las matrices de marco lógico, las matrices presupuestales, o los manuales operativos. En la medida en que buscamos analizar países, utilizaremos una herramienta a nivel macro: los PND.

El análisis de contenido de los PND se realizará a través de dos categorías: 1) apelar al DIDH en la formulación de sus ejes, objetivos y/o líneas de acción; 2) la forma en que se identifican los derechos económicos y sociales (DES): como derechos o como servicios públicos; es decir, si las políticas conciben los DES como fines en sí mismos

(como derechos que todas las personas deberían gozar) o como medios para arribar a otro fin (por ejemplo, como herramientas para mejorar el capital humano de las personas a fin de que puedan insertarse de mejor manera en el mercado).

En los casos de Venezuela y Ecuador tenemos PND emitidos con posterioridad a la emisión de las nuevas constituciones; en el caso de Bolivia no En Venezuela se emitieron los PND 2001-2007 y 2007-2013, ambos durante el gobierno de Hugo Chávez, y el PND 2013-2019 en el gobierno de Nicolás Maduro. En Ecuador, Rafael Correa emitió los PND para los períodos 2009-2013 y 2013-2017. En cambio, en Bolivia, Evo Morales emitió el PND “Bolivia digna, soberana, productiva y democrática para vivir bien” en el 2006, previo al nacimiento de la nueva constitución, y es este mismo plan el que se ha usado durante el resto de su gobierno. Por lo anterior, observaremos las relaciones entre constituciones y formulación de políticas públicas de Venezuela y Ecuador.

Nuestra unidad de análisis es la posible interacción entre las nuevas constituciones y los PND. Si bien es esperable que haya una relación entre la constitución y la planificación de las PP, en los casos que nos ocupan esta relación se potencia por dos razones. Primero, porque no se trata solo de la constitución, sino de un movimiento constituyente, de la formación de una nueva constitución. Segundo, porque un aspecto central en

6 Para profundizar sobre la PPDH: Vázquez y Delaplace, 2011; Salazar, Caballero y Vázquez, 2014; Abramovich y Pautassi, 2006; y Canto, 2010.

Cuadro 1. Relaciones esperadas entre las constituciones y las PPDH

Unidad de análisis	Categorías de análisis	Categorías de análisis	Unidad de análisis
Nueva constitución	1. Incorpora el DIDH como fuente del derecho a nivel constitucional.	1. Apela al DIDH en la formulación de sus ejes, objetivos y/o líneas de acción. 2. Identifica explícitamente como derechos los servicios públicos (salud, educación, vivienda, etcétera).	Plan Nacional de Desarrollo
	2. Reconoce de forma explícita las obligaciones en materia de DH.		

	Categorías analíticas
Reforma constitucional	Reconoce el DIDH
	Reconoce las obligaciones en materia de DH
	Categorías analíticas
Plan Nacional de Desarrollo	Apela al DIDH en la formulación de sus ejes, objetivos y/o líneas de acción.
	Identifica a los DES como derechos o como servicios

la conformación política de los congresos constituyentes es la capacidad de “sentido de época” que esta establece. De hecho, esta es una de las principales características de los gobiernos que son considerados como parte del giro a la izquierda: el establecimiento de un nuevo “sentido de época” que se constituye como hito para diferenciarlos de los gobiernos más cercanos a la lógica neoliberal⁷. En resumen, tanto por tratarse de nuevas –y recientes– constituciones como por el sentido de época que suponen estos movimientos constituyentes dentro del giro a la izquierda, su influencia en el diseño de las PP debiera ser aún más evidente.

7 Si bien este “sentido de época” se conforma con mayor fuerza cuando viene acompañado de sucesos institucionales como estos congresos constituyentes, esto no disminuye su formación en gobiernos como los de Néstor Kirchner y Cristina Fernández en Argentina, o los de Inácio Lula Da Silva y Dilma Rousseff en Brasil.

Las interacciones esperadas entre las constituciones y las políticas públicas son: 1) en la medida en que las constituciones incorporen el DIDH y las obligaciones que lo integran, se esperaría que estos sean las directrices de los ejes prioritarios de los PND, y 2) que los DES sean reconocidos como derechos y no como servicios.

Venezuela: la segunda vuelta institucional

La Constitución de Venezuela⁸, en su artículo segundo, enuncia la organización jurídico-política de la nación como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, basado en los principios de solidaridad social y del bien común en el que imperan los DH.

8 Para este artículo se ha tomado como referencia la Constitución de la República Bolivariana con la Enmienda No 1, fechada el 15 de febrero del 2009, N.o. 5.908.

En relación con los *mecanismos de incorporación del DIDH*, el artículo 23, en el que se reconoce la jerarquía constitucional de los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República, también se establece la jerarquía constitucional del DIDH condicionada al principio pro persona, así como la aplicación inmediata y directa de los tratados. Por otro lado, en el artículo 11 se reconocen los principios de progresividad, no discriminación, indivisibilidad e interdependencia, así como las obligaciones de respeto y garantía obligatoria para todos los órganos del Poder Público.

Dos años después de la modificación del diseño constitucional, se publicaron las “Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2001-2007”⁹. El PND señala que es indispensable construir un “nuevo modelo de desarrollo de la sociedad venezolana”, el cual requiere del equilibrio de las fuerzas y factores que intervienen en la dimensión económica, social, política, territorial e internacional. Cada uno de estos cinco equilibrios se constituye como un objetivo de PP.

En el establecimiento específico de los cinco objetivos generales *no se hace*

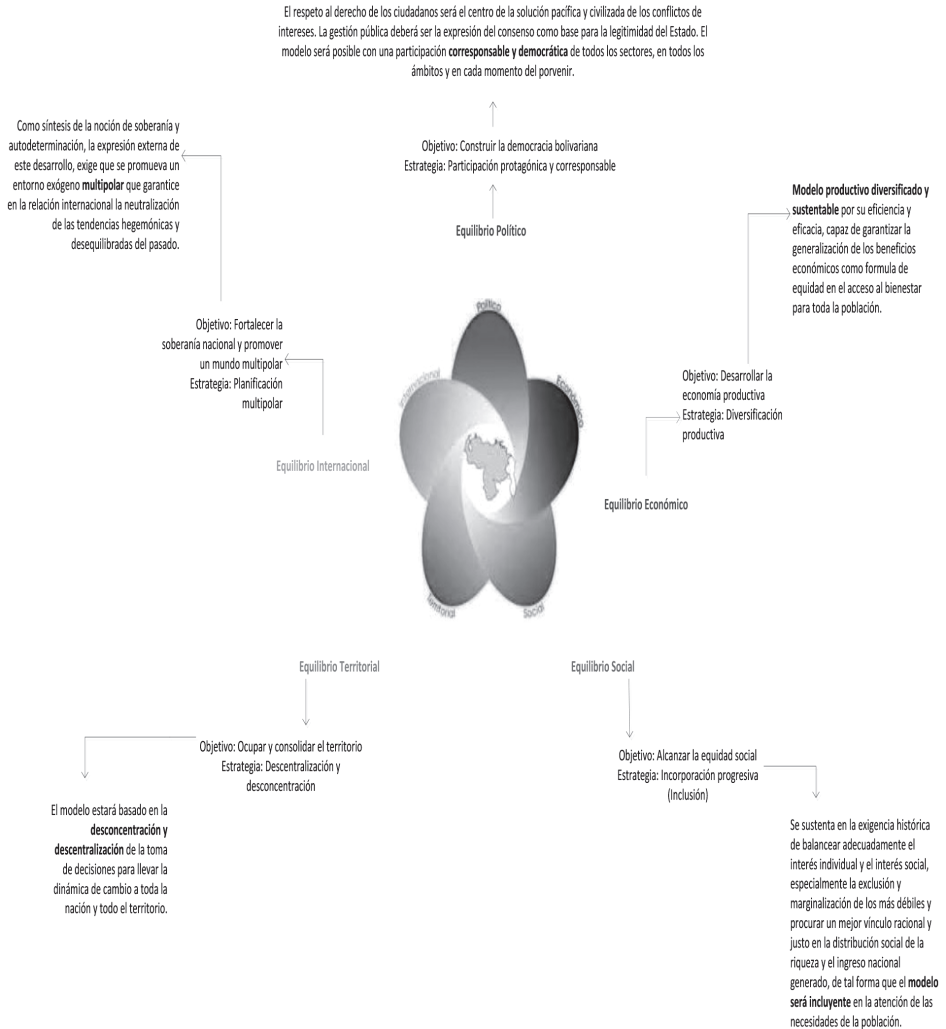
9 Los antecedentes más recientes de las “Líneas Generales del Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2001-2007” son: “Programa Económico de Transición 1999-2000” (junio de 1999), “Programa económico 2000” (marzo de 2000) y el “Programa de Gobierno: la propuesta de Hugo Chávez para continuar la Revolución” (mayo 2000) (República Bolivariana de Venezuela, 2001, p. 7).

referencia de forma directa e inmediata a las obligaciones provenientes del DIDH. En cambio, estas aparecen especialmente en los apartados sobre equilibrio político y social¹⁰. El PND insta a que la nueva condición de ciudadanía venezolana debe basarse en el reconocimiento pleno y el ejercicio garantizado de los DH. Particularmente, se hacen visibles los principios orientadores de DH en el capítulo referente al equilibrio social: en él se identifican la universalidad, la equidad, la participación y la corresponsabilidad como base de la garantía de todos los derechos para todos los ciudadanos (PRBV, 2001, p. 91).

Sobre el *tratamiento que en el PND se da a los DES*, de acuerdo con el principio orientador de la universalidad, la garantía de los derechos sociales establecidos en la Constitución Bolivariana de Venezuela se realizaría a partir de PP progresivas que no deben enfocarse en “combatir la pobreza” o “proteger a los grupos vulnerables”, ya que el equilibrio social establecido en el Plan pretende romper con la división entre lo económico y social, ya que cuando opera dicha división la atención social

10 En el apartado de “Equilibrio Internacional” se hace mención a los DH en el escenario internacional en el “Objetivo 5.1. Impulsar la multipolaridad de la sociedad internacional” a partir de la prioridad de “coadyuvar a la promoción y protección de los DH manteniendo una presencia activa en los foros internacionales que traten el tema de los DH de la ONU y en la OEA. Esto supone promover la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y participar activamente en la elaboración de la Carta Andina de DH” (PRBV, 2001, p.155).

Cuadro 2. Nuevo Modelo de Desarrollo de la Sociedad Venezolana



Fuente: República Bolivariana de Venezuela (2001, p. 13-21).

se subordina a los recursos disponibles en el Estado:

Las políticas que plantean el supuesto objetivo de superar la pobreza, a través de medidas falsamente equitativas –focalizadas o de corte compensatorio– buscan remediar las fallas

de un sistema económico y social en sí mismo injusto u excluyente, que reproduce y acentúa históricamente las brechas de inequidad entre grupos humanos y territorios. En oposición a éstas políticas, el Plan de Equidad Social aboga por la equidad de la visión universalista, transformándose

en la expresión superior de justicia que garantiza a todos y todas el ejercicio de derechos, dando a cada cual según su necesidad y pidiendo de cada cual según su capacidad¹¹ (PRBV, 2001, p. 92).

En este marco, el PND impulsa tres objetivos estratégicos que permitirán el ejercicio pleno de los DH: la universalización de los derechos como garantía de equidad; la reducción de las brechas de riqueza, ingreso y calidad de vida; y la apropiación de lo público como espacio del interés colectivo y construcción de ciudadanía. Cada objetivo estratégico establece prioridades que se convierten en directrices de política pública. Entre las principales prioridades se retoman los derechos sociales, culturales, educativos y ambientales, el derecho económico sobre la propiedad de la tierra y el derecho político de la participación establecidos en la Constitución.

Aun cuando el Plan se desmarca de las políticas focalizadas, establece como prioridad la atención especial para la población en extrema pobreza

11 “La conquista de la equidad social, da también otra dimensión política al rol del Estado y de la Sociedad: la garantía de los derechos sociales en forma equitativa tiene sustento en la restitución y el fortalecimiento de lo público como espacio de apropiación por, del y para el interés colectivo; e instrumento del poder ciudadano, preservado por el Estado como una obligación intransferible e irrenunciable. Esta es una tarea de deberes compartidos entre Estado y Sociedad, actuando de manera corresponsable en cualquier proceso que resguarde la legítima relevancia del interés colectivo sobre toda acción que contribuya a crear las capacidades, medios y condiciones para asegurar el ejercicio pleno de derechos a todo el pueblo venezolano” (PRBV, 2001, p. 92).

mediante la cobertura universal de programas y servicios sociales integrados en redes comunitarias que tomen en cuenta la magnitud, complejidad, capacidad y recursos que las necesidades sociales exijan, y que permitan potenciar la capacidad operativa de las políticas y acciones públicas.

Posteriormente, el gobierno de Hugo Chávez emitió el PND 2007-2013, el cual calificó como “el primer plan socialista”. En él, se especifican siete directrices: 1) Nueva Ética Socialista, 2) Suprema Felicidad Social, 3) Democracia Protagónica Revolucionaria, 4) Modelo Productivo Socialista, 5) Nueva Geopolítica Nacional, 6) Política Energética y 7) Posición Geopolítica Internacional. Dentro del PND se reconocen los DH como valores, principios y actitudes que se incorporan plenamente dentro del proyecto ético bolivariano (PRBV, 2007, p. 6). Sin embargo, la argumentación que delimita objetivos, estrategias y políticas se centra en la diferenciación entre el capitalismo neoliberal y el socialismo bolivariano. Más aún, la promoción internacional de la protección de los DH se considera una estrategia para mantener relaciones soberanas ante el bloque hegemónico-capitalista.

En cuando a los DES, la atención integral en salud de forma universal, el acceso a la vivienda digna, la universalización de la educación bolivariana y la garantía de seguridad social y solidaria se identifican como elementos de la “Suprema Felicidad Social”. En

comparación con el PND anterior, los DH pierden el protagonismo argumentativo y de delimitación de la PP.

En 2013, el gobierno de Nicolás Maduro presentó el “Segundo plan socialista de desarrollo económico y social 2013-2019”. En continuidad con el Primer Plan Socialista, los argumentos se centran en la transición hacia el socialismo bolivariano (calificado como el socialismo del Siglo XXI) a partir de cinco objetivos: 1) defender, expandir y consolidar la independencia nacional; 2) continuar construyendo el socialismo bolivariano asegurando la “mayor suma de seguridad social, estabilidad política y felicidad” para el pueblo; 3) convertir a Venezuela en un país potencia dentro de la gran potencia naciente de América Latina y el Caribe; 4) contribuir al desarrollo de una nueva geopolítica internacional que permita lograr el equilibrio del Universo y garantizar la paz planetaria; y 5) preservar la vida en el planeta y salvar a la especie humana. Una vez más, los DH no aparecen como directrices del PND.

Si bien en la argumentación general los DES vuelven a considerarse necesidades básicas, aunque no se enuncian explícitamente como derechos, en el Objetivo 2 se concentran las referencias a estos en dos sentidos: por un lado, relacionados con la consolidación del Sistema de Misiones y Grandes Misiones Socialistas Hugo Chávez como un conjunto integrado de políticas y programas que concreten los derechos

y garantías constitucionales del Estado Social de Derecho y de Justicia (PRBV, 2013, p. 53); por otro lado, vinculados con grupos como la comunidad sexo-diversa, las personas privadas de libertad y con grupos en situación de vulnerabilidad, como las poblaciones en pobreza extrema. El derecho a la alimentación, el derecho a la educación y el derecho al acceso al agua también encuentran correspondencia en los objetivos 1, 2 y 5 del Plan. En el objetivo 4, se vuelve a retomar como imperativo la transformación del sistema de derechos humanos sobre la base del respeto, su democratización, la igualdad soberana de los Estados y el principio de no injerencia (PRBV, 2013, p. 103). Al nivel de políticas y programas se reconocen, explícitamente, acciones estatales para garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social.

En el caso venezolano, mientras que en la primera vuelta institucional el primer PND posterior a la reforma constitucional es estructurado en términos de DH, en la segunda y tercera vueltas institucionales los DH son desplazados por el socialismo del Siglo XXI. La interacción entre la constitución y los tres PND se resume en el cuadro 3.

Cuadro 3. Relaciones entre las constituciones y las políticas públicas

	Categoría analítica	Constitución de 1999		
Reforma constitucional	Reconoce el DIDH	Se le reconoce en el artículo 23.		
	Reconoce las obligaciones en materia de DH	Reconoce las obligaciones de respetar y garantizar los DH expresados en la Constitución y de aquellos ratificados en tratados, pactos y convenciones en materia de DH.		
	Categoría analítica	PND 2001 – 2007	PND 2007 – 2013	PND 2013 -2019
Plan Nacional de Desarrollo	Apela al DIDH en la formulación de sus ejes, objetivos y/o líneas de acción Identifica a los DES como derechos o como servicios	El PND no retoma explícitamente el DIDH en sus directrices, pero sí especifica que la garantía de los derechos es una obligación intransferible e irrenunciable de los Estados y refiere a los compromisos expuestos en la Constitución. Esto se traduce en objetivos, estrategias y/o líneas de acción con perspectiva de derechos. Los DES se reconocen como derechos. Un sub-objetivo del capítulo de equilibrio social indica que se debe garantizar el disfrute de los DES de forma universal y equitativa. Prioridad en educación, salud, seguridad social, vivienda y ambiente sano, seguridad ciudadana permanente, acceso pleno a la cultura, universalidad del deporte, recreación al alcance de las mayorías e información veraz y oportuna.	El Plan reconoce los DH como valores, principios y actitudes que se incorporan plenamente dentro del proyecto ético bolivariano (PRBV, 2007, p. 6). Sin embargo, la argumentación se centra en la diferenciación entre el capitalismo neoliberal y el socialismo bolivariano. Los DES se identifican como elementos de la “Suprema Felicidad Social”.	Los DH se consideran pilares del socialismo bolivariano. Sin embargo, en la definición de objetivos y políticas concretas estos tienen un papel secundario. Se reconoce a los DES como necesidades básicas, pero no como derechos.

Ecuador: de las rupturas políticas a las rupturas institucionales

En el artículo 11 de la Constitución se establecen los *mecanismos de incorporación, las obligaciones estatales y los principios de DH*. La posibilidad de aplicación directa e inmediata de los

tratados sobre DH por cualquier servidor público se explicita en la fracción 3 y 7 de dicho artículo, mientras que en la fracción 8 se establece el principio de progresividad; sin embargo, es en los artículos 417 y 424 donde se precisa la jerarquía constitucional de los tratados de DH condicionada al principio pro

persona. Además, en estos artículos se establecen los principios pro persona, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y una cláusula abierta como parte de las herramientas de aplicación del DIDH.

Lo que encontramos en el “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013” es una resignificación de los derechos a partir del *Sumak Kawsay*¹². Desde una postura contraria a los modelos de desarrollo –incluido el desarrollo humano y el desarrollo sustentable– y su concepción de progreso¹³, el PND asegura que es necesario encontrar modelos que permitan garantizar la vida plena:

Los pueblos indígenas andinos aportan a este debate desde otras epistemologías y cosmovisiones y nos plantean el *Sumak Kawsay*, la vida plena (...). Si recurrimos a la traducción cultural que nos sugiere Boaventura de Sousa Santos, nuestro debate sobre la construcción de una nueva sociedad, partiendo de epistemologías diversas, se enriquece enormemente: ya no estamos hablando de crecimiento económico, ni del PIB; estamos hablando de relaciones amplias entre

12 Son dos palabras quechuas utilizadas por los indígenas aymaras de Ecuador. *Sumak* hace referencia a la realización de la naturaleza. *Kawsay* significa vida en plenitud. Juntas, *Sumak Kawsay* refieren a la vida de las personas como parte inherente de la naturaleza.

13 En el capítulo 3 del PND titulado “Un Cambio de Paradigma: del Desarrollo al Buen Vivir” se plantea el debate y las posturas éticas y teóricas enmarcadas en el Buen Vivir. Destaca la constante referencia a autores como Boaventura de Sousa Santos, Amartya Sen y Martha Nussbaum.

los seres humanos, la naturaleza, la vida comunitaria, los ancestros, el pasado y el futuro. El objetivo que nos convoca ya no es el “desarrollo” desde una antigua perspectiva unilineal de la historia, sino la construcción de la sociedad del Buen Vivir (SENPLADES, 2009, p. 32-33).

A partir de esta resignificación de los DH, se establecen 12 objetivos que estructuran el PND.

La interacción entre los principios rectores del Plan y los DH se observa en dos líneas. Por un lado, de forma transversal en los doce objetivos se identifica la primacía de los derechos del Buen Vivir y las disposiciones constitucionales en materia de derechos humanos como directrices obligatorias para la actuación estatal:

(...) los derechos constitucionales, en particular los del Buen Vivir, son, a la vez, límites del poder y vínculos impuestos a la autoridad pública. Por tanto, para asegurar su ejercicio, someten y limitan a todos los poderes, inclusive al constituyente. Esta garantía se expresa en el ordenamiento jurídico de la facultad de definir y aplicar políticas públicas, y opera a través de la facultad jurisdiccional, cuando las otras fracasan o violan derechos. En este modelo de Estado, la importancia de los derechos humanos, por sobre el derecho concebido como el conjunto de normas jurídicas, es fundamental. (SENPLADES, 2009, p. 303).

Cuadro 4. Objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013

Establecer un sistema económico social, solidario y sostenible	Construir un Estado democrático para el Buen Vivir	Auspiciar la igualdad, cohesión e integración social y territorial en la diversidad	Mejorar las capacidades y potencialidades de la ciudadanía
Objetivo 11	Objetivo 12	Objetivo 1	Objetivo 2
Garantizar el acceso a la participación pública y política			Mejorar la calidad de vida de la población
Objetivo 10	Objetivo 9		Objetivo 3
Garantizar la vigencia de los derechos y la justicia			Garantizar los derechos de la naturaleza y promover un ambiente sano y sustentable
Objetivo 8	Objetivo 7	Objetivo 6	Objetivo 5
Afirmar y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad	Construir y fortalecer espacios públicos, interculturales y de encuentro común	Garantizar el trabajo estable, justo y digno en su diversidad de formas	Garantizar la soberanía y la paz, e impulsar la inserción estratégica en el mundo y la integración latinoamericana



Fuente: SENPLADES (2007, p. 11-12).

Además, hay algunos objetivos que, de forma directa, apelan a obligaciones propias de los DH, como los objetivos 4, 6, 9 y 10. Asimismo, en la formulación de líneas de acción se hace más evidente el uso de las obligaciones de DH, como ocurre con el primer objetivo del PND, el cual busca garantizar los derechos del Buen Vivir para la superación de todas las desigualdades, en especial en salud, educación, alimentación, agua y vivienda.

En relación con la *identificación explícita de los DES como servicios o como derechos*, el Objetivo 3, "Mejorar la calidad de vida de la población, enfatiza que las acciones públicas deben elaborarse desde un enfoque intersectorial y de derechos que se concreten en sistemas de protección y prestación de servicios integrales e integrados. La perspectiva se armoniza a partir del artículo 85 de la Constitución, donde se explicita que las políticas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el Buen Vivir y todos los derechos, y se complementa con el artículo 314, el cual establece que los mecanismos para hacer efectivos a dichos derechos deberán responder a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, elementos que encuentran relación con los principios institucionales señalados por los sistemas universal e interamericano de DH.

De hecho, la defensa a la universalidad de los derechos es un aspecto reiterado en el Plan. A nivel programático, el PND es muy enfático en señalar que se aboga por el reconocimiento de una igual dignidad de las personas y, por ello:

Si el objetivo son los derechos, las políticas no pueden ser selectivas sino universales (...) La focalización puede reflejar una prioridad ante emergencias momentáneas, pero el principio rector de la estrategia económica y social de mediano y largo plazo debe ser la universalidad solidaria (SENPLANDES, 2009, p. 38).

Esta defensa a la universalidad y a la integralidad de los DH recupera y toma partido, de forma directa, en el viejo debate sobre si hay distinción entre los múltiples derechos humanos:

Separar y jerarquizar los derechos implica que, en la práctica, se argumente la existencia de derechos fundamentales y derechos secundarios, bajo esta concepción, los únicos derechos verdaderos son los civiles y políticos, y los otros son sólo enunciados, deseos poco realistas. Detrás de esta concepción está la vieja distinción del liberalismo entre la libertad negativa y la igualdad. Esta libertad tiene prioridad sobre la igualdad. Entonces, existen derechos sustantivos inalienables y derechos adjetivos que podrían pasarse por alto, hasta que se realicen plenamente los primeros. (SENPLANDES, 2009, p. 44).

Cuadro 5. Objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017

Asegurar la soberanía y eficiencia de los sectores estratégicos para la transformación industrial y tecnológica	Garantizar la soberanía y la paz, profundizar la inserción estratégica en el mundo y la integración latinoamericana	Consolidar el Estado democrático y la construcción del poder popular	Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial en la diversidad
Objetivo 11	Objetivo 12	Objetivo 1	Objetivo 2
Impulsar la transformación de la matriz productiva	Objetivo 10	Objetivo 3	Mejorar la calidad de vida de la población
Garantizar el trabajo digno en todas sus formas	Objetivo 9	Objetivo 4	Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía
Consolidar el sistema económico social y solidario de forma sostenible	Objetivo 8	Objetivo 6	Construir espacios de encuentro común y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad
	Objetivo 7	Consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral en el estricto respeto a los derechos humanos	
Garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad ambiental, territorial y global			



Fuente: SENPLADES (2013, p. 80-83).

El “Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017” representa la continuidad del proyecto de la “Revolución Ciudadana” en Ecuador, basada en el *Sumak Kawsay*. Los 12 objetivos (cuadro 5) que estructuran el plan guardan relación directa con el primero.

El Plan se caracteriza por colocar en el centro el deber primordial de garantizar los DH y explicitar la coherencia entre los mandatos constitucionales, los objetivos estratégicos del PND y las directrices de política pública. Bajo el lema “El Buen Vivir se planifica, no se improvisa”, cada objetivo es justificado a partir del cumplimiento de obligaciones constitucionales en materia de DH y despliega estrategias que buscan asegurar instituciones efectivas para su garantía, donde las PP tienen un lugar protagónico. De esta forma:

La consagración del Ecuador como un Estado de derechos trae aparejada la necesidad de constitucionalizar garantías que permitan el ejercicio de los derechos. Es así que la política pública ocupa un lugar fundamental en el efectivo cumplimiento de los derechos constitucionales (SENPLADES, 2013, p. 33).

Como en el Plan anterior, en este se explicita que los servicios públicos dejan de ser simples prestaciones sociales para convertirse en medios para la garantía de derechos. Esto genera una vinculación entre el ejercicio de los DH y la planificación nacional en tanto la PP debe garantizarlos por ser

pilares de la sociedad del Buen Vivir (SENPLADES, 2013, p. 81). En este marco, el papel de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) es estratégico en las tareas de armonizar la PP, elaborar instrumentos de planificación, monitoreo y evaluación del PND¹⁴.

A diferencia de Venezuela, en Ecuador la primera y segunda vuelta institucionales mantienen la PPDH. Aquí el proceso más interesante es el de la resignificación de los DH. La interacción entre la constitución y los dos PND se observa en el cuadro 6.

14 “El PN para el Buen Vivir está acompañado por un sistema de monitoreo y evaluación que hará posible conocer los impactos de la gestión pública y generar alertas oportunas para la toma de decisiones” (SENPLADES, 2013, p. 18). La SENPLADES ha generado instrumentos para que los funcionarios públicos logren incorporar la relevancia de los derechos humanos en las políticas públicas. Entre estos instrumentos se destacan la “Guía para la formulación de políticas públicas sectoriales”, que abarca desde la formulación hasta la evaluación de las políticas públicas sectoriales, la “Guía metodológica de planificación institucional” y las “Metodologías de Evaluación de Impacto”. Las propuestas metodológicas de la SENPLADES pueden consultarse en: <http://www.planificacion.gob.ec/metodologias/>

Cuadro 6. Relaciones entre las constituciones y las políticas públicas

	Categoría analítica	Constitución de 1999	
Reforma constitucional	Reconoce el DIDH	En los artículos 11, 417 y 424.	
	Reconoce las obligaciones en materia de DH	En el artículo 11 se establecen las obligaciones y principios de DH.	
	Categoría analítica	PND 2001 – 2007	PND 2007 – 2013
Plan Nacional de Desarrollo	Apela al DIDH en la formulación de sus ejes, objetivos y/o líneas de acción	Desde una perspectiva que denominan “Del Buen Vivir” o “Sumak Kawsay”, las obligaciones y principios en DH se constituyen como directrices de las acciones estatales –así como los principios de universalidad, indivisibilidad e integralidad– a la par que se transversalizan en los 12 objetivos que integran el PND. Los DES toman la forma de derechos. Los servicios públicos que los concretan se esbozan como un mecanismo de garantía.	Los DH se consideran pilares del Sumak Kawsay. Los servicios públicos concretan los DES y la planificación vinculada al cumplimiento de derechos que garanticen su ejercicio es el tema central del Plan. Se aseguran mecanismos institucionales que impulsen y vigilen la armonización entre los mandatos constitucionales, los objetivos del PND y las directrices de PP.
	Identifica a los DES como derechos o como servicios		

Fuente: Elaboración propia.

Conclusiones. De la ruptura a la doble vuelta institucional

Sobre los estudios de DH hoy tenemos la certeza de que llegaron para quedarse. Pero también sabemos que la firma de tratados no necesariamente impacta de forma automática en un mayor ejercicio de DH. Existen brechas entre la consolidación del DIDH por medio de tratados y sistemas universales y regionales de protección de derechos, y el ejercicio efectivo de los estos.

Para que haya un ejercicio de derechos, se requiere que haya una dispersión del DIDH a nivel local, es decir, que haya armonización de leyes, políticas públicas con perspectiva de derechos

humanos y sentencias que recuperen los estándares internacionales. Muchas veces, incluso, pese a un mayor compromiso en el cumplimiento de las obligaciones internacionales a cargo de los Estados, la traducción de este cumplimiento en ejercicio efectivo de derechos no es inmediata. Se mantienen las intermediaciones, las brechas.

Este texto ayuda a problematizar e identificar dónde hay algunas de estas brechas, al menos entre la constitucionalización y su transformación en acción gubernamental por medio del diseño de políticas públicas. Si bien la constitucionalización de los DH es un tema muy trabajado, la vinculación de este proceso con la política pública

constituye un ámbito de análisis relativamente nuevo, aunque fundamental para entender las brechas entre el cumplimiento y el ejercicio de los DH.

La interacción entre las constituciones impulsadas por los gobiernos del giro a la izquierda y las PPDH nos deja algunos aprendizajes. En principio, en ambos casos observamos fuertes rupturas que llegaron a sus puntos más álgidos precisamente en los procesos constituyentes, lo que marcó un nuevo “sentido de época”. Parte de este sentido es dado por medio del reconocimiento explícito del DIDH, así como de sus obligaciones, como una fuente de derecho local. Más aún, en ambos casos el mismo gobierno que llevó a cabo los procesos constituyentes fue el que realizó los PND inmediatos. Por ende, no es extraño encontrar estrechos niveles de interacción entre los contenidos constitucionales, en particular en lo referente a la perspectiva de DH, y la planificación de la PP en esta primera vuelta institucional.

También es la tendencia rupturista la que permite entender que los DES sean recuperados desde una perspectiva de derechos más que desde una lógica de capital humano. En ambos casos, en la primera vuelta institucional se da especial énfasis al principio de universalidad en la formulación de políticas relacionadas con los DES, sin que este sea totalmente contrario a la formulación de políticas focalizadas para atender a las poblaciones marginadas.

Si bien hay interacción entre las constituciones y las PP, hay dos aspectos interesantes por subrayar: el proceso de resignificación, en el caso ecuatoriano, y la segunda vuelta institucional, en el caso venezolano.

El aspecto más relevante del caso ecuatoriano radica en el proceso de resignificación de los DH por medio de la recuperación de la cosmovisión indígena a partir de la idea del Buen Vivir (*Sumak Kawsay*)¹⁵. El aspecto más interesante de este punto es que la apropiación del DIDH no se hace de forma directa: siempre hay intermediaciones.

En la segunda vuelta institucional de Ecuador no solo se mantiene la interacción con el discurso constitucional de DH, sino que se refuerza. Por ejemplo, cada objetivo del segundo Plan está debidamente identificado con los artículos constitucionales a los que hace referencia. En esta línea, se enfatiza la relevancia de la planificación para alcanzar los objetivos de la revolución ciudadana y, particularmente, para el cumplimiento de los DH, aspecto que se concretiza en el SENPLADES.

15 La resignificación de los DH a partir de su apropiación no es nueva. Se ha estudiado desde la sociología y antropología jurídica (Estévez y Vázquez, 2010). En la medida que los DH no solo son normas, sino también discursos, en su apropiación se pueden generar distintos tipos de discursos. Más aún, cuando se trata de discursos performativos, lo que se generan son identidades. Ecuador ya ha elaborado distintos discursos en materia de derechos humanos, probablemente el más conocido –por el nivel de conflicto que generó con el sistema interamericano– sea el relacionado con la libertad de expresión (Serrano y Vázquez, 2013).

En Venezuela no se observa un proceso de resignificación en la primera vuelta institucional, y, en la segunda y tercera vueltas, más que una resignificación del discurso de derechos lo que se observa es su desplazamiento por el socialismo del Siglo XXI. Es también en ese momento (2006-2007) que hay un cambio relevante en la matriz discursiva que venía desarrollándose en Venezuela, la cual si bien es rechazada en las urnas en el plebiscito del 2007, se mantiene en la coalición gubernamental.

Este cambio en las segunda y tercera vueltas institucionales venezolanas nos permite observar que los contenidos de la planificación de las PP, en especial a nivel macro, se explican mejor a partir de un análisis macro que va más allá de la interacción institucional de nivel meso. En efecto, lo que parece explicar las directrices generales de PP no es la interacción con otras instituciones en el proceso de planificación (como las constituciones en este estudio), sino las ideologías que, en un nivel más general, dan sentido al actuar del gobierno¹⁶.

En consecuencia, las reformas constitucionales que incluyen nuevos y más plenos mecanismos de incorporación

del DIDH –y con él de todos los estándares internacionales– son, sin duda, relevantes. Sin embargo, si no hay un “suelo fértil”, si no hay una coalición político-económica con una ideología propicia para el desarrollo de estos estándares en políticas públicas, la constitucionalización de los derechos será un buen deseo con muchas limitaciones.

Lista de abreviaturas

DES: Derechos económicos y sociales.

DH: Derechos humanos

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

PND: Plan Nacional de Desarrollo.

PP: Políticas públicas

PPDH: Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos.

SENPLADES: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo

Referencias

Abramovich, V. y Pautassi L. (2006). *Dilemas actúales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos*. Trabajo elaborado para las Jornadas Justicia y Derechos Humanos: políticas públicas para la construcción de ciudadanía Buenos Aires, 12 y 13 diciembre. En: http://danielllargo.com/wp-content/uploads/2014/07/Abramovich_Pautassi_Dilemas_Actuales_El_aporte_enfoque_derechos.pdf Consultado en enero del 2016.

16 A esta misma conclusión se llegó en otro estudio donde se compara el caso mexicano y el colombiano. En este segundo, la nueva constitución de 1991 no modificó en nada los contenidos del PND anterior y posterior a la constitución. Lejos de una ruptura proveniente del movimiento constituyente, lo que imperaba en la planificación –y en los gobiernos previo y posterior a la constituyente– era la continuidad neoliberal propia de la década de los noventa (Vázquez y Espinosa, 2015).

- Aibar, J. (2007). *Vox Populi. Populismo y democracia en América Latina*. México: FLACSO.
- Aibar, J. y Vázquez D. (coords.). (2008). *Política y Sociedad en México. Entre el desencuentro y la ruptura*. México: FLACSO.
- Aibar, J. y Vázquez D. (coords.). (2009). *¿Autoritarismo o democracia? Hugo Chávez y Evo Morales*. México: Flacso-México.
- Brewer-Carías, A. (2006). "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. Estudio de Derecho Constitucional comparado latinoamericano". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N.º 6, pp. 29-78.
- Cancado, A. (2009). *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Canto, M. (2010). "Políticas públicas y derechos humanos". En: Estévez, A. y Vázquez D. (coords.) *Los derechos humanos y las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*. México: FLACSO-México / CISAN-UNAM.
- Courtis, C. (2010). *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por los tribunales nacionales*. México: FLACSO-México. Colección de guías de Estudio del Diplomado en argumentación jurídica y aplicación de los estándares internacionales de los derechos humanos en los procedimientos y sentencias del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Constitución de la República de Ecuador. (2008). Recuperado de: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (enmienda n.º 1, 2009). Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_const_vene.pdf
- Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993. Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf
- Estévez, A. y Vázquez D. (coords.). (2010). *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*. México: Flacso-México / Cisan-UNAM.
- Ignatieff, M. (2003). *Los DH como política e idolatría*. España: Paidós.
- Manili, P. (2012). *Manual Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley LTDA.
- Martín, C., Rodríguez-Pinzón D. y Guevara, J. (comps.) (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Washington Collage of Law, American University / Fontamara / Universidad Iberoamericana.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2002). *Handbook on National Human Right Plans of Action*. HR/P/PT/10. New York: United Nations. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training10en.pdf>
- Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. (2007). *Primer Proyecto Nacional Simón Bolívar Primer Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013, Venezuela*. Recuperado de: http://www.postgrado.unesr.edu.ve/WWW/doc/Proyecto_nacional_simon.pdf

- Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. (2013). *Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019, Venezuela*. Recuperado de: <http://gobiernoenlinea.gob.ve/home/archivos/PLAN-DE-LA-PATRIA-2013-2019.pdf>
- Salazar, P., Caballero J. y Vázquez D. (2014). *Alcances y desafíos del nuevo marco constitucional de derechos humanos a propósito del artículo 1º*. México: Instituto Belisario Domínguez – Senado de la República.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2009). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural, Ecuador*. Recuperado de: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan_Nacional_para_el_Buen_Vivir.pdf
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (2013). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017: Todo el Mundo Mejor, Ecuador*. Recuperado de: <http://documentos.senplades.gob.ec/Plan%20Nacional%20Buen%20Vivir%202013-2017.pdf>
- Serrano, S. y Vázquez D. (2013). “La postura del Ecuador frente al proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La disputa por los conceptos... y sus consecuencias”. En: *Pensamiento Propio* 37 julio – diciembre. Buenos Aires: Coordinadora Regional de Investigaciones Económicas y Sociales (CRIES). PP. 185 – 234.
- Serrano, S. y Vázquez D. (2013). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. México: FLACSO-México.
- Vázquez, D. (2011). “El derecho internacional de los derechos humanos y los tribunales locales”. En: Quiroga, A. y Castillo, M. (coords.) *Aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito interno*. México: TSJDF. PP. 51 – 67.
- Vázquez, D. y Espinosa, C. (2015). “Constituciones y políticas públicas: las intermediaciones pendientes”. En: Ansolabehere, K., Valdés-Ugalde F. y Vázquez D. (Coords.) *De la promesa institucional a la realidad. Los derechos humanos en las democracias Latinoamericanas 1990-2010*. México: FLACSO-México (En prensa).
- Vázquez, D. y Delaplace, D. (2011). “Public policies from a human rights perspective. A developing field”. En: *Sur. International Journal on Human Rights* 14. enero/junio. Pp. 33 – 62.
- Vázquez, D. y Aibar J. (coords.). (2013). *Procesos políticos de América Latina. Una lectura crítica del neoliberalismo*. México: Flacso-México.

Recibido: 26/02/2015 • Aceptado: 27/08/2015



ENTRE DOS DEMONIOS Y TRES VIOLENCIAS: LA ADMINISTRACIÓN ALFONSÍN Y LOS SENTIDOS DE LA MEMORIA DEL TERRORISMO DE ESTADO EN LA ARGENTINA CONTEMPORÁNEA

JUAN PABLO ANGELONE*

Resumen

Sostenida particularmente durante la presidencia de Raúl Alfonsín (1983-1989), la “teoría de los dos demonios” es considerada la memoria hegemónica-dominante referida a la última dictadura cívico-militar argentina (1976-1983). A su vez, el Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) el “Nunca Más”, suele ser considerado una expresión de dicha memoria. Según nuestra hipótesis, el “Nunca Más” no suscribe la “teoría de los dos demonios” sino una memoria diferente aunque no antitética. El objetivo del presente trabajo consiste en caracterizar ambos conjuntos de representaciones con el fin de señalar las diferencias entre ellos. Nuestro corpus de análisis incluye como fuentes primarias los escritos y declaraciones de Alfonsín relativos al tema así como también el Prólogo del “Nunca Más” presentado en 1984. Dado que la autoría de este último es atribuida a Ernesto Sabato, presidente de la CONADEP, también se consideran algunas declaraciones del mencionado autor. Dichas fuentes primarias son históricamente contextualizadas a partir del uso de fuentes secundarias, dentro de las cuales incluimos el estado del arte relativo a la “teoría de los dos demonios”. Concluimos que si bien el planteo de Alfonsín y el Prólogo original del “Nunca Más” coinciden en el rechazo a la violencia como medio de expresión política, Alfonsín pone en un plano de igualdad a dos actores: el guerrillerismo izquierdista y el golpismo, mientras que el Prólogo critica tres modalidades de violencia: la guerrilla, el terrorismo paraestatal de derecha, actor no mencionado por Alfonsín, y el terrorismo dictatorial.

Palabras clave: memoria, memoria hegemónico-dominante, violencia, teoría de los dos demonios.

Abstract

Particularly held during Raul Alfonsín's presidency (1983 – 1989), “the theory of the two demons” is considered the dominant-hegemonic memory referred to the last Argentine civic-military dictatorship (1976 – 1983). In turn, the report of the National Commission on the Disappearance of Persons

* Licenciado en Ciencia Política. Docente en las Facultades de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UNR) y en la Facultad de Arquitectura, Planeamiento y Diseño. Universidad Nacional de Rosario. Rosario, Argentina.



(CONADEP)- “Nunca Más” (Never Again) is usually considered an expression of the aforesaid memory. According to our hypothesis, “Nunca Más” does not subscribe to the “theory of the two demons” but to a different memory – though not antithetical. The aim of the current paper consists of characterizing both groups of representations in order to point out the differences between them. Our corpus of analysis includes as main sources Alfonsín’s documents and statements concerned with the issue, as well as the “Nunca Más” prologue, presented in 1984. Some statements of Ernesto Sabato, CONADEP’s president, are also considered due to the fact that the authorship of the latter work mentioned has been attributed to him. Such primary sources are historically contextualized from the use of secondary sources, which within we include the state of the art relative to “the theory of the two demons”. We conclude that even though Alfonsín’s proposal and the original “Nunca Más” prologue coincide in the rejection of violence as a means of political expression, Alfonsín places in an equal position two actors – the left-wing guerrilla and the coup – while the prologue criticizes 3 violence modalities: the guerrilla, the right-wing semi-official terrorism – actor not mentioned by Alfonsín – and the dictatorial terrorism.

Keywords: *memory, dominant-hegemonic memory, violence, theory of the two demons.*

La teoría de los dos demonios como memoria hegemónica-dominante

Como bien sostiene Jelin (2002), resulta imposible en cualquier momento y lugar encontrar una visión y una interpretación únicas del pasado que puedan ser compartidas por toda una sociedad. Esto no invalida sin embargo, que en determinados momentos históricos exista un consenso mayor acerca del pasado, más allá de que dicho consenso pueda ser

cuestionado (Jelin, 2002). Toda memoria es fruto de una construcción social y como tal se inscribe en un conflicto que no opone necesariamente la memoria al olvido o al silencio sino que enfrenta a memorias rivales, cada una de las cuales posee sus respectivos olvidos (Jelin, 2002). Todo conflicto entre memorias refiere a qué y cómo recordar.

En ese sentido es importante destacar que los actores sociales involucrados en un conflicto instrumentan un pasado que se recuerda en virtud de preocupaciones, necesidades y urgencias del presente de las cuales se parte para retornar a un pasado interminablemente reconstruido sobre el cual se reflexiona (Calveiro, 2004).

Los conflictos por la memoria pueden ser entendidos como luchas simbólicas por la producción del sentido común y/o por el monopolio de la nominación legítima, luchas en las cuales los agentes en pugna comprometen el capital simbólico adquirido en luchas anteriores y el poder que poseen sobre las taxonomías instituidas (Bourdieu, 1990). Entre las diversas estrategias simbólicas mediante las cuales los agentes buscan imponer su visión de las divisiones del mundo social, dicho autor destaca la nominación oficial, cuya fuerza procede del hecho de ser operada por mandatarios del Estado, definido este último como “detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima” (Bourdieu, 1990, p. 294).

Sobre el punto que nos ocupa, podemos decir que todo Estado ejerce, ya sea por

acción u omisión, una política de la memoria, es decir, un “conjunto de las iniciativas y las decisiones tomadas por los poderes públicos con vistas a transmitir y hacer que se acepte por parte de la población una cierta visión del pasado y a fortalecer, de esta manera, una cierta idea de colectividad” (Grosso, 2014, p. 83). A su vez, una política de la memoria puede estar en condiciones de imponer lo que habremos de llamar una *memoria hegemónica-dominante*.

Entendemos como memoria hegemónica-dominante aquella que en determinados períodos históricos logra imponerse -en general valiéndose de los aparatos estatales, si bien sus orígenes y su reproducción no son debidos a la acción de aquellos- ya sea porque es consensuada por diversos sectores sociales (memoria hegemónica) o bien porque se impone a partir de medios coercitivos (memoria dominante). Al respecto, construimos dicho concepto por analogía con el de sistema político o Estado de partido hegemónico-dominante, aunque está adaptado a la problemática de las luchas por la memoria de hechos traumáticos ligados al terrorismo de Estado.

En los sistemas de partido hegemónico-dominante pueden existir dos o más partidos políticos; pero como señala Arturo Fernández, solo uno de ellos se encuentra en condiciones de controlar el gobierno durante un largo período histórico, sea por la adhesión espontánea de la mayoría del electorado o por su manipulación a través de

métodos más o menos dictatoriales. En el primer caso se trata de sistemas de partido hegemónico que concitan el apoyo de la sociedad: en el segundo, de sistemas de partido dominante que se impone apelando a menudo a la acción (Fernández, 1992).

En tanto la memoria forjada desde el Estado no es la única existente y coexiste muchas veces conflictivamente con otras memorias, su poder de imposición puede alcanzar diversos grados. Siendo, pues, bastante difuso el límite entre memoria hegemónica y memoria dominante, acuñamos un concepto que aúna ambos términos.

Un interesante ejemplo de contraposición entre memorias forjadas desde el Estado argentino tuvo lugar en el año 2006. Por entonces la Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA) publicó, en el marco del trigésimo aniversario del golpe de Estado perpetrado por las fuerzas armadas el 24 de marzo de 1976, la octava edición del Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). Dicha edición presenta un Prólogo diferente al de la edición original publicada en 1984, firmado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, cuya titularidad era ejercida entonces por el abogado Eduardo Luis Duhalde. El presidente de la nación era entonces el peronista Néstor Carlos Kirchner. Sobre el particular, el entonces subsecretario de Derechos Humanos de la Nación Rodolfo Mattarolo, sostuvo la importancia de ubicar la nueva edición

del “Nunca Más” en la perspectiva de la lucha del gobierno de Kirchner contra la impunidad. Mattarolo remarcó que el Prólogo original estaba “recorrido de un extremo a otro por la doctrina de los dos demonios” (Ginzberg, 2006). Existía de parte del kirchnerismo la intención en fin, de contrarrestar el planteo atribuido a la CONADEP y el Prólogo de 1984.

¿En qué consiste la doctrina a menudo también llamada “teoría de los dos demonios”? Presentarla y analizarla es uno de los objetivos de este trabajo. Nuestro interés de investigación obedece a que consideramos dicha “teoría” como la memoria hegemónica-dominante referida a la dictadura cívico-militar argentina de los años 1976-1983, y, particularmente de la gestión del presidente radical Raúl Ricardo Alfonsín (1983-1989). Nos interesa también porque la ya citada revisión crítica realizada por la Secretaría de Derechos Humanos en 2006, la cual se encuentra enmarcada en el proceso de reapertura de los juicios aún vigentes por crímenes de lesa humanidad, nos habla acerca de la actualidad de la problemática y la necesidad de discutirla.

Sostenemos, sin embargo, junto con Franco (2014), que la “teoría de los dos demonios” no existe precisamente como “teoría” sino más bien como un conjunto de representaciones colectivas sin entidad cristalizada, acuñadas como un valor negativo. Siguiendo a la autora, diremos, pues que el carácter presuntamente unificado de la “teoría de los dos demonios” y su existencia

como objeto autónomo fue una atribución de sus detractores construida a lo largo del tiempo (Franco, 2014). Entre dichos detractores destacamos, por ejemplo, a Juan Gelman, quien decía a mediados de los años ochenta:

Si hay algo que repugna de un tiempo a esta parte, en la polémica de la culpa y la responsabilidad, es lo que se ha dado en llamar la teoría de los “dos demonios”. Alfonsín presenta por un lado el demonio del terrorismo de Estado y, por el otro, el demonio de la subversión (Mero, 1988, p.155).

El planteo de Gelman es uno de tantos que ilustran una percepción generalizada según la cual la “teoría de los dos demonios” expresa una condena que equipara las acciones violentas llevadas a cabo por las organizaciones armadas revolucionarias, que actuaron en la Argentina durante las décadas de 1960 y 1970, y los actos de terrorismo de Estado perpetrados por la dictadura.¹

Nuestras lecturas sobre el tema y, en especial, una revisión más a fondo del

1 Si bien los objetivos de nuestro trabajo no incluyen el análisis del Prólogo a la edición de 2006, solo señalaremos que en este se considera “inaceptable pretender justificar el terrorismo de Estado como una suerte de juego de violencias contrapuestas, como si fuera posible buscar una simetría justificatoria en la acción de particulares frente al apartamiento de los fines propios de la Nación y del Estado que son irrenunciables. Por otra parte, el terrorismo de Estado fue desencadenado de manera masiva y sistemática por la Junta Militar a partir del 24 de marzo de 1976, cuando no existían desafíos estratégicos de seguridad para el statu quo, porque la guerrilla ya había sido derrotada militarmente” (CONADEP, 2006, p.8).

Prólogo de 1984 nos han llevado a poner en duda que este suscriba la “teoría de los dos demonios”. En consonancia con esto último, partimos de la siguiente hipótesis: pese a formar parte de la versión oficial de la Administración Alfonsín, en lo que se refiere a la problemática del terrorismo de Estado y la violencia política de los años 70, el primer Prólogo del Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), publicado en el año 1984, no suscribe la llamada “teoría de los dos demonios” formulada originalmente por Alfonsín sino una lectura diferente si bien no necesariamente antitética a la del presidente radical.

Siendo conscientes de que este planteo va a contramano de las lecturas más habituales que sostienen la existencia de una unidad de criterios entre la “teoría de los dos demonios” y el “Nunca Más”, el objetivo principal del presente trabajo² consiste en caracterizar ambos conjuntos de representaciones a los fines de señalar las diferencias entre ellos, diferencias que serán sistematizadas al final de este trabajo. A tales efectos, nuestro corpus de análisis está constituido por fuentes primarias que incluyen escritos y declaraciones de Alfonsín, así como también el Prólogo del “Nunca Más” presentado

2 Nuestra labor se inscribe en el marco mucho más amplio del proyecto interdisciplinario de investigación “Arquitectura, Memoria y Espacio Público. Memoriales y museos en la construcción de la memoria en relación a la última dictadura cívico-militar en la Argentina (1976-1983)”, dirigido por el arquitecto Daniel Viu. El proyecto se encuentra inscrito y radicado en la Facultad de Arquitectura, Planeamiento y Diseño de la Universidad Nacional de Rosario (UNR).

en el año 1984. Dado que la autoría de este último es atribuida al escritor Ernesto Sabato, presidente de la CONADEP, también tendremos en cuenta algunas de las declaraciones de este famoso hombre de letras. Todas estas fuentes primarias serán históricamente contextualizadas a partir del uso de fuentes secundarias, dentro de las cuales incluimos el estado del arte relativo al tratamiento de la “teoría de los dos demonios”.

La “Teoría de los Dos Demonios” en la visión de Raúl Alfonsín

a) Presentación del tema

Franco (2011) señala la existencia, ya durante el período previo al golpe de Estado de 1976, de una condena generalizada a la violencia de las organizaciones armadas revolucionarias y del Estado, entre diversos actores sociales y políticos. Al respecto, la autora destaca no solo a los principales partidos políticos de la época, el Partido Justicialista (peronista) y la Unión Cívica Radical (UCR), sino también al Partido Popular Cristiano, aliado del peronismo por entonces en el poder, al Partido Comunista y al Partido Socialista de los Trabajadores (trotskista); al sindicalismo peronista; a la Federación Universitaria Argentina; a la iglesia católica; a las fuerzas armadas; y a los principales medios de prensa de la ciudad de Buenos Aires (Franco, 2011). La administración Alfonsín se apropiará de esta condena de las dos violencias. Desde la visión de Franco (2011), esto ayuda a comprender el

porqué la “teoría de los dos demonios” logró ser hegemónica a partir de 1983.

b) Alfonsín: la democracia y el pluralismo frente a la violencia

Tanto en los años de la dictadura como durante su gestión presidencial, Alfonsín manifestó como una de sus preocupaciones de aquel presente la consolidación de la democracia, definida en sus términos como “una forma de vida y una filosofía, que impone la obligación de proteger la dignidad del hombre frente a los abusos del poder del Estado y del poder económico y, en última instancia, la única forma de garantizar el desarrollo nacional” (Alfonsín, 1981, p. 20). Incluso años después de finalizado su gobierno, Alfonsín no dudaría en afirmar que, en virtud del carácter conflictivo de la historia argentina marcado por guerras civiles previas a la organización nacional de 1853; luchas precedentes al ascenso del primer gobierno radical en 1916; restauración conservadora vía el golpe de Estado de 1930; irrupción del peronismo como fórmula opuesta a toda expresión política preexistente; y posterior revancha antiperonista, solo hubo lugar para ficciones de democracia en breves períodos o bien instauración abierta de regímenes autoritarios. En ese contexto, Alfonsín considera que no podía hablarse de restaurar la república democrática en la Argentina de 1983 sino que, más bien, urgía construir dicha república; construir, en fin, la democracia (Alfonsín, 2010).

Alfonsín señala al pluralismo como base de todo sistema democrático, un pluralismo que “significa reconocimiento del otro, capacidad para aceptar las diversidades y discrepancias como condición para la existencia de una sociedad libre” (Alfonsín, 1987, p. 22). En sintonía con esto último, e inscribiendo su opinión en la tradición de su partido, la Unión Cívica Radical (UCR), Alfonsín considera que la violencia “está inhabilitada para ser la forma permanente de manifestación del cambio” (Alfonsín, 1983b, p. 13), razón por la cual el dirigente radical rechaza explícitamente a las “minorías armadas que reemplazan a la ley por las balas, tanto a través del guerrillerismo como a través del golpismo” (Alfonsín, 1983b, p. 14). En el marco de esas ideas debe entenderse la alusión a los “dos demonios”, es decir, a dos maneras violentas de expresarse políticamente.

c) La “teoría de los dos demonios”: formulación original y consecuencias prácticas

La “teoría de los dos demonios” fue formulada por primera vez en junio de 1983 cuando, siendo todavía candidato a presidente, Alfonsín criticaba declaraciones del jefe de Policía de la provincia de Buenos Aires, el general Fernando Verplaetsen³, al zoster que

3 En relación con el secuestro en la ciudad de Rosario (14 de mayo de 1983) y con el posterior asesinato en la localidad de Lima (provincia de Buenos Aires) de los militantes montoneros, organización armada de filiación peronista, Osvaldo Cambiasso y Eduardo Pereyra Rossi, Verplaetsen reivindicó públicamente a los tres

sus ideas retrotraían a marzo de 1976, y agregaba que:

en ese momento, quienes estábamos por la democracia y contra la subversión afirmamos que no se la podía combatir aplicando sus mismos métodos. Dijimos que al prescindir de la ley y la justicia quizás se destruyera la subversión, pero que también se sacrificarían inocentes y se destruirían las instituciones del país. Pero se combatió al demonio con las armas del demonio. Y sucedió lo inevitable: la Argentina fue un infierno (Clarín, 29/6/1983). (el destacado es nuestro).

La “teoría de los dos demonios” asumió una expresión jurídica el 13 de diciembre de 1983, cuando, transcurridos tres días de su asunción, el gobierno radical sancionó los decretos 157 y 158 por medio de los cuales fueron promovidas acciones penales, respectivamente, contra las cúpulas dirigentes de las principales organizaciones armadas revolucionarias y contra los integrantes de la junta militar que usurpó el poder en marzo de 1976, así como también contra las dos que le sucedieron (Proyecto Desaparecidos, S/D; Equipo Nizkor b). Sobre este punto, destacamos que Alfonsín equipara claramente a las organizaciones armadas y a las fuerzas de la represión al señalar que su gobierno abrió los cauces jurídicos para que fueran investigadas y juzgadas “las

policías imputados por el crimen. por entonces en prisión preventiva, en el marco de una exaltada justificación de la lucha antiterrorista. (Clarín, 24/6/1983).

aberrantes violaciones a los derechos humanos cometidas tanto por el terrorismo subversivo como por el terrorismo de Estado” (Alfonsín, 2010, p. 406).

De hecho, Alfonsín jamás se manifestó contrario a que el Estado combatiera a las organizaciones guerrilleras. Así lo explicita, por ejemplo, en una declaración al periodismo que tuvo lugar en plena dictadura, luego de entrevistarse con representantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “(...) la metodología del terrorismo constituye una expresión repugnante que el Estado debe sancionar (...)” (Clarín, 13/9/79). Alfonsín aclara sin embargo, que “la actividad represiva del Estado no debe atentar contra la vida, los derechos y el honor de los ciudadanos.” (Clarín, 13/9/79). Poco después, escribiría, “Nos habría gustado ver a nuestras Fuerzas Armadas ayudar al reencauzamiento de la democracia. Asumir en el marco constitucional la defensa de la sociedad, a través de una **acción efectiva y legal contra la subversión**” (Alfonsín, 1981, p. 36). (el destacado es nuestro)

Pese a no poseer connotaciones religiosas o metafísicas, la alusión metafórica a lo demoníaco refiere, a su vez, a un sentido que coloca a la violencia no solo en el plano de lo políticamente condenable, sino también por fuera del mundo de lo humano y de lo real imaginable (Franco, 2014). La violencia como medio de resolución de conflictos se vuelve, desde esta visión, algo anormal, acaso inexplicable en términos racionales.

d) Alfonsín: los “dos demonios” y la influencia extranjera

Alfonsín considera que la violencia de las décadas de 1960 y 1970 recibió, asimismo, la influencia del contexto internacional de la llamada “guerra fría”. En sus términos:

Basándonos en hechos muy reales y concretos creíamos que ni la guerrilla era totalmente independiente del movimiento comunista internacional en sus variadas formas, ni la represión estatal era independiente de la política de Estados Unidos, de su teoría de la seguridad continental y de la convicción de que su misión era ejercer formas severas de control en América Latina para evitar la penetración comunista (Alfonsín, 1992, p. 25-26).

Los perpetradores de la violencia habrían sido, pues, meros ejecutores de políticas concebidas fuera de nuestro país. Bajo tales condiciones, según el planteo alfonsinista lo “demoníaco” de la violencia sería no solo algo ajeno a la condición humana sino también, y hablando en términos más “terrenales”, algo ajeno a la nación Argentina misma.

e) Alfonsín: la lucha armada, una metodología funcional a la oligarquía

Alfonsín parece seguir la dirección de atribuir una responsabilidad causal a la izquierda en el estallido del golpe de Estado perpetrado en marzo de 1976. Así, “Si una esperanza de democratización había nacido en 1973, el

terrorismo vino a ahogarla (...) No hizo sino facilitar y acelerar el retorno de la oligarquía” (Alfonsín, 1981, p. 173). En lo que refiere precisamente a la noción de oligarquía, Alfonsín sostiene que no se trata de un grupo cerrado sino de un círculo definido por sus comportamientos históricos. En sus términos:

Más que por sus apellidos se definen por lo que hacen y por lo que están dispuestos a hacer. En lo económico, aprovechar la oportunidad especulativa antes que pensar en la producción. En lo político, excluir a los que molestan y monopolizar el poder, utilizando al Estado para crear las oportunidades especulativas (Alfonsín, 1981, p. 120).

f) Alfonsín: la violencia y la ajuricidad, constante histórica argentina

Alfonsín ubica los orígenes de la violencia y la ajuricidad en el sistema político argentino a partir del derrocamiento del segundo gobierno del también radical Hipólito Yrigoyen en el año 1930, época en la cual se habría iniciado la decadencia de nuestro país (Alfonsín, 1981). En sus términos:

Desde 1930 en adelante el sistema político se constituyó progresivamente alrededor de la violencia y la ajuricidad. Primero fue la violencia del golpe militar que interrumpió un doloroso y largo proceso de construcción democrática en el cual se habían comprometido las élites más lúcidas del país y al que habían aportado

su voluntad las grandes masas populares. Luego, en los aciagos años treinta, fue la violencia del fraude, que desnaturalizó la elección por los ciudadanos de sus representantes, ese acto trascendental de la democracia. Más tarde, recuperada la posibilidad del voto popular y ampliado el cauce participativo por la incorporación de las grandes masas a la vida política, la violencia, sin embargo, no desapareció de su seno y llegó a asumir la forma de un partido hegemónico que dificultaba la competencia por el poder. Por fin, superada esa experiencia, la violencia política se expresó en la recurrencia de las intervenciones militares, que derrocaron en las últimas tres décadas a todos los gobiernos surgidos de comicios. En el período que nace a principios de los años setenta, esta ajuridicidad, que había marcado la vida de varias generaciones de argentinos, ocupó la totalidad del espacio institucional y se derramó hacia la sociedad entera: vivimos entonces y recién estamos saliendo de ello el horror de una comunidad nacional que pareció perder los hábitos de la convivencia civilizada, sometida al pánico engendrado por los violentos de todo signo (Alfonsín, 1987, p. 40).

Alfonsín sostiene que el accionar de las organizaciones guerrilleras se nutrió de ese contorno estructural marcado por la violencia y la ajuridicidad. En el marco de la Cena de Camaradería de las Fuerzas Armadas del 5 de julio de 1985, el entonces presidente dirá:

La arbitrariedad del fraude, el abuso del poder, el autoritarismo, el sojuzgamiento de las minorías, la acción directa golpista, componentes todos de un cuadro general de violencia implícita o explícita, configuraron el disolvente cuadro cultural que, prácticamente con toda la sociedad argentina involucrada en él, sirvió de aliciente interno al crecimiento del terrorismo (Alfonsín, 2013, p. 256).

Pero, a su vez, “Combatir al terrorismo sin atacar ese cuadro cultural, o peor aún, combatirlo a partir de ese cuadro, resulta estéril. Puede acabar con él momentáneamente, pero dejará en pie las condiciones para su reaparición.” (Alfonsín, 2013, p. 256).

De estas palabras se deduce que “combatir al demonio con las armas del demonio” no solo sería moral y políticamente condenable sino también ineficaz en términos de cálculo costo-beneficio.

“Tres violencias, un solo infierno”: el Prólogo original del “Nunca Más”

a) Ubicación histórica de la CONADEP y el “Nunca Más”

La CONADEP fue creada por el Decreto 187 del Poder Ejecutivo Nacional el 15 de diciembre de 1983, transcurridos cinco días de la asunción de Alfonsín. Sus objetivos declarados consistían en:

- a) Recibir denuncias y pruebas sobre desapariciones de personas y

- remitirlas a la justicia si las mismas están relacionadas con una presunta comisión de delitos;
- b) Averiguar el destino o paradero de las personas desaparecidas;
 - c) Determinar la ubicación de niños sustraídos a la tutela de sus padres o guardadores y dar intervención en su caso, a los organismos y tribunales de protección de menores;
 - d) Denunciar a la justicia cualquier intento de ocultamiento, sustracción o destrucción de elementos probatorios relacionados con los hechos investigados y
 - e) Emitir un informe final que dé cuenta detalladamente de los hechos investigados (Equipo NIZKOR a).

Presidida, como ya se ha dicho, por Ernesto Sabato, la CONADEP estuvo integrada por: los abogados Eduardo Rabossi y Ricardo Columbres, el epistemólogo Gregorio Klimovsky, la periodista Magdalena Ruiz Guiñazú, el médico cardiocirujano René Favalaro, el ingeniero Hilario Fernández Long, los diputados radicales Santiago López, Hugo Piucill y Horacio Huarte, el obispo católico Jaime de Nevares, el pastor metodista Carlos Gattinoni y el rabino Marshall Meyer. Fueron secretarios la profesora Graciela Fernández Meijide y los abogados Alberto Mansur, Raúl Aragón, Daniel Salvador y Leopoldo Silgueira.

Entregado oficialmente al presidente Alfonsín por el propio Sabato el 20 de setiembre de 1984, el Informe de la CONADEP, comúnmente conocido

como el “Nunca Más”⁴, constituye, según Emilio Crenzel, una síntesis del esfuerzo compartido por la conducción del Estado y la mayoría de los organismos integrantes del muy amplio movimiento por los derechos humanos existente en la Argentina (Crenzel, 2008).

Más puntualmente, cabe destacar la interacción entre los integrantes de la CONADEP y los militantes de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre y Familiares de Detenidos y Desaparecidos por Razones Políticas. Por su parte, el Centro de Estudios Legales y Sociales remitió a la CONADEP sus archivos de denuncias. También las Abuelas de Plaza de Mayo contactaron a la comisión para coordinar la búsqueda de niños desaparecidos e incluso algunas Madres declararon ante la CONADEP, pese a que la Asociación Madres de Plaza de Mayo se rehusó a colaborar con esta entidad. (Crenzel, 2008).⁵

4 El término “Nunca Más” habría sido propuesto por el rabino Meyer, en tanto había sido una de las consignas de los judíos sublevados contra la ocupación nazi en la conocida rebelión del Ghetto de Varsovia, del año 1943 (Rosemberg, 2010).

5 Con respecto a la reacción de los organismos de derechos humanos ante la creación de la CONADEP, Crenzel (2008) destaca que las reacciones fueron variadas. Las Madres la rechazaron debido a que su carácter extraparlamentario la privaba de facultades coercitivas para llamar a los militares a declarar. La APDH, no sin discusiones internas, terminó por no expedirse ante la CONADEP y, además, se rehusó a firmar una solicitud junto a otros organismos –las Madres entre ellos– que reclamaba la conformación de una comisión bicameral –es decir, conformada por integrantes de las dos cámaras que componen el Poder Legislativo argentino, senadores y diputados–. Cabe destacar que Alfonsín, Fernández Meijide,

Los datos precedentes auguran la probabilidad de encontrar en dicho informe una visión diferente de la sostenida por Alfonsín. Nos concentraremos puntualmente en el Prólogo de su edición original, cuya autoría, si bien el texto no aparece firmado, es atribuida a Sabato.⁶

b) El Prólogo: la democracia frente al terrorismo de Estado

En total congruencia con el pensamiento de Alfonsín, el Prólogo del “Nunca Más” manifiesta la preocupación de los integrantes de la CONADEP por la consolidación de la democracia. No obstante, este breve texto no profundiza en definiciones de lo que la democracia es o debería ser: se limita a señalar que es lo único que puede poner a salvo a un pueblo de las acciones del terrorismo de Estado. Concretamente:

Las grandes calamidades son siempre aleccionadoras, y sin duda el más terrible drama que en toda su historia sufrió la Nación durante el período que duró la dictadura militar iniciada en marzo de 1976 servirá para

De Navares, Gattinoni y Meyer pertenecían a la APDH (Crenzel, 2008).

6 Crenzel (2013) sostiene que la autoría del Prólogo no está del todo confirmada. Varios miembros de la CONADEP le habrían asegurado que la versión original del texto sería obra del abogado y dramaturgo Gerardo Taratuto, integrante de la Secretaría de Asuntos Legales de la CONADEP. Pero fue el mismo Taratuto –fallecido en el año 2005– quien dijo a Crenzel que el Prólogo es “Sábado puro” (Crenzel, 2013, p. 32). Por su parte, y al igual que Taratuto, Alfonsín atribuye la autoría del texto al presidente de la CONADEP (Alfonsín, 2010).

hacernos comprender que únicamente la democracia es capaz de preservar a un pueblo de semejante horror, que sólo ella puede mantener y salvar los sagrados y esenciales derechos de la criatura humana (CONADEP, 1999, p. 11).

c) El Prólogo: los tres terrorismos

El Prólogo del “Nunca Más” comienza de la siguiente manera:

Durante la década del ‘70 la Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto desde la extrema derecha como desde la extrema izquierda, fenómeno que ha ocurrido en muchos otros países. Así aconteció en Italia, que durante largos años debió sufrir la despiadada acción de las formaciones fascistas, de las Brigadas Rojas y de grupos similares. Pero esa nación no abandonó en ningún momento los principios del derecho para combatirlo, y lo hizo con absoluta eficacia, mediante los tribunales ordinarios, ofreciendo a los acusados todas las garantías de la defensa en juicio; y en ocasión del secuestro de Aldo Moro, cuando un miembro de los servicios de seguridad le propuso al general Della Chiesa torturar a un detenido que parecía saber mucho, le respondió con palabras memorables: “Italia puede permitirse perder a Aldo Moro. No, en cambio, implantar la tortura (CONADEP, 1999, p. 7).

Por su parte, en una entrevista que le fuera realizada en plena dictadura, Sabato

formularía las siguientes declaraciones, cuyos contenidos resultan similares a los que años después contendría el Prólogo. Estas declaraciones abonan, pues, la credibilidad del planteo de Taratuto, citado en la Nota 17, acerca de que el Prólogo habría sido escrito por Sábato:

Alemania terminó con el terrorismo sin haber abolido el régimen democrático. Italia, a pesar de todo, está triunfando sobre el terrorismo, en una lección ejemplar de entereza democrática. España, también. Terrorismo hay en todas partes y por eso no ha dejado de funcionar ninguna de las grandes democracias. En cambio al revés, cuando se responde al terrorismo, ya sea de la izquierda o de la derecha, con el terrorismo estatal, ha triunfado el terrorismo, porque el terrorismo estatal es terrorismo, y es el peor, porque tiene todo el beneficio y el poderío de sus fuerzas (López Saavedra, 1982, p. 28).

La comparación hecha con el caso italiano, así como también esta última referencia a “responder al terrorismo de izquierda o de derecha con el terrorismo estatal”, nos permiten inferir que, cuando en el texto se alude al terror proveniente de la extrema derecha, el prologuista no se está refiriendo al terror dictatorial instalado en 1976 sino al operado desde bandas ideológicamente afines a los grupos neofascistas italianos. Lo anterior, tratándose del caso argentino, nos lleva a pensar especialmente en la Alianza Anticomunista Argentina, más conocida como la

Triple A, grupo parapolicial organizado bajo la tutela del ex-policía José López Rega, hombre de la extrema derecha peronista que fuera ministro del interior en el período 1973-1975 –presidencias de Héctor J. Cámpora, Raúl Lastiri, Juan Domingo Perón y María Estela Martínez de Perón–.

Esta referencia al terrorismo paraestatal o parapolicial no siempre es comprendida por los autores que han analizado el Prólogo, quienes tienden a asociar el terrorismo de extrema derecha con el terror ejercido por la dictadura. Como excepción, destacamos el caso de Vezzetti (2002), quien señala cómo en vísperas del golpe que dio inicio a la dictadura aparecía en la visión de muchos la representación de dos formas intolerables de terrorismo: el de ultraizquierda y de ultraderecha, enfrentados en la escena social. Concretamente, el discurso de orden esgrimido por las Fuerzas Armadas aludía a ese enfrentamiento entre los dos extremos a fin de legitimar la intervención que habría de devolver al Estado el monopolio de la violencia (Vezzetti, 2002). Sobre este particular, destacamos que la proclama golpista del 24 de marzo de 1976 atribuye al gobierno depuesto la “carencia de soluciones para problemas básicos de la Nación, cuyo resultado ha sido el incremento permanente de **todos los extremismos**” (Clarín, 25/3/76, p. 4). (el destacado es nuestro)

La respuesta a la violencia por parte de la dictadura solo aparecerá en el siguiente párrafo, en cual se señala:

a los delitos de los terroristas, las fuerzas armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor que el combatido, porque desde el 24 de marzo de 1976 contaron con el poderío y la impunidad del Estado absoluto, secuestrando, torturando y asesinando a miles de seres humanos (CONADEP, 1999, p. 7). (el destacado es nuestro)⁷

Las fuerzas armadas aparecen, por consiguiente, en un momento posterior del drama. Por otra parte, el texto no equipara la violencia de las organizaciones armadas revolucionarias con la del Estado: claramente se señala que el terrorismo de las fuerzas armadas es “infinitamente peor”.

d) El Prólogo: ¿quiénes fueron las víctimas de la represión?

Otro de los párrafos más significativos del Informe señala:

se sabía de tantos que habían sido tragados por aquel abismo sin fondo sin ser culpable de nada; porque la lucha contra los “subversivos”, con la tendencia que tiene toda caza de brujas o de endemoniados, se había convertido en una represión demencialmente generalizada, porque el

epíteto de subversivo tenía un alcance tan vasto como imprevisible. En el delirio semántico, encabezado por calificaciones como “marxismo-leninismo”, “apátridas”, “materialistas y ateos”, “enemigos de los valores occidentales y cristianos”, todo era posible: desde gente que propiciaba una revolución social hasta adolescentes sensibles que iban a villas-miseria para ayudar a sus moradores. Todos caían en la redada: dirigentes sindicales que luchaban por una simple mejora de salarios, muchachos que habían sido miembros de un centro estudiantil, periodistas que no eran adictos a la dictadura, psicólogos y sociólogos por pertenecer a profesiones sospechosas, jóvenes pacifistas, monjas y sacerdotes que habían llevado las enseñanzas de Cristo a barriadas miserables. Y amigos de cualquiera de ellos, y amigos de esos amigos, gente que había sido denunciada por venganza personal y por secuestrados bajo tortura. Todos, en su mayoría inocentes de terrorismo o siquiera de pertenecer a los cuadros combatientes de la guerrilla, porque éstos presentaban batalla y morían en el enfrentamiento o se suicidaban antes de entregarse, y pocos llegaban vivos a manos de los represores (CONADEP, 1999, p. 9).

En términos más simples: “los justos habrían pagado por los pecadores”. Pero como bien puede apreciarse, entre represores, guerrilleros e “inocentes” se ha diluido la violencia de la Triple A, ausente por completo ahora del relato. Las tres violencias se reducen a dos. Por

7 Podría desprenderse de esta afirmación un dato carente de todo sustento fáctico: el Prólogo señala que a los delitos de terroristas, que según se dijo en el primer apartado eran tanto de extrema derecha como de extrema izquierda, se les respondió con el terrorismo de los militares. Una interpretación equivocada podría llevar a suponer que también los integrantes de la Triple A habrían sido reprimidos por la dictadura, hecho que jamás ocurrió.

otra parte, el sentido del Prólogo no se centra en la existencia de un “demonio” combatiendo a otro “demonio”, sino en una represión generalizada que alcanza a “víctimas inocentes”. De hecho, el “Nunca Más” insiste en afirmar que, contrariamente a lo sostenido por los represores, no solo se persiguió a los integrantes de organizaciones que practicaron actos de terrorismo sino también a los participantes en luchas gremiales o estudiantiles, intelectuales opositores a la dictadura y hasta familiares, amigos u otras personas que figuraban en la agenda de alguien a quien el régimen consideraba subversivo (CONADEP, 1999).

e) **El Prólogo: el terrorismo de Estado como metáfora del infierno**

El Prólogo no hace referencias a lo “demoníaco” aunque sí recurre al uso de analogías infernales, las cuales aparecen solamente cuando se alude al terror estatal que “conllevó el pisoteo de todos los principios éticos que las grandes religiones y las más elevadas filosofías erigieron a lo largo de milenios de sufrimientos y calamidades” (CONADEP, 1999, p. 7-8) Así, la maquinaria represiva es definida como “tecnología del infierno” (CONADEP, 1999, p. 8), mientras que, al referir a los centros clandestinos de detención, el Prólogo expresa que en las puertas de estos bien podrían haber sido inscriptas “las mismas palabras que Dante leyó en los portales del infierno: ‘Abandonad toda esperanza, los que entráis’” (CONADEP, 1999, p. 8-9). Los sobrevivientes de los centros son

presentados, finalmente, como aquellos que “*podieron salir del infierno*” (CONADEP, 1999, p. 10).

f) **Crítica de la lucha armada, sí; demonización, no**

Ya a poco de finalizar, el Prólogo procede a la defensa de los integrantes de la CONADEP, los cuales habrían sido acusados:

de denunciar sólo una parte de los hechos sangrientos que sufrió nuestra nación en los últimos tiempos, silenciando los que cometió el terrorismo que precedió a marzo de 1976, y hasta de alguna manera, hacer de ellos una tortuosa exaltación (CONADEP, 1999: 11).

Sobre el particular, el prologuista aclara:

nuestra Comisión ha repudiado siempre aquel terror, y lo repetimos una vez más en estas mismas páginas. Nuestra misión no era la de investigar sus crímenes sino estrictamente la suerte corrida por los desaparecidos, cualesquiera que fueran, proviniesen de uno u otro lado de la violencia. Los familiares de las víctimas del terrorismo anterior no lo hicieron, seguramente, porque ese terror produjo muertes, no desaparecidos (CONADEP, 1999: 11).

El Prólogo se ha concentrado, pues, en la violencia de las organizaciones armadas revolucionarias y en el Estado terrorista como su respuesta, utilizando solo

las metáforas de lo infernal al referirse a esta última. La dilución de la presencia de la Triple A en el texto atribuido a Sábato puede deberse precisamente a que los integrantes de aquella no tuvieron desaparecidos –el sujeto central de las investigaciones de la CONADEP–. Tampoco perpetraron desapariciones forzadas de personas: ante todo sus operativos consistían en secuestros y asesinatos con posterior aparición de los cadáveres, o bien en atentados con explosivos (González Janzen, 1986: 16).⁸ En ese sentido, remarcamos algo ya mencionado con anterioridad: pese a que en sus comienzos el Prólogo habla de tres violencias y en tanto su relato –así como el del Informe en su totalidad– irá reduciéndose paulatinamente a dos, a medida que avanzamos en su lectura podemos decir que el “Nunca Más” va construyendo lo que, a falta de un mejor nombre, llamaremos una “memoria trunca de las tres violencias”.

Reflexiones finales

Con base en lo anteriormente expuesto, corroboramos la existencia de diferencias entre la “teoría de los dos demonios” formulada por Alfonsín y la visión del pasado construida por el Prólogo del “Nunca Más”.

8 Tampoco la violencia de las organizaciones armadas revolucionarias produjo desapariciones forzadas de personas, acciones que solo fueron perpetradas desde el Estado. Por esa razón, a pesar de hablar de los desaparecidos “cualesquiera que fueran, proviniesen de uno u otro lado de la violencia”, los integrantes de la CONADEP bien sabían que las desapariciones solo se habían producido desde “un lado de la violencia”: el terrorismo de Estado.

Cerraremos el trabajo sintetizando aquellas diferencias:

1. A diferencia de Alfonsín, el “Prólogo” no suscribe la llamada “teoría de los dos demonios”, sino lo que hemos llamado una “memoria trunca de las tres violencias”. Esta diferencia radica en el hecho de que el Prólogo hace referencia a la violencia parapolicial encarnada en la Triple A –si bien no la menciona–, mientras que aquella se encuentra totalmente ausente en el planteo de Alfonsín.
2. A diferencia de Alfonsín, y a pesar de rechazar el accionar de las organizaciones armadas revolucionarias, el Prólogo no “demoniza” a estas últimas. De hecho no existen referencias a “demonio” alguno en el texto atribuido a Sábato. La alusión a lo infernal solo aparecerá en el Prólogo para referir a las prácticas represivas de las fuerzas armadas.
3. Si bien la “teoría de los demonios” y la “memoria trunca de las tres violencias” coinciden en minimizar el contexto social en el cual surgieron las formas de violencia que ambas memorias critican, Alfonsín alude a la funcionalidad del golpe de 1976 y de la dictadura a los intereses de la oligarquía –más allá de la ya referida ambigüedad con la cual define a dicho actor social–. También señala la violencia y la ajuridicidad como características

del sistema político argentino desde 1930, lo que implica al menos una referencia –limitada pero real– a las condiciones sociales e históricas en las cuales surgieron los diversos tipos de violencia. Por el contrario, el Prólogo carece de toda referencia a dichas condiciones.

4. Si bien Alfonsín reconocía también que al reprimir a las organizaciones armadas, prescindiendo de la ley y la justicia, se terminaría sacrificando inocentes, el Prólogo pone un mayor énfasis en el caso de las personas secuestradas y/o desaparecidas, a quienes la CONADEP consideraría “víctimas inocentes”, esto es, no vinculadas a las organizaciones armadas. Más allá de lo polémico que resulta el uso del término “inocentes” –que tanto en el planteo de Alfonsín como en el del Prólogo presumen “ausencia de culpas” y no ajenidad a la militancia política–, creemos que al menos el texto atribuido a Sábato ejerce su política de la memoria de un modo menos esquemático, lo que le permite, a pesar de su omisión de las condiciones sociales e históricas en las cuales surgieron los diversos tipos de violencia, dejar abierta la posibilidad de indagar más a fondo en la historia y los objetivos de la dictadura y la represión. Estos no se habrían limitado al

combate contra las organizaciones armadas –conjetura que no se desprende tan explícitamente de la visión de Alfonsín–, sino también a la eliminación de todo tipo de militancia político-social – “adolescentes sensibles”, sacerdotes y monjas, sindicalistas, etc. – de carácter transformador, lo que sugiere un tácito reconocimiento del contenido social y políticamente conservador de la dictadura. Este dato suele ser omitido cuando se enfoca el tema de la violencia y la represión desde la condena en general al terrorismo de Estado.

5. Finalmente, las diferencias entre la “teoría de los dos demonios” y la “memoria trunca de las tres violencias” que hemos enumerado –pese a que, como ya se ha dicho, no llegan a constituirse en antagónicas– nos hablan de algo a lo que referíamos en la introducción: la confrontación permanente entre la memoria hegemónico-dominante forjada desde el Estado y otras memorias. Pero el caso que nos ha ocupado es sin duda curioso en tanto la visión diferente no proviene desde un grupo opositor a quienes ejercían en 1984 la jefatura de Estado, sino desde el ámbito mismo de una comisión dependiente de dicha jefatura. Bien podría decirse que, más allá de

las intenciones originales de los actores en juego, el Prólogo del “Nunca Más” atribuido a Sábatto ha cuestionado “desde adentro”, con su “memoria trunca de las tres violencias”, el poder de imposición de la “teoría de los dos demonios”.

Referencias

- Alfonsín, R. (1981). *La cuestión argentina*. Santa Fe: Editorial Propuesta Argentina.
- Alfonsín, R. (1983a). *Ahora. Mi propuesta política*. Buenos Aires: Sudamericana-Planeta.
- Alfonsín, R. (1983b). *¿Qué es el radicalismo?* Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Alfonsín, R. (1987). *El poder de la democracia*. Buenos Aires: Ediciones Fundación Plural.
- Alfonsín, R. (1992). *Alfonsín responde*. Buenos Aires: Tiempo de Ideas.
- Alfonsín, R. (2010). *Fundamentos de la república democrática. Curso de Teoría del Estado*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Alfonsín, R. (2013). *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Bourdieu, P. (1990). “Espacio social y génesis de las clases”. En: Bourdieu, P. *Sociología y cultura*. México: Editorial Grijalbo.
- Bourdieu, P. (2000). “Espacio social y poder simbólico”. En Bourdieu, P. *Cosas dichas* Barcelona: Gedisa Editorial.
- Calveiro, P. (2004). “Puentes de la memoria: Terrorismo de Estado, sociedad y militancia”. *Lucha armada en la Argentina* N° 1. Buenos Aires: Ejercer la memoria editores.
- CONADEP. (1999). *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*. Buenos Aires: EUDEBA.
- CONADEP. (2006). *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Crenzel, E. (2008). *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Crenzel, E. (2013). “La configuración de una nueva lectura del pasado de violencia en la Argentina. El Prólogo del Nunca Más y la teoría de los dos demonios”. En *Anuario 2013 Lucha Armada en la Argentina*. Buenos Aires: Ejercer la memoria editores.
- Equipo NIZKOR. (a). *Decreto de la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*. Recuperado de: <http://www.derechos.org/ddhh/arg/ley/conadep.txt>
- Equipo NIZKOR. (b). *Juicio Sumario ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas*. Recuperado de: <http://www.derechos.org/ddhh/arg/ley/sum.txt>
- Equipo NIZKOR. (c). *Ley 23.492. Punto Final*. Recuperado de: <http://www.derechos.org/ddhh/arg/ley/final.txt>
- Equipo NIZKOR. (d). *Ley 23.521. Ley de Obediencia Debida*. Recuperado de: <http://www.derechos.org/ddhh/arg/ley/ley23521.txt>

- Fernández, A. (1992). *Política comparada. Tipos y características de los Estados actuales*. Buenos Aires: Fundación Universidad a Distancia Hernandarias.
- Franco, M. (2011). "Violencia, autoritarismo y democracia (1973-1976)". En Alonso, F.; Bacolla, N.; Carrizo, B. y Maina, M. (coords.). *Justicia y derechos humanos en la construcción de la democracia*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.
- Franco, M. (2014). "La "teoría de los dos demonios": un símbolo de la posdictadura en la Argentina". *A Contra Corriente* 11 (2). Departamento de Lenguas y Literatura Extranjera. North Carolina State University. Recuperado de: <http://acontracorriente.chass.ncsu.edu/index.php/acontracorriente/article/view/806/1341#.VCVqdWeSwbA>
- Ginzberg, V. (2006). *De los dos demonios al terrorismo de Estado*. Página 12. Recuperado de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-66922-2006-05-15.html>
- González Janzen, I. (1986) *La Triple-A*. Buenos Aires: Editorial Contrapunto.
- Groppo, B. (2014). "Políticas de la memoria y políticas del olvido en Europa central y oriental después del fin de los sistemas políticos comunistas". En: Flier, P. y Lvovich, D. (coords.) *Los usos del olvido. Recorridos, dimensiones y nuevas preguntas*. Rosario: Prohistoria ediciones.
- Jelin, E. (2000). "Memorias en conflicto". *Puentes* N° 1. La Plata: Centro de Estudios por la Memoria.
- Jelin, E. (2002). *Los trabajos de la memoria*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- López Saavedra, E. (1982). "La Argentina y la democracia según Ernesto Sábato". *Redacción* N° 111. Buenos Aires: Editorial Réplica.
- López Saavedra, E. (1984a). "Habla un miembro de la comisión que investiga sobre desaparecidos". *Redacción* N° 131. Buenos Aires: Editorial Réplica.
- López Saavedra, E. (1984b). "Los derechos humanos en la Argentina". *Redacción* N° 140. Buenos Aires: Editorial Réplica.
- López, M. y Korn, G. (1997). *Sábato o la moral de los argentinos*. Buenos Aires: América Libre.
- Lvovich, D. y Bisquert, J. (2008). *La cambiante memoria de la dictadura. Discursos públicos, movimientos sociales y legitimidad democrática*. Los Polvorines: Universidad General Sarmiento. Buenos Aires: Biblioteca Nacional.
- Mero, R. (1988). *Conversaciones con Juan Gelman. Contraderrota, Montoneros y la revolución perdida*. Buenos Aires: Editorial Contrapunto.
- Montero, A. (2012). *¡Y al final un día volvimos! Los usos de la memoria en el discurso kirchnerista (2003-2007)*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Novaro, M. (2010). "Formación, desarrollo y declive del consenso alfonsínista sobre derechos humanos". En: Gargarella, R.; Murillo, M. y Pecheny, M. *Discutir Alfonsín*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Proyecto Desaparecidos. (S/D). *Decreto 157 de 13 de diciembre de 1983 Texto completo*. Recuperado de: <http://www.desaparecidos.org/arg/doc/secretos/tesis02.htm>

- Rosemberg, D. (2010). *Marshall Meyer. El rabino que le vio la cara al diablo*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- Rubinzel, D. (2014). *Ahora, Alfonsín. Política y economía en tiempos del gobierno de Raúl Ricardo Alfonsín (1983-1989)*. Buenos Aires: Instituto Movilizador de Fondos Cooperativos.
- S/A (29 de junio de 1983). "Propuesta de Alfonsín para restablecer el estado de derecho". *Clarín*, p. 10.
- S/A. (13 de setiembre de 1979). "Documento de Raúl Alfonsín. Diario". *Clarín*, p. 7.
- S/A. (24 de junio de 1983). "El jefe de la Policía bonaerense afirmó que no pedirá su relevo". *Clarín*, p. 2.
- S/A. (25 de marzo de 1976). "La proclama del nuevo gobierno". *Clarín*, p. 4.
- Senkman, L. (2001). "La derecha y los gobiernos civiles, 1955-1976". En : Rock, D.; Mc Gee Deutsch, S.; Rapalo, M. et al. *La derecha argentina. Nacionalistas, neoliberales, militares y clericales*. Buenos Aires: Javier Vergara Editor.
- Veiga, R. (1985). *Las organizaciones de derechos humanos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Vezzetti, H. (2002). *Pasado y Presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Villalba Welsh, A. (1984). *Tiempos de ira, tiempos de esperanza*. Buenos Aires: Rafael Cedeño Editor.

Recibido: 20/11/2014 • Aceptado: 27/8/2015



LOS ARGUMENTOS LIBERALES Y REPUBLICANOS EN TORNO A LA LEY DE CADUCIDAD EN URUGUAY: UNA MIRADA DESDE LA POSICIÓN DE LOS ACTORES DEL SISTEMA POLÍTICO

DR. MARTÍN FREIGEDO PELÁEZ*

Resumen

En su mayoría, los crímenes contra los derechos humanos cometidos por el Estado uruguayo en el período previo a la dictadura cívico-militar, y durante la misma, aún están impunes. Esto es consecuencia, en parte, de la aprobación en 1986 de la ley de Caducidad Punitiva del Estado, que limita al Poder Judicial a intervenir sobre estos. Sin embargo, las discusiones políticas en torno a las violaciones de los derechos humanos están latentes y son parte de un proceso que todavía no tiene un punto final. En este sentido, las posiciones de los actores del sistema político han sido muy disímiles y han cambiado según la coyuntura política del país. En este artículo se presentan las posiciones liberales y republicanas de dichos actores para argumentar sus posturas en torno a la vieja discusión teórica sobre los derechos humanos y la soberanía popular.

Palabras clave: derechos humanos, soberanía popular, Uruguay.

Abstract

Most of the crimes against human rights committed by the Uruguayan government during the military dictatorship period remain unpunished. This is due in part, by the adoption in 1986 of Law on the Expiration of the Punitive Claims of the State, limiting the judiciary to intervene over such crimes. However, policy discussions about the violations of human rights are still present and far from an endpoint. The actors of the political system have taken very different positions over this matter with changes according to the political situation of the country. In this article, we present the liberal and republican positions of these actors to argue their attitude towards the old theoretical discussion of human rights and popular sovereignty.

Keywords: human rights, popular sovereignty, Uruguay.

* Uruguayo. Licenciado en Ciencia Política por la Universidad de la República (Uruguay), Máster en Políticas Públicas por la Universidad Autónoma Metropolitana (México) y Doctor en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-México). Investigador y docente del Instituto de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales y del Instituto de desarrollo, innovación e inclusión social de la Universidad de la República.



Este ensayo tiene como objetivo analizar los argumentos teóricos que están detrás de las posiciones que han tomado los principales actores del sistema político uruguayo en torno a un asunto en particular: la ley 16.848 de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado¹ que limita la posibilidad de juzgar a los militares que cometieron violaciones a derechos humanos durante la dictadura cívico-militar que existió en Uruguay entre 1973 y 1985. El argumento central de este trabajo, y que se intentará demostrar, es que las posiciones tomadas en torno a la ley de Caducidad no siempre son congruentes con los postulados teóricos, y muchas veces resultan contradictorias.

Para este cometido, se hará un ejercicio con base en el análisis de los discursos² esgrimidos por los actores políticos, entendiendo que dicho método puede ser el medio para enmarcar dentro de algunas de las teorías normativas de la filosofía política³ las posiciones de los actores. Es poco común encontrar explícitamente en los discursos de los políticos fundamentos teóricos, por tanto, como señala Pettit: “cualesquiera, que sean las cosas adicionales que pueda hacer el filósofo político, uno

1 En adelante ley de Caducidad.

2 Se va entender por discurso “toda práctica articuladora (sea de naturaleza lingüística o extra lingüística) que constituye y organiza relaciones sociales mediante configuraciones de sentido” (Panizza, 1990, p. 11).

3 Siguiendo a Salazar: “la filosofía política es una teoría normativa de lo que debería ser, racionalmente, el fundamento de la obligación política, o una teoría también puramente normativa de la justicia...” (2004, p. 15).

de sus proyectos más obvios debe ser el examen de los lenguajes de la discusión y de la legitimación políticas (...)” (1999, p. 19).

Específicamente, se presentan las posturas de los actores de izquierda (asociada a la coalición política Frente Amplio –FA–), la de los actores de derecha (principalmente representados por los partidos tradicionales, el Partido Colorado –PC– y el Partido Nacional –PN–) y la tomada por la Suprema Corte de Justicia (SCJ), perteneciente al Poder Judicial (PJ)⁴. Me voy a centrar en el debate sobre la ley de Caducidad a partir del plebiscito que se llevó a cabo para anularla en el año 2009⁵.

Para este cometido, se tomarán dos de las teorías fundamentales del pensamiento político moderno: el liberalismo político y el republicanismo, entendiendo que ambas le otorgan un peso diferente a la discusión que está detrás de la ley: derechos humanos y soberanía popular. Mientras que el liberalismo prioriza a los derechos humanos, los republicanos le dan más valor a la soberanía popular (Habermas, 2004).

El artículo está dividido en cuatro secciones. En la primera se plantean los principales elementos que componen las dos teorías, partiendo

4 Con el fin de reconstruir los argumentos de los actores se utiliza información secundaria, básicamente sesiones parlamentarias y notas de prensa.

5 Si bien este ensayo se centra en las posiciones asumidas a partir del plebiscito del 2009, en la reconstrucción histórica del proceso se hará mención a algunas posturas de estos mismos actores.

de la base de que si bien se pueden presentar algunos puntos en común, las diferencias son significativas y permiten encontrar las posiciones disímiles de los actores políticos sobre este tema (Gargarella, 2004).

En la segunda sección se presentan, de manera muy acotada, las principales características del quiebre democrático y la posterior dictadura, haciendo referencia a las razones que permitieron la aprobación de la ley de Caducidad.

La tercera se basa en la reconstrucción del proceso que está detrás de la ley. En este sentido, se plantean tres etapas diferentes: la primera se inicia con la aprobación de la ley hasta el referéndum que plantea su derogación en 1989, la segunda se desarrolla desde el año 2000⁶ (con la creación por iniciativa del presidente Jorge Batlle de la Comisión para la Paz), culminando en el 2006 con el procesamiento por los crímenes cometidos durante la dictadura de algunos militares y políticos relevantes del golpe de Estado perpetuado en 1973; el tercer período, sobre en el que más se va a centrar

6 El período que va desde 1989 hasta 2000 se lo puede denominar como una etapa nula en cuanto a los avances en relación con la discusión en torno a las violaciones de los derechos humanos. Según Álvaro Rico, historiador e investigador sobre los crímenes cometidos durante la dictadura: "Con 1989 vino esa etapa más árida, que se extendió hasta los años 2000, años marcados por la indiferencia, donde faltó legitimidad social para investigar, porque el discurso que se impuso en la opinión pública apuntaba a dar vuelta la página, al borrón y cuenta nueva, a no tener ojos en la nuca. Fue un período de crisis".

este ensayo, inicia con el plebiscito no aprobado por la ciudadanía para anular la ley en el 2009 y culmina en febrero de 2013 con la resolución de la SCJ (<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>)⁷ de declarar inconstitucional algunos de los artículos de la ley interpretativa de la ley de Caducidad aprobada por el Poder Legislativo (PL) en el 2011.

El cuarto apartado analiza las posturas de los actores, dividiendo el análisis en tres partes: primero las posiciones del FA, luego las de los partidos tradicionales y por último se va a poner en discusión las decisiones tomadas por la SCJ a lo largo de todo el período, tratando de poner en consideración si este último actor ha cumplido o no con una premisa fundamental de la teoría liberal: la independencia del PJ. Por último, se realizan una serie de conclusiones que buscarán reafirmar los argumentos planteados.

Liberalismo político y republicanismo: algunos elementos fundamentales

Voy a intentar aquí establecer algunas características fundamentales de ambas tradiciones teóricas, con la advertencia de que seguramente van a ser insuficientes para entender cabalmente cada

7 La SCJ es el máximo órgano del Poder Judicial y tiene entre sus cometidos "La declaración de inconstitucionalidad de las leyes (...) y la consiguiente inaplicabilidad al caso de las disposiciones afectadas por ella..." (art. 256 - 261 Const. y 508 - 523 Código General del Proceso).

una de ellas. Pretendo únicamente que estas aproximaciones sean útiles para luego analizar las posturas de los actores del sistema político uruguayo en relación con la ley de Caducidad.

A pesar de que a lo interno de cada una de estas corrientes se pueden identificar diversidad de concepciones, y que entre sí las mismas no solo encuentran puntos de controversia, sino también de contacto, presentaré algunas características distintivas que permitan diferenciarlas entre sí.

El liberalismo ha sido la corriente dominante de la teoría política moderna; esta relevancia puede apreciarse en la difusión y respaldo de varias de sus propuestas principales: el equilibrio de poderes, el respeto a los derechos individuales, el gobierno representativo y el libre mercado (Gargarella, 2002).

No existe una sola concepción de liberalismo, se pueden distinguir por lo menos tres tipos: moral, económico y político. Se presentan posiciones encontradas en cuanto a si se pueden pensar como corrientes diferentes o no, sin embargo para clarificar lo que aquí se intenta resaltar voy a tomar por separado y me centraré fundamentalmente en el liberalismo político.

El liberalismo moral parte del individualismo ético y del concepto kantiano de autonomía. Por su parte, el liberalismo económico busca un Estado mínimo, aunque poderoso a la hora de satisfacer el funcionamiento del mercado.

Por último, el liberalismo político parte de una premisa fundamental: “el poder debe limitarse”; desconfía del poder y de su acumulación. Siguiendo los fundamentos de esta corriente, existen dos componentes que hacen posible este cometido: la protección de la libertad de los individuos y la separación de las esferas de poder. Como señala Gargarella: “si existe un rasgo que ha convertido al liberalismo en una doctrina novedosa y merecedora del mayor conocimiento, este es el referido a su defensa de los derechos individuales” (2002, p. 75).

En este sentido, el liberalismo prioriza los derechos individuales ante la soberanía popular, de hecho, ese poder de la mayoría es a lo que trata de escapar: “A partir de tal riesgo le preocupa sostener un conjunto de derechos individuales inviolables, y a partir de allí, también concibe a la libertad como ‘libertad frente a la voluntad democrática’” (Gargarella, 1999, p. 175).

El otro elemento que establece el liberalismo político para limitar el poder parte de una de las premisas básicas del pensamiento de Locke: “Después de un complicado proceso de elaboración teórica y de implementación práctica, algunas tesis propuestas por Locke se materializaron en un tipo de Estado que descasaba sobre la separación de las tres esferas de poder: El Estado Liberal” (Salazar, 2000, p. 80). Sobre estas dos premisas básicas voy a intentar analizar si los argumentos esgrimidos por los actores políticos en torno a la ley de

Caducidad corresponden o no con esta corriente teórica de pensamiento.

Las ideas republicanas resurgen a finales de los sesenta y setenta como respuesta a algunos postulados liberales. El trabajo de varios historiadores (Wood, Pocock, Skinner, por ejemplo) de búsqueda de fuentes republicanas en la tradición política angloamericana permitió a esta corriente introducirse en el debate de la filosofía política con gran ímpetu.

Una primera característica que podemos señalar como típicamente republicana es la hostilidad a la dominación y por tanto una gran importancia otorgada a la libertad. Es una libertad que debe gozar el Estado, y a lo interno del este, sus ciudadanos: “los republicanos clásicos se preocupaban por elogiar a aquellos que Nadham denominó, en tono imponente, la excelencia del Estado libre” (Skinner, 2004, p. 104).

La libertad a la que se refieren es pensada desde la posibilidad de la participación ciudadana, de la posibilidad de autogobierno, y no desde la salvaguarda de una esfera privada particular (a diferencia del liberalismo). Siguiendo a Gallardo: “El ideario básico republicano (...) se distingue por una concepción pública o positiva de la libertad, ejercida –y no solo ‘protegida’ o instituida como derecho u oportunidad– en espacios públicos, entre y con otros” (2001, p. 41).

Esta conceptualización de la libertad está estrechamente vinculada con la

posibilidad de alcanzar el autogobierno, tanto personal como colectivo, otra preocupación fundamental de esta corriente. Para lograrlo, el Estado debe promover la participación en la vida pública, evitando que el ciudadano se recluya en la esfera privada. Se busca entonces un ciudadano comprometido, por lo que “la propuesta republicana implicaba fuertes demandas a los ciudadanos” (Gargarella, 1999, p. 164). La noción de virtud cívica que orienta los principios republicanos, entendida como búsqueda del bien común, carga la balanza del lado de los deberes, ya que cada ciudadano se debe sentir responsable por el bien de los demás, trascendiendo los intereses particulares. Debe ser un ciudadano comprometido con la suerte de sus pares. Por tanto, se deben diseñar mecanismos institucionales que amparen esta libertad de acción y que promuevan la virtud cívica. En el contexto de las democracias de masas representativas, los institutos de democracia directa son útiles para asegurar la participación de los ciudadanos en algunas decisiones de particular interés.

Por otro lado, en la visión republicana, el ciudadano tiene derechos, pero estos son construidos políticamente, no son prepolíticos como los planteados por las corrientes liberales, en el sentido de que son resultado de ciertos acuerdos y normas que se establecen en el marco del vínculo entre ciudadano, por tanto se transforman en derechos de los ciudadanos y no derechos humanos.

Por último, es importante remarcar que, a diferencia del liberalismo, que se basa en el miedo a la mayoría para limitar el poder, el republicanismo “por el contrario busca apoyarse en la voluntad mayoritaria. La principal amenaza, en este caso, parece provenir de las minorías opresoras (...) el republicanismo tiende a concebir a la libertad (...) como consecuencia del autogobierno de la comunidad” (Gargarella, 1999, p. 175).

El período dictatorial y la aprobación de la ley de Caducidad

En 27 de junio de 1973 se instauró en el Uruguay una dictadura que quebró por 12 años la forma de gobierno imperante hasta ese momento: la democracia. El presidente electo en 1971, Juan María Bordaberry, disolvió las cámaras del Poder Legislativo y dio un golpe de Estado que perduró por doce años. La inestabilidad política y la situación económica fueron las causas más significativas que permitieron dicho quiebre.

Como consecuencia de este régimen de gobierno, desde 1968 (año en que se recrudece el enfrentamiento como consecuencia de implantación por decreto del Estado de sitio por medio de las Medidas Prontas de Seguridad) se perpetuaron violaciones a los derechos humanos que fueron reafirmadas por sus protagonistas y por las investigaciones sobre torturas, violaciones, desapariciones y muertes durante estos años, que han mostrado un proceso de sistemáticas transgresiones a los derechos.

En 1980, con el objetivo de legitimar su poder, el gobierno dictatorial decidió convocar a referéndum a la ciudadanía, “tras algunas vacilaciones respecto al rol de los partidos políticos en el nuevo esquema, las Fuerzas Armadas ofrecieron una reforma constitucional que introducía normas autoritarias y antidemocráticas en el odre viejo del «edicto perpetuo» nacional” (Rilla, 1997, p. 4). El 56 % de los ciudadanos votó en contra del plebiscito, lo que permitió comenzar a establecer las bases para el retorno a la democracia. En 1984, luego del famoso Pacto del Club Naval⁸, se llevaron adelante las elecciones por las cuales resultó vencedor Julio María Sanguinetti por el Partido Colorado. Uno de los retos de este nuevo gobierno era establecer los mecanismos para solucionar una tensión que, después de más de 30 años, aún estaba latente: la violación de los derechos humanos durante el período dictatorial.

La reconstrucción del proceso

La aprobación de la ley de Caducidad y el referéndum de 1988

Con la restauración del Estado de derecho, las víctimas comenzaron a reclamar por los delitos cometidos por el Estado. La justicia militar pretendió asumir competencia y ser ellos los que juzgaran dichos

8 Refiere al acuerdo alcanzado entre los máximos jerarcas militares y representantes de todos los partidos políticos (FA, PC, PN y Unión Cívica) con el fin de establecer los canales para el retorno a la democracia. Como consecuencia de dicho acuerdo no pudieron participar de las elecciones de 1984 Liber Seregni por el FA, Jorge Batlle por el PC y Wilson Ferreira Aldunate por el PN.

crímenes, pero la SCJ reclamó para sí el derecho. Con este escenario, los militares denunciados manifestaron públicamente que no se presentarían ante la justicia por dichos crímenes. Como consecuencia, y con el principal argumento de mantener la paz y la estabilidad institucional⁹, el parlamento aprobó la ley de Caducidad. A partir de la aprobación de esta ley, la pretensión punitiva del Estado caducaba para las fuerzas militares y policiales que habían cometido delitos durante el período dictatorial.

Por tanto, la norma ató de manos la independencia del Poder Judicial ante la posibilidad de juzgar los crímenes de la dictadura y, en consecuencia, limitó la investigación de los hechos denunciados a una decisión política del Poder Ejecutivo frente a cada requerimiento del PJ (artículo 3, ley 15.848)¹⁰. De todas formas, desde 1985 y hasta la fecha se han presentado diversas denuncias contra los crímenes cometidos ante el PJ, sin embargo, por el artículo 3 de la ley, el PE nacional no ha permitido su intervención. Recién en el 2005 con la llegada al gobierno del Frente Amplio,

el PJ comenzó a intervenir sobre las violaciones de derechos humanos durante la dictadura.

No pretendo aquí examinar la ley en sí, pero dado que el tema de la democracia está en el trasfondo del análisis, es imposible dejar de hacer mención a un punto en donde esta norma rompe directamente con los principios democráticos. Esta ley viola la independencia de poderes dentro de una democracia, “no solo es una rareza normativa, sino que viola directamente la Constitución (artículo 257) y las bases sobre las que se asienta la República (sistema de división de poderes), porque proclama: “[...] si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se haya comprendido, dispondrá continuar la indagatoria” (Galaín, 2011, pp. 119-120).

El primer episodio significativo, una vez aprobada la norma, se dio en 1988 cuando, luego de un arduo trabajo¹¹ y de cuestionamientos constantes, se juntaron las firmas necesarias para llamar a un referéndum que planteó la opción de anularla en 1989. El resultado fue negativo, con un 56 % de los votos la opción del “No” resultó vencedora y la ley se mantuvo vigente.

El proceso estuvo marcado por un miedo imperante sobre la posible reacción de

9 El expresidente Sanguinetti ha declarado en reiteradas ocasiones su posición sobre este punto: “Opté por la paz y no por la justicia. Yo no era partidario de ninguna ley de amnistía general. Creía que los crímenes debían pasar por los juzgados. Pero elegí el camino que nos permitió mantener la democracia” en: <http://www.180.com.uy/articulo/6083>.

10 Este artículo tercero dispone que, ante una denuncia penal contra un miembro de las Fuerzas Armadas, el juez interviniente “requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1o de la presente ley”.

11 La constitución de 1967 establecía que para convocar a un referéndum era necesario juntar las firmas de una cuarta parte de la población habilitada para votar, un total de 550 mil firmas.

los militares que recayera sobre la estabilidad institucional; de hecho se puede poner en consideración la existencia o no de una real libertad de expresión en este proceso democrático. Resumiendo brevemente, Bobbio (1997) plantea que uno de los medios para limitar la fuerza del principio mayoritario en una democracia liberal se encuentra en la necesidad de establecer ciertos derechos de libertad, una de esas libertades es la de expresión. Algunos actores afirman que durante el referéndum celebrado en 1988 este principio no se cumplió. Un caso particular lo representa la prohibición por parte del gobierno de emitir un espacio publicitario de los promotores del referéndum. En su libro *La vida te da sorpresas*, del periodista José Luis Guntín relata de manera clara dicho episodio, afirmando que, en calidad de periodista, Guntín fue convocado con urgencia al Edificio Libertad, en donde el presidente en ejercicio tiene su oficina central: “*Estaban*, sentados alrededor de la mesa, Sanguinetti, Tariago, Miguel Ángel Semino, secretario de la Presidencia, Jorge de Feo (Canal 10), el ingeniero Horacio Scheck (Canal 12) y Walter Nessi, prosecretario de la Presidencia”. Y le preguntaron sobre el posible impacto de la cuña publicitaria sobre la campaña. Este confirmó el posible impacto positivo. Luego el relato que ofrece Guntín es contundente:

El silencio y los rostros preocupados aumentaron. Lo rompió De Feo, quien le habló directamente al presidente. Le dijo que si era así, bastaba una palabra suya para que esa publicidad

no apareciese en ninguno de los canales. Lo miró a Scheck, quién asintió. ‘Hablamos ahora con Hugo Romay y ninguno de los avisos aparece. Podemos argumentar que llegaron tarde a los canales y que ya teníamos las tandas completas’, expresó De Feo entusiasmado... Sanguinetti le manifestó a De Feo que sí, que se hiciera así, que no saliese el aviso de Sara Méndez. Lo dijo en tono muy bajo, apenas se oyó, pero sí de forma concluyente... Yo estaba impactado por lo que había presenciado. Un presidente constitucional había prohibido una publicidad de la oposición (2011, p. 209).

Esta situación marca la limitación de las libertades de expresión en pos de mantener el orden y la seguridad, donde está presente la antigua discusión entre libertad y seguridad (orden) comenzada por Hobbes. En este caso se priorizan ciertas directrices que buscan la garantía de la seguridad aunque implique, en consecuencia, la restricción de algunas libertades.

*La intervención del gobierno: la Comisión para la Paz y la aplicación del artículo 4.*¹⁰

El referéndum fue el último hecho de impacto relevante en relación con la ley de Caducidad hasta la llegada al gobierno del presidente Jorge Batlle en el 2000¹². Con este nuevo mandatario

12 Esto no quiere decir que no se hayan continuado con los reclamos de justicia, tanto a nivel nacional como internacional, pero los mismos no tuvieron eco dentro de los tres gobiernos democráticos luego de la dictadura (Sanguinetti en el período 1985-89, Lacalle en 1990-94 y nuevamente Sanguinetti en 1995-99).

se forma la *Comisión para la Paz*¹³ que tenía la función de “recibir, analizar, clasificar y recopilar información sobre las desapariciones forzadas ocurridas durante el régimen de facto” (artículo 1, resolución 858 / 2000); sin embargo, no tenía potestades para investigar coercitivamente, solamente podía recopilar la información necesaria para esclarecer los hechos, pero no sancionar.

Esta comisión buscaba “dar los pasos posibles para determinar la situación de los detenidos-desaparecidos durante el régimen de facto, así como de los menores desaparecidos en iguales condiciones” (resolución 858 / 2000). Los resultados de esta comisión no fueron los esperados, la colaboración para la obtención de información fue escasa y los avances menores (Galaín, 2011).

En el 2005 la situación política del país tuvo un giro muy fuerte, por primera vez el FA gana las elecciones a nivel nacional y el Dr. Tabaré Vázquez asume como presidente. Las expectativas en relación con las medidas que pudiera tomar el nuevo gobierno sobre los crímenes cometidos durante la dictadura eran muchas. Durante la campaña, y de acuerdo con el programa de gobierno, ya se había advertido que el presidente utilizaría el artículo 4° de la ley de Caducidad para permitir investigar algunos casos¹⁴, pero que no la anularía.

13 Se crea mediante la resolución 858/2000, del 9.8.2000.

14 La decisión de no derogar la ley y atenerse a este artículo, redujo el espectro pues sólo fue aplicado inicialmente a los mandos y los civiles no comprendidos en él.

En consecuencia, se realizaron juicios a varios militares, entre ellos al expresidente de facto Gregorio Álvarez, al expresidente Juan María Bordaberry y a su ministro de Relaciones Exteriores, Juan Carlos Blanco; aún hoy se encuentran todos privados de libertad, salvo Bordaberry que falleció en el 2011. Este hecho marcó un cambio radical en la postura del gobierno ante los crímenes cometidos durante la dictadura.

2009-2013: la ley de Caducidad y su relevancia en la agenda pública

Esta postura impulsó con fuerza el tema en la agenda pública y se convirtió en un envío importante para las organizaciones sociales de derechos humanos que comenzaron a recolectar firmas con el fin de derogar la ley de Caducidad por medio de un plebiscito. Así, el 30 de octubre de 2009, junto con las elecciones para elegir presidente y representantes parlamentarios, también los ciudadanos votaron por dos plebiscitos: el primero para aprobar el voto consular y el segundo para derogar la ley de Caducidad.

Ninguno de los dos fue aprobado por la ciudadanía, y si bien son muchas las causas que podrían explicar este resultado (Buriano, 2011), el plebiscito para anular la ley de Caducidad reavivó nuevamente la discusión sobre la violación de derechos humanos durante la dictadura y dejó muy en claro que el tema no estaba cerrado ya que casi la mitad de la población votó por la anulación de dicha ley.

A su vez, otro hecho significativo fue la demanda que presentó Macarena¹⁵ y Juan Gelman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en contra del Estado uruguayo. Esta demanda se refiere a un caso particular de violación de los derechos humanos durante la dictadura: la desaparición forzada de María Claudia García de Gelman, a finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. El resultado fue a favor de la demandante. En su resolución del 24 de febrero de 2011 la CIDH estableció que:

El Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de una investigación efectiva de la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena y la sustracción, supresión y sustitución de identidad y entrega a terceros de María Macarena Gelman, en perjuicio de Juan y María Macarena Gelman (CIDH, 2000, p. 78).

Esto marca un punto de inflexión en las discusiones sobre la ley de Caducidad. Si bien habían existido diversos pronunciamientos internacionales cuestionándola,

¹⁵ Macarena Gelman es hija de María Claudia García de Gelman, detenida y desaparecida en Uruguay durante el período dictatorial.

esta es la primera ocasión en que un organismo internacional sanciona directamente al Estado uruguayo.

Sumando las presiones de las organizaciones sociales de derechos humanos y la resolución de la CIDH en relación al caso Gelman, el FA estableció en su programa de gobierno 2010-2015 la necesidad de anular la ley de Caducidad. Los resultados de las elecciones de 2009 le dieron, por segundo período consecutivo, la mayoría en la Cámara de Senadores y en la Cámara de Diputados a este partido político. Esto posibilitó que en octubre de 2011 se aprobara en ambas cámaras, con los votos de los representantes del FA, una ley que restablecía la pretensión punitiva del Estado. Esta reintegra al Poder Judicial la posibilidad de juzgar a los responsables de los crímenes cometidos durante la dictadura: “Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1.º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N.º 15.848, de 22 de diciembre de 1986” (art. 1, ley n.º 18.813). Como se analizará más adelante, esta ley tuvo una discusión extensa y profunda a nivel parlamentario, donde la polarización de las opiniones se hizo evidente.

La discusión política sobre el tema no tuvo un punto final con la aprobación de esta novel ley en febrero de 2013, ya que la SCJ la dictaminó como inconstitucional dejando sin efectos la consecuencia de los artículos 2º y 3º

dicha norma, estos dos artículos son relativos a la definición de los crímenes y a los períodos de prescripción. Y si bien el artículo primero quedó vigente, lo que hace que no continúe la imposibilidad del Poder Judicial para intervenir, de todas maneras su capacidad está limitada.

La sentencia de la corte, según declaraciones del vocero de la SCJ, Raúl Oxandarabat, justificaba su inconstitucionalidad ya que “uno de estos artículos categorizaba los delitos que se cometieron en dictadura como de lesa humanidad. Eso dice la Corte que es inaplicable y no son declarados de lesa humanidad. Habrá que ver cómo influye la prescripción” (Suprema Corte declara inconstitucional ley de pretensión punitiva, 2013). Esta resolución generó reacciones entre los actores políticos del FA y de las organizaciones de la sociedad civil, cuestionando dicha decisión y manifestándose públicamente.

La postura de los actores: el FA, los partidos tradicionales y la SCJ

Teniendo presente los principales hechos que se han suscitado desde 1986 a esta parte, se analizará ahora la postura de los diferentes actores del sistema político en torno a este tema. Antes de comenzar a presentar dichas posiciones, es necesario plantear un asunto sin el cual es difícil entenderlas. Como señala Gallardo:

El tratamiento de un republicanismo histórico en el Uruguay, a la vez que arroja nuevas luces sobre

la importancia acordada al espíritu público, al protagonismo ciudadano y a las virtudes cívicas en el ciclo fundacional de la democracia uruguaya, pone de manifiesto la imbricación de dicho ideario con preceptos liberales y democráticos de gobierno y de vida pública. Esta constelación de ideas comprende una fuerte adhesión a los valores del civismo republicano, la promoción de las libertades liberales, constitucionales e individuales, y la defensa de los principios y fundamentos de una democracia de partidos (2003, p. 3).

Siguiendo a este autor, la fundación “principista” de la vida política en Uruguay tiene como consecuencia la conjugación de la defensa de las libertades del liberalismo político con ciertas nociones básicas republicanas asociadas al patriotismo, a la virtud cívica y al bien común. Por tanto, siguiendo este argumento, no es de extrañar que las posturas de los actores políticos en torno a la ley de Caducidad se basen en defensas tanto liberales como republicanas. El problema se da, como se demostrará, cuando dichas posiciones se superponen o contradicen.

La postura de los actores del FA

Hay que partir de la base de que la propia composición del FA como coalición política hace que, no solo en el tema de derechos humanos, la postura de los actores sean muchas veces fragmentadas. Por tanto, se torna difícil establecer un patrón unificado de las posiciones, sin

embargo me basaré en algunos puntos concretos: la postura de los referentes del Poder Ejecutivo, la postura de los sectores en relación al plebiscito para anular la ley durante el 2009 y la posterior argumentación de los actores ante la votación de la ley interpretativa de la ley de Caducidad.

Para analizar la postura de los actores del ejecutivo, comienzo con una frase que una de las figuras más importantes del FA ha reiterado en diversas ocasiones. En 2011 cuando se discutía sobre la aprobación en el parlamento de la ley que restablecía la pretensión punitiva del Estado, el expresidente Tabaré Vázquez afirmó: “En el tema que hace a los derechos humanos la mayoría no siempre tiene que tener la última palabra”. Esta frase plantea una postura claramente liberal en defensa de las minorías sobre la posibilidad de opresión de las mayorías. Sin embargo, lo que aquí se pretende demostrar es que el FA no siempre ha tenido una postura congruente con este postulado.

Como se mencionó, en el 2005 el FA logra la victoria en las elecciones nacionales con mayoría parlamentaria. Como se había previsto, el presidente Vázquez hizo uso del artículo 4° de la ley de Caducidad y varios militares y políticos de la dictadura fueron juzgados. Sin embargo, desde el momento de asumir el poder, el nuevo gobierno manifestó que no iba a derogar la ley de Caducidad y el entonces vicepresidente Rodolfo Nin Novoa declaró: “El gobierno no ha formalizado la discusión de esta idea y el compromiso de respetar

la Ley de Caducidad que nosotros tenemos lo hemos expresado en múltiples oportunidades” (SERPAJ, s.f.).

Esto generó reacciones de los organismos internacionales de derechos humanos como Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ) y también de las organizaciones sociales en Uruguay; incluso también existían posiciones contrarias a esta postura dentro mismo del FA por la posición del ejecutivo central. Si bien las posiciones encontradas dentro de esta fuerza política eran latentes, la decisión partidaria fue la de no anular la ley ni de establecer mecanismos legales que dejaran sin efectos la norma, pese a tener las mayorías parlamentarias para hacerlo, sobre todo manteniendo el principio de disciplina partidaria.

Por otro lado, frente a la propuesta impulsada desde las organizaciones sociales con el objetivo de derogar la ley de Caducidad por medio de un plebiscito, también se pueden encontrar las diferentes posturas de los actores del FA. En primer lugar, a partir del apoyo en la recolección de firmas requeridas, ya que no todos los líderes políticos del partido mantuvieron una posición clara en torno a este tema, algunos apoyaron la recolección de firmas desde un comienzo y otros (como el presidente Vázquez) en un primer momento rechazaron esta iniciativa, pero luego la apoyaron. En segundo lugar, tampoco fue clara la postura de las diferentes facciones a la hora de la votación y sobre todo desde las principales organizaciones promotoras de la reforma

se le reclamó al FA mayor apoyo en la difusión y comunicación del plebiscito.

Sin embargo, para el período 2010 – 2015, el FA, como ya se mencionó, dentro de su programa de gobierno tenía el cometido de anular la ley de Caducidad:

La cultura de la impunidad que ha impregnado el accionar de los gobiernos luego de recuperada la democracia deberá quedar definitivamente atrás y en su lugar se forjará una cultura en el respeto a los derechos humanos para lo cual es imprescindible cumplir con el mandato del Congreso anterior de adecuar “la legislación interna a los tratados internacionales ratificados por el país”, incluyendo la anulación de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, principal estamento de impunidad (Programa de gobierno del FA, 2008, p. 130)

A su vez, se dio un hecho que ya ha sido mencionado y que tuvo un impacto significativo en el comportamiento y en el cambio de los argumentos desde el FA. La sanción impuesta por la CIDH sobre el Estado Uruguayo como consecuencia de la resolución por el caso Gelman llevó a estas declaraciones de las principales figuras del FA y también a tomar la medida de elaborar la ley interpretativa en el parlamento. Como consecuencia de esta medida, se votó la ya mencionada ley que restablecía la pretensión punitiva del Estado.

Los argumentos liberales estuvieron presentes en la discusión parlamentaria, la

diputada Passada sentenció: “estamos reforzando los derechos perdidos de las víctimas, de sus familiares, de niños, de hombres, de mujeres, de militantes; de militantes políticos y de militantes sociales” (Diario de la sesión parlamentaria del día 26/10/2011, p. 65). Por otro lado, en relación con la resolución de la CIDH en cuanto al caso Gelman, el diputado Orrico hizo alusión a dicho tema:

¡Miren qué paradoja! Resulta que, por defender la soberanía, si el Uruguay no toma las medidas adecuadas, terminará teniendo que aceptar que un asunto que sucedió dentro de su territorio, que implicó la violación de leyes en su territorio, sea fallado por un tribunal que está a miles de millas de este país. No conozco paradoja mayor que esta. (Diario de la sesión parlamentaria del día 26/10/2011, p. 12)

De todas formas, la discusión en torno a la ley interpretativa dividió las posturas dentro del FA, de hecho desde el PE las voces se manifestaron en contra de sancionar la ley. En este sentido, el presidente Mujica y el vicepresidente Danilo Asotri se mostraron reticentes a este cambio. El presidente Mujica manifestó que:

(...) estoy preocupado por el futuro del Frente Amplio. No hay argumento que se pueda usar en campaña electoral que rebata el hecho que se pasan por alto a dos plebiscitos (www.elpais.com.uy).

En definitiva, la postura del FA no ha sido siempre congruente con los postulados liberales de defensa de los derechos humanos sobre la soberanía popular. En el primer período de gobierno (2005-2009) esta fuerza política tuvo mayoría parlamentaria y por tanto existía la oportunidad de derogar la ley por medio de los votos de sus legisladores, sin embargo se decidió mantenerla vigente, incluso con argumentos dentro de la propia izquierda de que era el pueblo el que debía decidir sobre esta cuestión (esta era la postura de los principales líderes partidarios, como el entonces candidato Mujica). En cambio, luego de las presiones internacionales debido a la resolución del caso Gelman, se vota la ley antes mencionada y se alega la supremacía de los derechos humanos sobre la decisión del plebiscito llevado adelante en el 2009.

La postura de los actores de los partidos tradicionales

Voy a comenzar a analizar las posturas de dichos actores con una cita de la senadora frenteamplista Moreira que resume en gran parte lo que aquí se observará:

Llama la atención que muchos de quienes hoy defienden “al soberano” eran quienes manifiestamente descartaban la oportunidad de una nueva consulta en 2009. Ya el pueblo se había pronunciado en 1989, decían. Pero, ¿qué comprensión es esta de la soberanía popular? ¿El pueblo puede volver a decidir todas las veces que

quiera, sobre todo tipo de asuntos! Es para ello que se consagran los mecanismos de democracia directa. Porque, ¿cómo podría, en nombre de la defensa de la soberanía, limitarse la consulta al soberano sólo porque ‘sobre esto ya se pronunció’? (<http://www.constanzamoreira.com/>)

Cuando a finales de la década de 1980 se juntaron las firmas para convocar al referéndum, el apoyo de los partidos tradicionales fue escaso. Si bien algunos sectores (sobre todo asociados al PN) se pronunciaron a favor, la gran mayoría se mostró reticente a convocar a la ciudadanía para consultarla sobre el futuro de la ley, basándose, como ya se dijo, en la prioridad de la seguridad sobre la de la libertad. A su vez, cuando en el 2008 se comenzaron a recolectar las firmas para poner nuevamente a consideración de la ciudadanía la posibilidad de anular la ley, no existió apoyo de ningún sector de los partidos tradicionales. De hecho se cuestionaba directamente esta posibilidad. El expresidente Sanguinetti, perteneciente al PC, expresaba:

Hoy plantear su anulación representa un movimiento totalmente anti histórico, una violación del Estado de Derecho, de los principios generales del derecho en el país y a su vez una tergiversación moral de lo que fue la equivalencia con la cual la sociedad uruguaya buscó la paz mirando hacia el futuro. (www.bbc.uk)

También desde filas del PN se pronunciaron sobre este tema. El líder

nacionalista y expresidente Luis Alberto Lacalle expresó: “la Ley de Caducidad ya fue sometida a un referéndum y ratificada por un 57 por ciento de la población (...) Dimos por terminado el episodio”. (<http://www.bbc.co.uk>)

Esta situación marca una postura que se aleja de los postulados republicanos, ya que los actores políticos entendían que los ciudadanos se habían pronunciado sobre el tema y no era necesario volver a convocarlos para resolver este asunto. Como se mencionó, uno de los principales argumentos republicanos está en el compromiso ciudadano con la vida cívica y para mantenerlo se debe fomentar su participación en los asuntos públicos. Sin embargo, luego de la desaprobación por parte de la ciudadanía de dicho plebiscito, en el 2011 se aprobó en el parlamento la ley interpretativa de la ley de Caducidad únicamente con los votos del FA. La discusión parlamentaria estuvo cargada de acusaciones por parte de los legisladores de los partidos tradicionales ante esta iniciativa. Principalmente alegaban la postura anti republicana de no escuchar la decisión del “poder soberano”. Es contundente la intervención del diputado Iturralde del PN:

(...) aquí preside la Sala una frase que reza: ‘Mi autoridad emana de vosotros y ella cesa por vuestra presencia soberana’ (en referencia a la frase enunciada por José Artigas). El pueblo uruguayo se ha pronunciado en reiteradas oportunidades. Si ese pronunciamiento no debe ir más allá de determinados

pactos internacionales que la República ha suscrito, deberá señalarlo la Justicia. No somos nosotros quienes debemos hacerlo. Nosotros debemos acatar, como corresponde, la voz del pueblo: ‘vox populi vox Dei’. (Diario de la sesión parlamentaria del día 26/10/2011, p. 17)

En síntesis, los argumentos de los partidos tradicionales no han sido congruentes con los postulados teóricos republicanos que están detrás. Por un lado, ante la iniciativa (tanto en 1988 como en el 2009) para convocar a la ciudadanía a decidir sobre la ley de Caducidad, se mostraron reticentes dado que consideraban que había que dar “vuelta la página y no mirar al pasado”, lo que muestra una postura poco republicana dado que, los mecanismos de democracia directa son parte de los postulados republicanos para mantener activa la participación del ciudadano en la vida cívica. Por otro lado, cuando los representantes frenteamplistas aprobaron la ley que restablecía la posibilidad de que el PJ actuara sobre los crímenes cometidos en la dictadura cívico-militar, alegaron postulados republicanos para defender su posición contraria a la novel ley basándose en la soberanía popular.

La independencia del Poder Judicial en juego.

Uno de los elementos fundamentales del liberalismo político es la independencia de los poderes. Sin embargo, la posición adoptada por la SCJ en las diversas intervenciones que ha

tenido en relación con la violación de los derechos humanos durante la dictadura, pone en tela de juicio dicha independencia. Según el Ministro de la SCJ Van Rompaey: “el ordenamiento constitucional y legal uruguayo brinda un soporte normativo con especial incidencia positiva en el aseguramiento de la independencia judicial, tanto desde el punto de vista orgánico como del personal de sus agentes” (2009, p. 59).

Sin embargo, en la práctica esta independencia ha sido discutida, según Moreira: “una de las tendencias que parece afirmarse en Uruguay, es la de una creciente ‘judicialización’ de la política, aunque sabemos, como en el caso de las demandas por inconstitucionalidad de leyes que las mismas surgen no tanto para ‘destrabar’ un conflicto político sino como forma de operar ‘dentro’ del conflicto político” (2011). Aquí se plantean dos hechos que cuestionan la independencia judicial: por un lado las posturas cambiantes que ha tenido la SCJ en relación la ley de Caducidad y por otro el traslado de la Jueza Mariana Mota de lo penal a lo civil.

Las posturas cambiantes en torno a la ley de Caducidad

El caso de las posiciones de la SCJ en torno a la ley de Caducidad puede ser visto como una forma de operar “dentro” del conflicto político. Repasando brevemente, la primera pronunciación de la SCJ sobre la ley de Caducidad fue en 1988 cuando decretó

constitucional dicha ley, aunque la votación fue dividida¹⁶.

Sin embargo, ya con el FA en el gobierno se pronunciaron a favor de su inconstitucionalidad en tres oportunidades, y por unanimidad en cada una de ellas. En el 2009 fue por el caso de Nibia Sabalsagaray y en 2010 y 2011 para los expedientes caratulados “Organizaciones de derechos humanos denuncian” y “García Hernández, Amaral y otros”, respectivamente. Por último, en el 2013 el posicionamiento ya mencionado ante la ley interpretativa muestra otro cambio de postura. Aunque con otros argumentos jurídicos, la posición de la SCJ fue ratificar la constitucionalidad de la ley de Caducidad por votación dividida. En este sentido, el argumento de la “judicialización de la política” puede ser válido, entendiendo que ante una misma norma la postura de la SCJ fue cambiante de acuerdo con el gobierno de turno.

El traslado de la Jueza Mariana Mota: ¿otro símbolo de la debilidad de la independencia?

El 15 de febrero de 2013 la SCJ decidió trasladar a una jueza que actuaba en el ámbito de lo penal a lo civil. ¿Por qué es importante mencionar este traslado cuando se está hablando de la

¹⁶ Con el retorno de la democracia, algunos de los magistrados de la SCJ eran los mismos que durante el período de la dictadura. Pese a la oposición del Partido Nacional y el Frente Amplio, el presidente Sanguinetti los mantuvo en el cargo. Con los votos de dichos magistrados se llegó al mínimo necesario para declarar la ley de Caducidad constitucional con 3 votos sobre 2.

independencia del Poder Judicial en relación a los otros poderes? ¿Y por qué cuando se está hablando específicamente de derechos humanos?

La respuesta es simple, dicha jueza tenía a su cargo la gran mayoría de denuncias realizadas ante el PJ por familiares de detenidos y desaparecidos durante el período autoritario. Así, la independencia del PJ en este caso se puso en consideración desde dos perspectivas. Por un lado, se consideró que la Dra. Mota había dejado de ser imparcial como Jueza ya que concurrió a la última “marcha del silencio”¹⁷. Según declaraciones del expresidente Sanguinetti, en referencia a la Jueza Mota afirmó que “hace rato que se olvidó de todos los principios del derecho y está actuando como una militante” (<http://www.subrayado.com.uy>).

Desde otra perspectiva, asociada fundamentalmente a algunos sectores frenteamplistas y también a las organizaciones de la sociedad civil defensoras de los derechos humanos, también se basaron en la independencia de poderes para establecer su postura, pero en el sentido contrario. El argumento principal es que no se encuentra una razón basada en el derecho para remover a la jueza de su cargo, lo que demuestra en consecuencia una presión sobre los jueces de la SCJ para delimitar la incidencia del PJ en la investigación de las violaciones de los derechos humanos.

17 La marcha del silencio es una manifestación convocada desde 1996 por organizaciones sociales de derechos humanos, fundamentalmente por familiares de detenidos y desaparecidos, con el fin de repudiar la impunidad en Uruguay.

De hecho, desde las autoridades de la SCJ no se dio un argumento claro en el traslado, sino que se limitó a decir que era por razones de servicio.

Dada esta situación, se han solicitado incluso explicaciones al PJ desde el PL, y ante un hecho inédito, legisladores del FA convocaron a los jueces de la SCJ para este cometido. Según el senador Rubio del FA: “Tenemos que ver cuáles son los criterios de cambios de jerarquías dentro del Poder Judicial. Estos son temas de alta sensibilidad que provocan alarma pública, o por lo menos en determinada parte de la sociedad” (www.elobservador.com.uy).

Esto generó la reacción de los actores de los partidos tradicionales. Un comunicado de los tres expresidentes de dichos partidos (Sanguinetti, Lacalle y Batlle) muestra la preocupación por la posible irrupción del PL sobre las potestades del PJ: “no es posible agredir el principio de separación de poderes con la amenaza de citaciones inconsultas, infundados juicios políticos y el agravio constante de legisladores oficialistas a los miembros de la máxima autoridad judicial”.

En ambos casos, tanto defensores como críticos de la postura de la SCJ ante esta situación se han basado en uno de los supuestos básicos del liberalismo político, la independencia del PJ sobre el resto de los poderes, para defender su posicionamiento. Este contexto da muestra de la creciente “judicialización” de la política mencionada por Moreira (2011).

Conclusiones

En un país con una larga tradición democrática, que ha sido considerado ejemplo en la región por sus avances en cuestiones de derechos y libertades, la presencia de una ley con las características de la de Caducidad es una mancha negra en la historia de la democracia uruguaya por varias razones: en primer lugar porque viola uno de los principios básicos de la democracia que es la independencia de los poderes y en segundo lugar porque también rompe con las libertades individuales.

El hecho de que luego de casi 30 años de aprobada dicha norma las discusiones sobre el tema continúen estando latentes en la esfera pública de manera muy relevante es, en parte, una defensa a esa tradición.

En este sentido, la discusión que pretendí establecer aquí fue un acercamiento a las posiciones que han tomado los actores políticos más importantes en torno al tema, tratando de analizar la congruencia en sus posturas y los argumentos teóricos que se encuentran detrás de las mismas. El resultado de dicho análisis reafirma la hipótesis planteada al comienzo del ensayo: no existe una congruencia entre las posturas de los actores políticos y los argumentos teóricos.

Se mostró como, por un lado, el FA, teniendo la oportunidad de derogar la ley en su primer período de gobierno, no lo hizo y luego alegó argumentos

liberales en defensa de los derechos humanos para votar la ley que devolvía la pretensión punitiva al PJ y que finalmente fue declarada inconstitucional por la SCJ. Por otro lado, se analizó la posición de los partidos tradicionales, que mostraron una postura ambigua en cuanto al papel de la “soberanía popular” y el republicanismo, ya que cuando se recolectaron las firmas para convocar al plebiscito se mostraron reticentes ante dicha consulta. Sin embargo, cuando se votó la ley interpretativa priorizando los derechos humanos sobre la soberanía popular, se mostraron defensores de esta última, alegando que se rompía con el principio republicano de autorrealización.

A su vez, se expuso cómo algunos actores de los partidos tradicionales se mostraron alarmados ante una posible violación de la separación de poderes ante las presiones ejercidas sobre el PJ de algunos legisladores frenteamplistas, alegando los principios del liberalismo político. Sin embargo, reconociendo la diferencia en los momentos históricos, son estos mismos actores los impulsores de la ley de Caducidad que rompe de manera significativa la autonomía de las tres esferas de poder. Por tanto, desde la perspectiva teórica son posiciones opuestas.

Por último, el papel que ha jugado la SCJ en relación a la ley de Caducidad no fue nada superficial. Se adoptaron posturas que ponen en tela de juicio la real independencia del PJ ante las presiones y reclamos de los otros poderes.

En síntesis, la violación de los derechos humanos cometidos durante el período dictatorial es un asunto que tiene de trasfondo, luego de dos instancias de democracia directa, una discusión teórica de más de doscientos años: ¿qué es más relevante? ¿Los derechos humanos o la soberanía popular? Estos dos conceptos tienen a su vez una identificación clara con el liberalismo y el republicanismo, como señala Habermas:

Las tradiciones políticas ‘liberales’ o lockeanas conciben a los derechos humanos como la encarnación de la autonomía, y le otorgan prioridad sobre la soberanía popular, mientras que las tradiciones ‘republicanas’ conciben la soberanía popular como la expresión de la autorrealización ética del pueblo, y el otorgan prioridad sobre los derechos humanos (2004, p. 197).

Los argumentos políticos expuestos aquí intentaron mostrar su incongruencia con los postulados teóricos que están detrás. Ni los postulados liberales ni los republicanos estuvieron invariablemente detrás de ninguna de las posturas.

Referencias

- Buriano, A. (2009). *Uruguay 1968: Una mirada histórica 40 años después*. HAOL, 19 (Primavera, 2009), pp. 129-138.
- Buriano, A. (2011) Ley de Caducidad en Uruguay y esencia ético-política de la izquierda. *Revista Perfiles Latinoamericanos*, FLACSO, julio/diciembre 2011, pp. 173-203.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

- Fernández, J. (1996) Norberto Bobbio: el filósofo y la política. *Series en Sección de obras de política y derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Frente Amplio. (2008). *Programa de gobierno del Frente Amplio para el período 2010 – 2015*. Montevideo.
- Galaín, P. (2011). La justicia de transición en Uruguay: un conflicto sin resolución. *Revista de Derecho*, 6 – 2011 Universidad Católica del Uruguay, pp. 221-270.
- Gallardo, J. (2001). La “religión” republicana y la política uruguaya de fines del siglo XIX. En: Gioscia, L. (comp.). *Ciudadanía en tránsito. Perfiles para el debate*. Instituto de Ciencia Política. Montevideo: Banda Oriental.
- Gallardo, J. (2003). Las ideas republicanas en los orígenes de la democracia uruguaya. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. 9 (5), primer semestre de 2003, pp. 2-30.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.
- Gargarella, R. (2002). La comunidad igualitaria y sus enemigos. Liberalismo, republicanismo e igualitarismo. En: Hernández, A (comp.), *Republicanismo contemporáneo. Igualdad, democracia deliberativa y ciudadanía*. Universidad de los Andes. Bogotá, CIDER: Siglo del Hombre editores, pp. 75-100.

- Guntin, J. L. (2010). *La vida te da sorpresas*. Montevideo: Fin de siglo.
- Habermas, J. (2004). Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberales y republicanas. Ovejero, F., Martí, J.L. y Gargarella, R. (comp.) *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, pp. 191-206.
- Moreira, C. (2011). El impulso y su freno: itinerarios de la lucha contra la impunidad. En: Fried, G. y Lessa, F. (comp.) *Luchas contra la impunidad. Uruguay 1985-2011*. Montevideo: Trilce, pp. 13-30.
- Panizza, F. (1988). La ciudadanía y sus límites en el Uruguay post autoritario. La credencial, el pasaporte y el prontuario. *Revista de Ciencia Política*. 2. Montevideo. pp. 13-27.
- Pettit, P. (1999). *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós.
- Pettit, P. (2004). Liberalismo y republicanismo. En: Ovejero, F., Martí, J.L. y Gargarella, R. (comp.). *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, pp. 115-135.
- Rilla, J. (1997). Uruguay 1980. Transición y democracia plebiscitaria. *Nueva Sociedad*. 150, julio - agosto de 1997, pp. 77-83.
- Salazar, L. (2004). *Para pensar la política*. Ciudad de México: UAM.
- Salzar, P. (2006) *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- SERPAP (s.f.). *El gobierno ratificó que la Ley de Caducidad está firme y desautorizó a Díaz. Organizaciones sociales promueven la anulación de la norma*. Recuperado de http://www.serpaj.org.uy/serpajph/comunicacion/spjyprensa/292_05.pdf
- Skinner, Q. (2004). Las paradojas de la libertad política. En Ovejero, F., Martí, J.L. y Gargarella, R. (comp.). *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, pp. 91-114.
- Suprema Corte declara inconstitucional ley de pretensión punitiva. (22 de febrero de 2013). *Portal ciento ochenta*. Recuperado de http://www.180.com.uy/articulo/31691_Suprema-Corte-declara-inconstitucional-ley-de-pretencion-punitiva
- Van Rompay, L. (2009). Independencia Judicial en el Uruguay. *Revista de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*. 27. Recuperado de: [http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/REVISTA%20No.%2027\[1\].pdf](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/REVISTA%20No.%2027[1].pdf)

Recibido: 17/12/2014 • Aceptado: 27/8/2015



LA LEY DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN COLOMBIA DE ESPALDAS A LOS OPOSITORES DE BUENA FE

JOHN ARTURO CÁRDENAS MESA*

Resumen

Colombia ha tenido grandes avances en materia de reparación a víctimas del conflicto armado interno. De la Ley 387 de 1997 a la Ley 1448 de 2011, ha habido un cambio de paradigma jurídico cultural en el cual la reparación por medio de medidas de restitución han ido cobrando tanta importancia como las reparaciones económicas. El objetivo de este trabajo es mostrar que la Ley de Restitución de Tierras, tal como está concebida, puede originar en una nueva forma de despojo dado que desconoce los derechos de los opositores de buena fe, muchos de los cuales son también campesinos víctimas de la violencia política. Ello se debe a una deficiente regulación en aspectos como el probatorio, a la lentitud con que avanza el proceso y a que no se tuvo en cuenta que la dinámica del despojo y el abandono ocasionado por grupos paramilitares es diferente al originado en la violencia guerrillera.

Palabras clave: restitución de tierras, poseedores de buena fe, dificultades jurídicas, dificultades prácticas.

Abstract

Colombia has made great progress in reparation for the victims of the internal armed conflict; from Law 387 of 1997 to Law 1448 of 2011, there has been a legal paradigm cultural change in which redress through restitution measures have been gaining much importance as economic reparations.

The aim of this paper is to show that the Law on Land Restitution, as it is conceived, can result in a new form of dispossession because it ignores opponents in good faith, many of whom are also farmers victims of political violence. This is due to poor regulation in areas such as the evidentiary, to the slowness with which the process advances and to the fact that it was not taken into account that the dynamics of the dispossession and neglect caused by paramilitary groups are different to the originated in guerrilla violence.

Keywords: Land restitution, holders in good faith, legal difficulties, practical difficulties.

* Abogado litigante en responsabilidad del Estado, Magíster en literatura colombiana de la Universidad de Antioquia y especialista en derecho contencioso administrativo de la Universidad Externado de Colombia.



Con la expedición de la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras), podríamos pensar que se ha logrado un enorme avance, acorde a los estándares internacionales, en el tema del reconocimiento de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus derechos a la reparación *lato sensu*; sin embargo, es apenas el embrión que dará paso al desarrollo de una política de Estado de acuerdo con los derechos consagrados en la Carta Política.

La Ley de Restitución (2011) solo se aplica cuando hay infracciones al Derecho Internacional Humanitario o al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cometidas debido al conflicto armado interno. Esta calificación especial excluye todas las manifestaciones de violencia común, los hechos de agentes del Estado que no se cometan con ocasión del conflicto armado y, en principio, los hechos cometidos por las hoy denominadas bandas criminales emergentes al servicio del narcotráfico (BACRIM).

En relación con las víctimas de las BACRIM, La Corte Constitucional colombiana mediante Sentencia C-253A del 29 de marzo de 2012¹ estableció que:

Como se ha dicho, existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto,

1 Puede consultarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-253A-12.htm>. Esta sentencia declaró exequible el parágrafo tercero del artículo tercero de la Ley 1448 de 2011, el cual excluye a las víctimas de la delincuencia común del ámbito de aplicación de la ley.

y hay extremos en los que, por el contrario, también resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley. En el medio existen zonas grises, que no es posible predeterminedar de antemano, pero en relación con las cuales si (sic) es posible señalar que no cabe una exclusión a priori, con base en una calificación meramente formal, y que en el análisis de cada caso debe procederse, a tono con el objetivo mismo de la ley, con un criterio que tienda a proteger a las víctimas. Esto es, probada la existencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en caso de duda sobre la inserción de la conducta lesiva en el marco del conflicto, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima (p. 59).

Por otra parte, la Ley de Víctimas y Restitución (2011) reconoce los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, los cuales se hacen realidad por medio de diversas medidas que en general pueden dividirse en dos grandes grupos: compensatorias de carácter económico (reparación por vía administrativa, restitución de tierras y vivienda en las modalidades de equivalencia o compensación, planes de condonación de impuestos y créditos, etc.) y reparaciones sin prestación económica (sanción penal a los responsables de los hechos, desmantelamiento de grupos armados, búsqueda de la convivencia nacional, esclarecimiento de la verdad histórica, actos de dignificación de la memoria

de las víctimas y reparaciones simbólicas en general). Este segundo grupo se ha subdividido en garantías de no repetición y medidas de satisfacción, aunque muchas de ellas comparten esa doble dimensión².

Estas medidas son complementarias a lo que en el sistema interamericano de derechos humanos se ha denominado la *restitutio in integrum*, esto es, que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, el restablecimiento de la situación anterior a la violación. Por ello, la normatividad sobre restitución de tierras despojadas y abandonadas forzosamente se constituye, en nuestro sentir, en uno de los mayores avances que se haya obtenido a favor de las víctimas del conflicto, específicamente tratándose de la modalidad de restitución material y jurídica de los predios.

La ley también regula los derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales y el derecho que tienen a recibir ayuda humanitaria de emergencia, atención y asistencia social, las cuales, aunque no son consideradas medidas de reparación, se les reconoce un carácter reparador, siempre y cuando se implementen de manera adicional a

2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte clasifica actualmente las medidas de reparación en tres clases: medidas de restitución, las cuales se ordenan cuando esta es posible; medidas de satisfacción, unas de contenido económico y otras con carácter simbólico; y finalmente, garantías de no repetición, que buscan tener repercusión pública para que los hechos cometidos no vuelvan a repetirse.

la política general del Estado. Se ubica aquí el derecho al auxilio funerario, ayuda para alimentación, utensilios de aseo y albergue, el derecho que tienen las víctimas a ser informadas de sus derechos y la ruta de acceso a ellos, la prevalencia en materia de educación, salud y vivienda, entre otras.

No obstante, en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, sea o no en el marco del conflicto interno, la sanción penal efectiva es el mecanismo idóneo para obtener una reparación. Lastimosamente la impunidad se constituye en una de las fallas estructurales de nuestro sistema penal.

En la última década, los derechos de las víctimas se han ido ampliando progresivamente, especialmente en materia de restitución de derechos, gracias no solo a los estatutos de procedimiento penal que existen en nuestro país, sino a múltiples decisiones de las altas corporaciones judiciales. Por ejemplo, la Ley 906 de 2004 que instauró el sistema penal acusatorio y sustituyó el Código de Procedimiento Penal (que continúa vigente aplicable para delitos cometidos hasta el 31 de diciembre de 2004) consagró el recurso de Revisión de los fallos cuando el Estado colombiano es condenado en una instancia internacional por no haber investigado seria e imparcialmente a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

La Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz) se expidió para buscar la

desmovilización de grupos armados al margen de la ley que quisieran acogerse a sus beneficios a cambio de verdad, justicia y reparación para las víctimas del conflicto interno. No obstante, la ineficiencia y lentitud del sistema no ha sido corregida a pesar de las varias reformas que ha tenido la ley.

Las decisiones de las altas corporaciones judiciales son numerosas y han servido de soporte al cambio de paradigma que se viene gestando. Desde la sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, la parte civil en un proceso penal puede pedir reparaciones diferentes a las económicas, lo que antes era imposible. La misma corporación, mediante la sentencia C-014 de 2004, abrió la posibilidad de revocatoria de las decisiones de archivo de la investigación y de los fallos absolutorios en los procesos disciplinarios cuando las faltas que originan la investigación disciplinaria constituyen violaciones al derecho internacional de los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, cambiando de paso la concepción restrictiva de la ley, que solo aceptaba que las faltas disciplinarias afectaban al Estado.

En la sentencia C- 370 de 1996, la Corte Constitucional cambió la orientación de la Ley de Justicia y Paz, concibiendo como víctimas a todos parientes que pudieran haber recibido perjuicio y no simplemente a los del primer grado de consanguinidad; impuso la obligación a los postulados de responder con sus bienes, obtenidos lícita o ilícitamente, por hechos cometidos por ellos o por

otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron; estableció la obligación de devolver las propiedades de las cuales habían sido desposeídas las víctimas, quitando la morigeración de “ser posible” que traía la norma; y también declaró inexecutable lo estipulado en los artículos 70 y 71 de la Ley 975, que establecía la posibilidad de acumular otras rebajas de penas y se calificaba la pertenencia a grupos paramilitares como delito de sedición, contrario a la realidad histórica y fáctica.

Por otra parte, el Consejo de Estado no se ha quedado atrás, pues ha ordenado medidas de justicia restaurativa en casos relacionados con violaciones a los derechos humanos, cambiando un paradigma de varias décadas. Adicionalmente, en recientes decisiones ha aceptado la inaplicabilidad de la caducidad de dos años para demandas en contra del Estado por hechos que constituyan delitos de Lesa humanidad³ y en estos mismos casos ha cambiado el criterio que desde 2001 venía sosteniendo, en el sentido de que el mayor rubro a reconocer por concepto de perjuicio moral es de 100 salarios mínimos legales mensuales, cuando este alcanza su mayor expresión⁴.

3 Puede consultarse el auto admisorio del 17 de septiembre de 2013, con ponencia del Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el proceso radicado con el número 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092), mediante el cual se admitió una demanda por la muerte de un ciudadano en la toma y retoma del Palacio de Justicia, hecho ocurrido en noviembre de 1985.

4 Puede consultarse la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 25 de septiembre de 2013, radicado 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460), con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero.

Obviamente, subsisten aspectos que deben ser corregidos; verbigracia, el alcance de los preacuerdos que consagra el sistema acusatorio, el cual puede ir en desmedro de los intereses de las víctimas y de la verdad material; también el nuevo Código Penal Militar, que mantuvo en el artículo 171 el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública aún por delitos comunes, desconociendo la *ratio decidendi* de la sentencia C- 878 de 2000, que declaró condicionalmente exequible la norma que regulaba este aspecto en la Ley 522 (1999), bajo el entendido que

La jurisdicción penal militar sólo tendrá competencia para conocer de los delitos comunes que llegue a cometer el miembro de la fuerza pública, cuando estos delitos tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la fuerza pública por la Constitución. Si la mencionada relación no existe, la competencia para conocer de la comisión de un delito de esta naturaleza será privativamente de la jurisdicción ordinaria (p. 22).

La Ley de Víctimas y Restitución (2011) regula los derechos de las víctimas del conflicto armado dentro de los procesos judiciales e irradia todos los estatutos procesales penales, reforzando de paso los derechos de los niños, niñas, adolescentes, personas agredidas sexualmente, grupos indígenas, comunidades negras y en general de las personas más desvalidas.

Colombia se encuentra ante grandes desafíos para implementar esta ley, no solo por el enorme reto fiscal, dadas las indemnizaciones por vía administrativa que habrá que pagar a millones de víctimas y los costos para la adecuación de personal y tecnológicas en muchas instituciones del Estado, sino por el gran desafío de obtener la anhelada reconciliación nacional sin que la insurgencia tenga intención sincera de iniciar dicho camino y cuando el otro gran actor del conflicto ha mutado en bandas criminales que conservan las viejas estructuras y estrategias paramilitares. Adicionalmente, no podemos dejar de lado que se requiere una estructuración y consolidación definitiva de la misma ley, ajustándola a la Carta Política, lo que ya se ha iniciado gracias a varias sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia⁵.

El tema de restitución de tierras es especialmente problemático, no solo por las profundas divisiones que ha causado en el país, sino por el desafío de grupos armados que desde ya se preparan para evitar que la misma sea una realidad. No podemos desconocer el gran número de asesinatos y amenazas a quienes han tomado la bandera de

5 La sentencia SU-254 del 24 de abril de 2013 de la Corte Constitucional retomó los avances de la jurisprudencia nacional e internacional en relación con los derechos a la verdad, justicia y reparación; concluyó que estos derechos guardan una inescindible relación entre sí y que el derecho a la reparación económica de los desplazados, denominada reparación administrativa, hace parte de sus derechos fundamentales.

la restitución⁶; pero también, porque adolece de una deficiente regulación en muchos tópicos, que posiblemente nos conducirán a una nueva forma de desposesión en la cual resultarían afectados terceros de buena fe.

En este trabajo nos centraremos en este último aspecto, para lo cual plantearemos algunos problemas que nacen de una inadecuada regulación y de algunas dificultades prácticas para su aplicación. Para ello, después de hacer una presentación general de la ley, analizaremos en primer lugar temas como las presunciones legales en contra de los opositores y el principio de cosa juzgada. En segundo lugar, veremos cómo la lentitud con que avanza el proceso de restitución y la concepción de la ley pensada solo desde la perspectiva de los hechos ocasionados por los grupos paramilitares pueden crear una nueva forma de despojo.

Restitución de tierras en la Ley 1448 de 2011

El derecho a la restitución tiene su fundamento principalmente en el artículo 2 de la Constitución Política,

6 “Van más de 50 líderes de restitución de tierras asesinados en 3 años” (2013, noviembre 3). El tiempo.com/justicia/líderes-de-tierras-asesinados. Consultado en noviembre 3 de 2013. La Defensoría del Pueblo, por su parte, afirma que entre 2006 y 2011, esto es, desde la expedición de la Ley de Justicia y Paz a la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución, fueron asesinados 71 líderes de tierras. “Reina Impunidad en asesinatos de líderes de tierras.” (2012, abril 9). Semana.com/nación/artículo/reina-impunidad-asesinatos-líderes-tierras. Información tomada el 3 de noviembre de 2013.

dado que son fines esenciales del Estado la protección de los ciudadanos en la vida, honra, bienes y derechos consagrados legalmente. Adicionalmente los artículos 8 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagran el derecho a tener el recurso judicial efectivo para la protección de los derechos. Además, los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (Principios Pinheiro) y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (Principios Deng) reivindican el derecho a la restitución de tierras y viviendas en un marco de igualdad, protección contra el desplazamiento, derecho de circulación, de regreso o retorno y en general en un marco de dignidad.

La jurisprudencia constitucional ha concebido el derecho a la restitución como un derecho fundamental y de aplicación inmediata que guarda estricta conexidad con los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en general. En nuestro concepto, la restitución toca con la finalidad esencial de toda acción reparatoria, cual es la restitución plena, pero también toca con las garantías de no repetición en la medida en que los usurpadores se ven despojados de los bienes obtenidos de manera ilícita.

La Corte Constitucional, retomando la normatividad nacional e internacional, ha definido que la restitución debe

entenderse como el medio preferente y principal para la reparación de las víctimas, que debe complementarse con medidas compensatorias complementarias que incluya el pago de bienes muebles y otros daños, que además es independiente del retorno, el cual siempre debe ser voluntario y, en caso de que las víctimas decidan no retornar o les sea imposible hacerlo, el Estado debe garantizar una indemnización adecuada. También ha dicho la Corte que se deben respetar los derechos de terceros ocupantes de buena fe quienes, de ser necesario, también podrán acceder a medidas compensatorias (Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, 2012).

No obstante la claridad normativa y jurisprudencial que rige en este tema, la restitución de tierras fue uno de los puntos de mayor discrepancia entre el expresidente Uribe y el presidente Santos, al igual que el reconocimiento de las víctimas de Estado y de la existencia del conflicto armado interno en Colombia.

La Ley 1448 de 2011 desarrolla especialmente el tema de la restitución de tierras y vivienda, consagrando las acciones pertinentes para lograrlas, los principios que las rigen, los conceptos de despojo y abandono forzado, los procedimientos de restitución, y crea la institucionalidad que asumirá el reto: la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y Abandonadas. Esto dentro del marco institucional general conformado por el Sistema

Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas, con participación de entidades del orden nacional, territorial y los programas presidenciales para las minas antipersonales y para la atención en derechos humanos y derecho internacional humanitario. Este sistema cuenta con El Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación a las Víctimas, encargado de diseñar y adoptar la política pública en materia de atención, asistencia y reparación a víctimas, y la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, encargada de coordinar la ejecución de la política pública.

El Decreto 4800 de 2011, reglamentario de la ley, desarrolla ampliamente el tema de prevención y protección, las cuales cobran una relevancia excepcional en el álgido tema de la restitución. Consagra, entre otras, medidas para garantizar la seguridad en los retornos y reubicaciones, como también los planes de contingencia, el “Mapa de riesgo”, la Red de Observatorios de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el Sistema de Información del Sistema de Alertas Tempranas, el fortalecimiento del Programa de defensores comunitarios, la capacitación de funcionarios públicos y miembros de la Fuerza Pública, la pedagogía social para la reconciliación y construcción de paz y las medidas de protección individual y colectiva.

La ley se aplicará a las víctimas del conflicto armado interno en el período comprendido entre el primero de enero de 1985 hasta el 10 de junio de

2021, pero solo tendrán derecho a la restitución de tierras y vivienda quienes hayan sido despojados u obligados al abandono de sus predios con posterioridad al primero de enero de 1991. Las víctimas de hechos anteriores al primero de enero de 1985 tienen derecho a conocer la verdad de los hechos, a la reparación simbólica y a las garantías de no repetición, pero no podrían acceder en principio a la indemnización administrativa, a las medidas de restitución de tierras y vivienda y a las medidas de rehabilitación y de satisfacción⁷.

En resumen, si una persona resultó afectada por el conflicto en 1984 no tendría derecho a la restitución de sus predios en caso de haberlos perdido o abandonado, como tampoco a las medidas de asistencia psicosocial; si fue despojado en 1990, tendría derecho al acompañamiento psicosocial, más no a la restitución de sus tierras; si fue despojado en 1992, tendría todos los derechos que establece la ley; pero si el despojo se produce después del 10 de junio de 2021, fecha en que termina la vigencia de la ley, nuevamente perdería la acción para obtener no solo la restitución de sus tierras, sino

7 Sin embargo, más allá de lo estipulado por la ley, el artículo 155 del Decreto 4800 de 2011 estableció que aunque no se incluye en el registro único de víctimas a aquellas personas afectadas por hechos cometidos antes de 1985, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación de Víctimas podrá concederles la reparación individual por vía administrativa siempre y cuando cumplan con los requisitos del Decreto 1290 de 2008. También estableció para estas personas, en el artículo 171 párrafo primero, medidas de satisfacción de genéricas, en contraposición a las individuales.

las demás medidas de reparación, lo que es un problema que nace de que la ley parte de un anhelo de postconflicto en medio del conflicto. Consideramos que la ley se prorrogará en la medida que vaya evolucionando el conflicto, como ha venido aconteciendo con la Ley 418 de 1997, que creó mecanismos para la convivencia y la eficacia de la justicia y, aunque su vigencia inicial era de cuatro años, ha sido prorrogada en varias oportunidades.

Los artículos 3 y 75 de la ley fueron objeto de varias demandas ante la Corte Constitucional dado que en el sentir de algunos se establecen diferenciaciones arbitrarias entre las víctimas y por ello una clasificación que vulnera la cláusula de no discriminación que consagra la Carta Política. Esas discriminaciones se plantearon en relación con el ámbito temporal de aplicación de la ley y con los derechos de las víctimas del conflicto armado y de aquellas que no lo son.

Mediante sentencia C-250 de marzo 28 de 2012⁸, la Corte Constitucional consideró que las estipulaciones temporales de los artículos 3 y 75 de la ley eran razonables, pues se basaban en estudios históricos objetivos del conflicto armado y en criterios de sostenibilidad fiscal:

Ahora bien, el criterio de distinción de naturaleza temporal empleado en el artículo tercero demandado es idóneo para garantizar la sostenibilidad fiscal, pues delimita el conjunto de

8 Puede consultarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-250-12.htm>

víctimas beneficiarias de las medidas de reparación de índole patrimonial.

Finalmente la limitación temporal no resulta desproporcionada respecto de los derechos de las víctimas pues, por una parte, la fecha del primero de enero de 1985 precisamente cubre el período histórico en el cual se produce el mayor número de víctimas y se agravan las violaciones al derecho internacional humanitario y en las normas internacionales de derechos humanos, por otra parte las víctimas anteriores a ese período resultan cobijadas por otro tipo de medidas de reparación, señaladas en el parágrafo cuarto del artículo tercero de la ley, a saber: el derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas (p. 86).

Además, la misma corporación, mediante sentencia C-781 del octubre 10 de 2012⁹, declaró exequible el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 en relación con la distinción entre víctimas del conflicto armado y víctimas de la delincuencia común:

Para la Corte la expresión “con ocasión del conflicto armado”, inserta en la definición operativa de “víctima” establecida en el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, delimita el universo de víctimas beneficiarias

de la ley de manera constitucional y compatible con el principio de igualdad, como quiera que quienes lleguen a ser consideradas como tales por hechos ilícitos ajenos al contexto del conflicto armado, aun cuando no sean beneficiarios de la Ley 1448 de 2011, pueden acudir a la totalidad de las herramientas y procedimientos ordinarios de defensa y garantía de sus derechos provistos por el Estado colombiano y su sistema jurídico. La expresión “con ocasión del conflicto armado,” tiene un sentido amplio que cubre situaciones ocurridas en el contexto del conflicto armado. A esta conclusión se arriba principalmente siguiendo la ratio decidendi de la sentencia C-253A de 2012, en el sentido de declarar que la expresión “con ocasión de” alude a “una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado” (p. 112).

El fin de la Ley 1448 de 2011 es la restitución tanto jurídica como material de los bienes despojados y abandonados forzosamente. Para ello, se crean trámites e instancias administrativas y judiciales, estas últimas con poderes exorbitantes. También procede la restitución por equivalencia y la compensación económica, esta última solamente en caso de no ser posibles las dos primeras. La restitución por equivalencia es viable cuando el inmueble a restituir se encuentre en zona de alto riesgo de inundación o de desastre natural, cuando haya sido restituido a otra víctima despojada del mismo bien, cuando la restitución efectiva implique

⁹ Puede consultarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-781-12.htm>

riesgo para la vida o la integridad personal o familiar del despojado y cuando a raíz de la destrucción parcial o total del bien sea imposible su reconstrucción en condiciones similares a las que tenía antes del despojo.

Según la ley, el despojado o la persona obligada al abandono forzado de sus bienes no podrá optar a voluntad por la compensación. Consideramos que las víctimas tienen el derecho a optar esta, aún cuando sea posible la restitución material del bien o la restitución por equivalencia. Todo condicionamiento en la materia es arbitrario y aunque hay un margen de configuración para el legislador, la misma Corte Constitucional mediante sentencia C-715 de 2012¹⁰ definió las reglas para la restitución y específicamente dijo que “(iii) El Estado debe garantizar el acceso a una compensación o indemnización adecuada para aquellos casos en que la restitución fuere materialmente imposible o cuando la víctima de manera consciente y voluntaria optare por ello” (p. 82).

Adicionalmente, los Principios Pinheiro (2005) sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas establecen:

21.1 Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a una indemnización

10 Puede consultarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-715-12.htm>. El fallo también aclaró que aunque el artículo 72 de la ley solo se refiere a las acciones jurídicas que pueden instaurar las personas despojadas, la norma era aplicable de igual manera a favor de quienes sufrieron el abandono forzado de sus bienes.

plena y efectiva como componente integrante del proceso de restitución. La indemnización puede ser monetaria o en especie. Para cumplir el principio de la justicia restitutiva, los Estados velarán por que el recurso de indemnización sólo se utilice cuando el de restitución resulte de hecho imposible, cuando la parte perjudicada acepte la indemnización en lugar de la restitución con conocimiento de causa y de forma voluntaria, o cuando en las condiciones de un acuerdo de paz negociado se prevea una combinación de restitución e indemnización.

De la posición de la Corte Constitucional y de los Principios Pinheiro se colige claramente que optar por la compensación económica, aún siendo posible la restitución material de los bienes, es un derecho de las víctimas por las siguientes razones: en primer lugar, porque por regla general debe darse prevalencia a las interpretaciones extensivas en materia de derechos, conforme al artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos; en segundo lugar, hay que mirar la situación fáctica de miles de familias que a raíz del desplazamiento y abandono de sus tierras perdieron el nexo no solo con sus regiones de origen, sino con la cultura, las costumbres y el trabajo en el campo.

El despojo es la privación arbitraria de la propiedad, posesión u ocupación, mediante aprovechamiento de una situación de violencia, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia o mediante

la comisión de delitos asociados a la situación de violencia. Ha sido una práctica frecuente en el conflicto colombiano la adquisición de tierras mediante compraventas forzadas, pero el hecho de que se incluyan las decisiones administrativas y aún judiciales es un gran paso que se constituye en una excepción a la tradición jurídica del país, en la cual se otorga una presunción de legalidad a este tipo de actos.

Se entiende por abandono forzado de tierras la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona, quien es forzada a desplazarse y por ello se ve impedida para ejercer la administración y explotación de su predio, o simplemente cuando por esta circunstancia pierde el contacto directo con su predio. El tiempo que dure el despojo o la imposibilidad de ejercer el derecho de posesión no se tendrá en cuenta para interrumpir la prescripción adquisitiva en el caso de los poseedores, o el tiempo de explotación económica necesaria en el caso de adjudicación de bienes baldíos.

La legitimación para demandar está en cabeza de los propietarios, poseedores o explotadores de baldíos que hayan sido despojados de predios o que se hayan visto obligados a abandonarlos por los hechos victimizantes de que trata el artículo tercero de la ley. Esta se extiende al cónyuge o compañero(a) permanente con quien se convivía al momento en que ocurrió el despojo o el abandono forzado y a los llamados a sucederlos en caso de haber fallecido los anteriores o

estar desaparecidos. En la hipótesis de la desaparición consideramos que hay un gran avance en la concepción de la ley, pues las víctimas para actuar a título de herederos del causante no tendrán que iniciar largos y costosos procesos de presunción de muerte, los cuales en muchos casos son tan complicados por las publicaciones en la prensa y radio y la competencia territorial que estipula la normatividad colombiana, que desestimularía enormemente el ejercicio de este derecho.

Adicionalmente, cuando los sucesores sean menores de edad o personas incapaces, o éstos vivan con el despojado y dependan económicamente de éste, al momento de la victimización, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas ejercerá la acción en su favor; sin embargo, creemos que debe haber un acompañamiento obligatorio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el caso de los menores. En el caso de personas que dependían económicamente del despojado y sean personas mayores de edad y capaces, consideramos que para ejercer la acción se debe contar con la autorización y voluntad de la víctima.

La ley en algunas de sus normas hace referencia a los tenedores de los inmuebles, como podrían ser los arrendatarios, aparceros, locatarios, etc., lo que dio lugar a pensar que estas personas que ejercían su derecho reconociendo el dominio o posesión de otro también tendrían legitimación para iniciar el

trámite de restitución cuando hubiesen sido obligados a desplazarse o a perder la tenencia del bien; sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia C-715 de 2012 ya aludida, aclaró este punto, de manera correcta en nuestros sentir, señalando que estas personas no eran titulares de la acción de restitución, pero podían obtener la reparación de sus derechos mediante los otros mecanismos que trae la ley, verbigracia, la reparación administrativa o la indemnización.

La acción es independiente tanto del retorno del despojado y de la responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria o civil de las personas involucradas en la desposesión del inmueble, como de quienes realizaron las amenazas o los actos de violencia. Otra de las características es que la acción es supremamente informal puesto que la demanda puede ser interpuesta de forma escrita u oral, con o sin apoderado, por intermedio o de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, de manera individual o colectiva cuando se dé uniformidad con respecto a la vecindad de los bienes despojados o abandonados, el tiempo y la causa del desplazamiento. Por otra parte, las notificaciones se surtirán por el medio que el juez o magistrado consideren más eficaz.

Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial Especializados en Restitución de Tierras decidirán en única instancia los procesos en que se reconozcan opositores. Así mismo, conocerán de las consultas de las

sentencias desfavorables a las víctimas dictadas por los Jueces Civiles del Circuito Especializados en Restitución de Tierras. Estos últimos también conocerán y decidirán en única instancia los procesos en que no se reconozcan opositores y los tramitarán hasta antes del fallo cuando haya opositores.

El auto que admita la solicitud dispondrá su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la sustracción provisional del comercio del predio cuya restitución se solicita, la suspensión de absolutamente toda clase de procesos judiciales, notariales y administrativos sobre el predio cuya restitución se solicita, salvo los procesos de expropiación, pues se entiende que prima el interés general sobre el particular.

Del inicio del proceso deberá ser notificado el representante legal del municipio donde esté ubicado el predio y el Ministerio Público. Además, se ordenará la publicación de la admisión de la solicitud en un diario de amplia circulación nacional, para el ejercicio del derecho de defensa y comparecencia de personas determinadas e indeterminadas quienes pretendan tener derechos legítimos relacionados con el predio. Se dará traslado de la solicitud a quienes figuren como titulares inscritos de derechos en el predio y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas cuando la solicitud no haya sido tramitada con su intervención y se designará un representante judicial para representar los intereses de los

terceros indeterminados, en caso de que estos no se presenten.

Faltó precisión conceptual cuando la ley dispuso en su artículo 88 que las oposiciones deberán presentarse ante el juez dentro de los 15 días siguientes a la solicitud, cuando el término de manera obvia debe contarse a partir de las notificaciones efectivas o de las publicaciones¹¹. Consideramos que aquí hay que empezar a garantizar los derechos de contradicción de los opositores en el marco del debido proceso si no queremos dar al traste con estos procesos e incurrir en un sinnúmero de nulidades y procesos inocuos. Aunque la ley no lo dice, consideramos que debe intentarse la notificación personal a las personas determinadas que tengan derechos inscritos en el predio objeto de litigio. En este aspecto, pensamos que además de la publicación en un diario de amplia circulación nacional, se debió disponer la fijación de un aviso en el predio mismo.

Como excepciones de fondo solamente pueden admitirse la buena fe exenta de culpa, el justo título del derecho y las referentes al valor del derecho, o la tacha de la calidad de despojado de la persona o grupo en cuyo favor se solicitó la restitución. Consideramos que esta limitación es abiertamente inconstitucional y que pueden surgir otras excepciones que no se pueden desconocer, verbigracia,

la identidad jurídica y material del predio cuando haya sido englobado o desenglobado de otro.

Se concentrarán en este trámite especial de restitución todos los actos judiciales, administrativos, notariales o de cualquier otra naturaleza que adelanten autoridades públicas o privadas que ejerzan funciones públicas en los cuales se hallen comprometidos derechos sobre el predio objeto de la acción. También se acumularán las demandas en las que varios sujetos reclamen inmuebles colindantes o inmuebles que estén ubicados en la misma vecindad, así como las impugnaciones de los registros de predios en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Estamos pues ante la presencia de una nueva y generosa concepción de acumulación procesal, en la que prima lo sustancial sobre lo formal.

Los funcionarios que sean informados sobre el inicio de un proceso de restitución por el magistrado que conoce del asunto perderán la competencia sobre los trámites que adelanten y procederán a remitírselos de manera inmediata.

Para evitar decisiones contradictorias, las entidades públicas que tengan alguna función en relación con este trámite deberán poner al tanto a los funcionarios judiciales, a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y a las Notarías, sobre requerimientos de los procesos de restitución, para lo cual se integrarán sus sistemas de información con el de la rama judicial.

¹¹ La Corte Constitucional efectivamente corrigió este yerro mediante sentencia C-438 de 2013, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

El fallo se dictará dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud, término cuyo incumplimiento constituirá falta gravísima. Este se pronunciará sobre absolutamente todos los aspectos relativos a la propiedad, posesión u ocupación –en caso de baldíos– del predio objeto de la demanda y decretará las compensaciones a que hubiera lugar, a favor solo de los opositores que prueben buena fe exenta de culpa; ordenará que la restitución o compensación se efectúe a favor de la víctima y su cónyuge, compañero o compañera permanente, aunque uno de ellos no hubiera comparecido al proceso y así no estuvieren unidos por vínculo legal al momento de dictarse la misma; ordenará a la oficina de registro de instrumentos públicos la cancelación de todo antecedente registral posterior al despojo o abandono; incluirá las órdenes para que los inmuebles restituidos queden protegidos en los términos de la Ley 387 de 1997, si los sujetos a quienes se les restituya el bien están de acuerdo; se pronunciará sobre la declaración de pertenencia o adjudicación de baldíos, sobre la transferencia del bien despojado al Fondo de la Unidad Administrativa cuando sea imposible restituirlo al demandante y decidirá sobre la declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos que por efectos de la sentencia pierdan validez jurídica.

Finalmente, se mantiene la competencia de los jueces de restitución para adoptar las medidas necesarias para la protección del bien restituido y la seguridad para los demandantes y sus familias.

Este es, de manera muy general, el espectro de la normativa que rige el trámite de restitución de tierras. Entraremos a analizar algunos aspectos que consideramos especialmente problemáticos, dado que por el afán de ahondar en garantías para las víctimas, se descuidaron muchos aspectos, se regularon mal otros y se desconocieron algunos principios constitucionales.

Una deficiente regulación y aplicación de la ley no hará más que dilatar los procesos y propiciar un sinnúmero de decisiones injustas e inútiles a la postre para el fin de la reconciliación nacional. Será deber de los jueces de restitución y de la Corte Constitucional ajustar la ley a la Constitución Nacional.

Deficiencias en la regulación probatoria

El juez de restitución de tierras tiene facultades que ningún otro juez ha tenido en la tradición jurídica colombiana; por ello, el artículo 89 de la ley dispone que tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo sin necesidad de decretar o practicar las pruebas solicitadas, lo que claramente consideramos violatorio de la Constitución Política. En efecto, la ley consagra prerrogativas procesales, sustanciales y probatorias para las víctimas, pero no puede agregarse a esto la limitación al derecho de contradicción, de defensa y el debido proceso de las personas contra quienes se instaura la acción de restitución, más cuando

pueden resultar afectados terceros de buena fe, los cuales a su vez tienen que probar en un grado más alto de exigencia que su buena fe es exenta de culpa. Las sentencias deben estar sustentadas no en convicciones personales sino en pruebas objetivamente decretadas, practicadas y controvertidas. Cosa diferente es que el juez pueda negar el decreto de una prueba por considerarla inconducente o impertinente, o negar la práctica de una ya decretada si se dan criterios objetivos para hacerlo. Además, no podemos soslayar que la ley no establece recursos cuando se niega la práctica o el decreto de una prueba y no podría en estricto sentido sostenerse que este vacío se llena con la regulación en procedimiento civil, porque al observar la estructura de la regulación en materia de restitución, vemos que según el artículo 79 los magistrados de restitución conocen del proceso en única instancia cuando hay opositores, lo que excluye el recurso de apelación no solo para la sentencia sino para todos los autos que se dicten en el trámite.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-203 de 2011¹², dijo en relación con el poder de regulación del legislador en materia probatoria:

En cuanto a los alcances del poder, conforme el recuento jurisprudencial de la sentencia C-738 de 2006, en desarrollo de dicha facultad, el legislador tiene las siguientes

potestades:... iii) La regulación de los medios de prueba, ingrediente consustancial al debido proceso y al derecho de defensa, reconocible en los siguientes derechos: a) “el derecho para presentarlas y solicitarlas”; b) “el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra”; c) “el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción”; d) “el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste”; e) “el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos”; y f) “el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso” (p. 20).

Como se observa, la regulación de la actividad probatoria toca con el derecho del debido proceso, el cual es considerado fundamental de manera unánime, no solo en nuestra jurisprudencia, sino en la tradición del sistema interamericano de derechos humanos.

Adicionalmente, la ley establece la inversión de la carga probatoria a favor de las víctimas de despojo o abandono, lo que es un avance importante, dado que nuestro ordenamiento procesal civil parte, por regla general, del principio de que quien afirma un hecho lo debe probar, salvo en el caso de negaciones

¹² Puede consultarse en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-203-11.htm>

indefinidas o hechos notorios¹³. En efecto, el artículo 78 dispone que les bastará probar sumariamente la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial o, en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que éstos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio.

Existe una falta de técnica jurídica en lo que toca con la prueba sumaria de la propiedad dado que, según la legislación civil, esta solamente puede demostrarse con la escritura pública otorgada ante notario y con la correspondiente nota de registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Entonces, debe entenderse que la propiedad habrá de demostrarse según la legislación civil y, de no hacerse así, de todas formas se podrá acudir a la acción de restitución no como dueño sino como poseedor del inmueble u ocupante en el caso de baldíos. También debe tenerse en cuenta que el artículo 84 de la ley exige que con la solicitud de restitución se presente el certificado de tradición y libertad del inmueble cuya restitución se pretende, lo cual no solo sirve para

demostrar la propiedad en la época del despojo o abandono sino para garantizar los derechos de terceros.

Por otra parte, se establecen presunciones cuando un predio sea inscrito en el Registro de Tierras despojadas y abandonadas, verbigracia, se presume de derecho que existe ausencia de consentimiento o causa ilícita en los actos jurídicos que afecten derechos reales, la posesión u ocupación respecto de inmuebles objeto de restitución, si fueron celebrados entre enero primero de 1991 y la fecha de vigencia de la ley, sea directamente por la víctima o por quienes tienen legitimación para instaurar la acción, con las personas que hayan sido condenadas por cualquier tipo de relación con grupos armados al margen de la ley o por narcotráfico o delitos conexos, que hayan actuado por sí mismos o a través de terceros.

Además, existen presunciones que admiten prueba en contrario, respecto de la ausencia de consentimiento o causa lícita en actos jurídicos que afecten inmuebles en cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo o violaciones graves a los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono; también, respecto de inmuebles vecinos de aquellos donde se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos,

13 El nuevo Estatuto General del Proceso que entra a regir el próximo primero de enero de 2014 parte del mismo principio reseñado, pero además da al juez la facultad de distribuir la carga probatoria en caso de indefensión o incapacidad de una de las partes o cuando una de ellas tenga más cercanía a la prueba o conocimientos técnicos, entre otras circunstancias. Con esto acoge la jurisprudencia que desarrolló la teoría de la carga dinámica de la prueba.

ganadería extensiva o minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo.

Cuando no se logre desvirtuar la ausencia de consentimiento en los actos jurídicos cobijados con las presunciones legales, se declarará la inexistencia de los mismos y todos los actos posteriores que se hayan celebrado sobre la totalidad o parte del bien estarán viciados de nulidad absoluta.

A esto hay que darle un contenido razonable y acorde al derecho de defensa y al debido proceso, pues la norma endilga una consecuencia jurídica sancionatoria que puede afectar a terceros de buena fe, como ocurriría en el caso de una persona que adquirió en segundo o tercer grado un predio que fue despojado o abandonado según la presunción establecida en el artículo 77. La víctima inicial puede pedir la restitución del predio frente al actual propietario, poseedor u ocupante, que bien puede ignorar totalmente las circunstancias específicas en las que se realizó el negocio jurídico inicial, incluso el solo hecho de no tener información sobre el acto jurídico va a imposibilitar su defensa, pues el consentimiento en un negocio jurídico es totalmente personal y en principio solo pueden tener acceso a dicha información las partes que intervinieron en el negocio, quedándole como única posibilidad de defensa probar su buena fe exenta de culpa para recibir las compensaciones a que hubiere lugar.

Llama la atención la causal que establece esta presunción en los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato o el valor efectivamente pagado sean inferiores al 50 % del valor real de la transacción. Evidentemente, la norma tiene sentido cuando se trata del valor efectivamente pagado, no así en la primera hipótesis, pues es costumbre, no solo en el campo, sino en todo el país, firmar los contratos de compraventa con el valor del avalúo catastral, el cual en muchas zonas del país es considerablemente inferior al valor comercial de los bienes, ello con el fin de evitar mayores gastos notariales y de registro, sin que ello implique ningún tipo de ilegalidad que tenga relación con el tema que regula la ley. La norma entendida literalmente establece una causal objetiva de restitución, en la cual no importaría realmente si la persona que pretende la restitución recibió un justo precio por su predio.

Compartimos las presunciones legales que no admiten prueba en contrario cuando el negocio se ha realizado directamente con las personas condenadas por su relación con grupos armados al margen de la ley o por delitos de narcotráfico y conexos, sea directamente o por intermedio de testaferros, pues de todas formas si el predio ha sido adquirido por terceros de buena fe exenta de culpa, estos tendrán derecho a sus compensaciones. Sin embargo, quedan dudas en relación con la justeza de la norma en la segunda hipótesis referida a los hechos de violencia generalizados, pues el adquirente del predio puede ser perfectamente una

tercero de buena fe sin relación con los hechos de violencia y lo haya adquirido a un precio comercial al momento de la negociación, resultando a la postre sancionado por una situación que se escapa a su responsabilidad y frente a la cual la prueba para oponerse resultaría prácticamente imposible.

Naturalmente esta regulación tendrá que ser interpretada y decantada por los operadores judiciales bajo el entendido de que la realidad colombiana no es una pintura en blanco y negro y que el tema de tierras tiene más matices de los que podemos imaginar.

No debemos olvidar que los “Principios Pinheiro” (2005) sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, parte del respeto de los derechos de los ocupantes secundarios al establecer que:

17.1. Los Estados deben velar por que los ocupantes secundarios estén protegidos contra el desalojo forzoso arbitrario o ilegal. En los casos en que su desplazamiento se considere justificable e inevitable a los efectos de la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, los Estados garantizarán que el desalojo se lleve a cabo de una manera compatible con los instrumentos y las normas internacionales de derechos humanos, proporcionando a los ocupantes secundarios las debidas garantías procesales, incluida la posibilidad de efectuar consultas auténticas, el derecho a recibir una notificación previa

adecuada y razonable, y el acceso a recursos jurídicos, como la posibilidad de obtener una reparación.

Sea esto un argumento para considerar que la restitución de tierras y viviendas para personas despojadas y obligadas al abandono forzado debe primar ante todo; pero el derecho a la reparación o compensación de los ocupantes secundarios debería depender de la demostración de la simple buena fe, no de la buena fe exenta de culpa como lo exige la ley.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003 diferenció entre ambos conceptos:

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno, “Error communisfacitjus” y, que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que “tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existe por ser meramente aparentes, normalmente y con lo que se dijo al exponer el concepto de buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error es de tal naturaleza que cualquier persona prudente o diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un

derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente ante la buena fe cualificada o buena fe exenta de culpa (p. 76).

Esta diferenciación cobrará mayor sentido cuando analicemos el tema de la perspectiva parcial de la ley en el acápite de dificultades prácticas para la implementación de la ley.

El principio de cosa juzgada

Históricamente siempre ha habido una tensión entre los conceptos de seguridad jurídica y justicia, el cual se ha solucionado por medio de diversas instituciones como la prescripción, la caducidad y el principio de cosa juzgada, entre otras; pero estas instituciones que encarnaban el justo medio en un momento histórico determinado han cedido ante el avance del reconocimiento de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

El artículo 29 de la Constitución Nacional consagra el principio de cosa juzgada, sin excepción alguna, para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas. Entonces, hay que armonizar esa tendencia que se proyecta desde hace más de una década, en la cual se va ampliando el abanico de los derechos de las víctimas, con estos principios constitucionales y ver si la Ley de Víctimas y Restitución lo regula de manera adecuada.

Las bases para solucionar esta tensión la encontramos en la sentencia C-014 de 2004 de la Corte constitucional¹⁴:

Ni el principio de seguridad jurídica, ni el principio de justicia material tienen valor absoluto. El primero, porque la imposibilidad absoluta de remover del mundo jurídico un fallo disciplinario, conduciría en muchos supuestos al sacrificio de la justicia material. Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocar un fallo sancionatorio que se sabe, a buen seguro, fue proferido con manifiesto desconocimiento de la Constitución. Y el segundo, porque en aras de la promoción de un orden justo, a la administración no le está dado desconocer el efecto vinculante de sus propios fallos disciplinarios pues ello desconocería el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y vulneraría el principio de seguridad jurídica. Piénsese, en este caso, en la incertidumbre generada por la revocatoria generalizada de los fallos disciplinarios.

En ese marco, ya que la Carta Política constituye un sistema armónico de mandatos de optimización, la tarea de regular de una manera u otra las distintas tensiones que se presentan

¹⁴ En esta sentencia la Corte Constitucional sostuvo que es exequible la norma del Código Disciplinario Único que permite la revocatoria de los fallos sancionatorios, mas no los absolutorios, pero aclaró que si la falta disciplinaria es de aquellas que implican la vulneración de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario sería procedente la revocatoria del fallo absolutorio.

entre tales mandatos le incumbe a la instancia legislativa del poder público. Este centro de poder es el legitimado para tomar las decisiones políticas requeridas para compatibilizar las tensiones que surgen ante el valor relativo de los principios constitucionales y ante la necesidad de armonizarlos de tal manera que se promueva la pacífica convivencia (p. 38).

La ley de Víctimas y Restitución (2011) toma resueltamente partido por el principio de justicia material. En efecto, en relación con las decisiones judiciales, el artículo 77 numeral 4 dispone que si el solicitante prueba la propiedad, posesión u ocupación y el posterior despojo de un bien inmueble, “no podrá negársele su restitución con fundamento en que una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero, o que dicho bien fue objeto de diligencia de remate”.

En relación con los actos administrativos se vislumbra la misma situación, pues no podrá negarse la restitución del bien con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Se presume legalmente que tales actos son nulos y ésta produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte del mismo.

Esto es un cambio no solo normativo sino del paradigma del principio de legalidad, consagrado en los artículos 6, 29, 121, 122 y 209 de la Carta fundamental. Históricamente se han concebido mecanismos como la vía gubernativa y la revocatoria directa de los actos administrativos, además de controles judiciales, no para enervar el principio de legalidad sino para afianzarlo.

En efecto, los artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo anterior, Decreto 01 de 1984, reglamentaban la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto, la cual se basaba en la protección constitucional de los derechos adquiridos y el principio de seguridad jurídica. Para modificar estas situaciones subjetivas, se requería el consentimiento expreso del afectado, salvo si se trataba de un acto presunto positivo o era evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. Adicionalmente, los artículos 85 y 136, regulaban la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para enervar, esta vez en la instancia judicial, la validez de dichos actos. El nuevo código contencioso, Ley 1437 de 2011, que entró a regir el 2 de julio de 2012, regula la materia, reiterando en el artículo 88 la presunción de legalidad y en los artículos 93 a 97 la revocatoria directa de dichos actos, contemplando en líneas generales la misma filosofía de la normatividad anterior.

Queda la duda respecto de la facultad del legislador para asignar a estos jueces decisiones que tocan con la anulación

de actos administrativos, cuando por expreso mandato constitucional hay una clara división entre la justicia ordinaria y la contencioso-administrativa, según los artículos 235 a 238 de la carta.

Corresponderá a la Corte Constitucional ponderar todos estos aspectos, cuestión compleja porque en el marco de justicia transicional que pretende la anhelada paz en Colombia, los derechos de las víctimas han ido tomando una posición privilegiada y a su vez se han ido relativizando otros derechos que antes eran considerados un avance de la civilización.

La ley aplicada en su tenor literal puede ser un instrumento para propiciar una nueva forma de despojo del cual serían víctimas los terceros de buena fe que hubiesen adquirido estos predios. Creemos que debió delimitarse la acción de restitución efectiva o material a aquellos bienes que están aún cabeza de los despojadores, de sus causahabientes, de sus testaferros o de personas naturales o jurídicas respecto de las cuales se pueda probar o colegir razonablemente su relación con el victimario. Ello, sin desconocer que la víctima debería tener el derecho de optar a voluntad por la restitución por equivalencia o por compensación. En los casos en que la acción se impetre contra terceros de buena fe, la restitución efectiva debe operar solo en aquellos casos en los que indefectiblemente la víctima de despojo o abandono forzado opte por la restitución material, pero reconociendo a los terceros afectados una

compensación material o por equivalencia independientemente de que su buena fe sea simple o exenta de culpa.

La regulación actual de la ley de Restitución hace posible situaciones absurdas e injustas, como el que una víctima de despojo o abandono forzado quiera acceder a una restitución por compensación, porque simplemente no le interesa volver al sitio de los hechos o los herederos de la víctima directa hayan perdido su nexo con la región, pero ello no sea posible porque la ley no les torga la facultad de escoger la modalidad de restitución. Por otra parte, el tercero de buena fe que ocupa el mismo predio, puede verse obligado a restituirlo a cambio de una compensación o, en el peor de los casos, sin compensación alguna si no logra probar que su buena fe es exenta de culpa o por el simple hecho de no defenderse en el proceso o no tener una defensa adecuada. Esta última hipótesis no va a ser extraña pues, como veremos más adelante, la perspectiva parcial de la ley puede crear situaciones injustas y difíciles en zonas donde el despojo fue propiciado por los grupos subversivos, cuya dinámica es diferente al de las regiones donde el despojo se produjo por grupos paramilitares.

Lentitud en el trámite administrativo y judicial

Como se dijo, el juez de restitución tiene competencia para solucionar absolutamente todos los aspectos jurídicos del predio, incluso los relacionados

con trámites administrativos o notariales que lo afecten. Para ello, en la sentencia que ponga fin al proceso se pronunciará sobre la declaración de pertenencia o adjudicación de baldíos los aspectos relativos a la propiedad, posesión u ocupación (en caso de baldíos) del predio objeto de la demanda y decretará las compensaciones a que hubiera lugar a favor de los opositores que prueben buena fe exenta de culpa, y también se pronunciará sobre la transferencia del bien despojado al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas cuando sea imposible restituirlo al demandante y decidirá sobre la declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos que por efectos de la sentencia pierdan validez jurídica, entre otras.

Esta regulación, sin duda, dará origen a múltiples conflictos, pues podríamos pensar en un caso en que una persona de buena fe adquirió un predio que había sido despojado con anterioridad y lo afectó con garantía real para el pago de un crédito. Al momento de salir vencido, probando su buena fe exenta de culpa, tendría derecho a la compensación económica y el magistrado de conocimiento deberá ordenar las acciones necesarias para garantizar el pago de los créditos, pero ¿que pasará, por ejemplo, con los intereses del crédito que se generen durante el trámite del proceso de restitución, el cual, dada la situación de congestión de la justicia en Colombia, podría durar tanto tiempo que subsuma el valor de la compensación? También

podría pensarse en bienes por fuera del comercio durante años. Otro panorama no muy claro, se daría si el demandado no logra probar la buena fe exenta de culpa, pues al perder el derecho a la compensación el juez no podría en sana lógica ordenar el pago del crédito de un tercero acreedor del opositor con cargo a esta, pues estaría extinguiendo la obligación de quien no tiene derecho a compensación.

Es cierto que ha habido ingentes esfuerzos para paliar el problema de la congestión judicial en Colombia, pero los antecedentes que tenemos nos hacen ser realistas. Por ejemplo, los jueces administrativos fueron creados en virtud de la Ley 270 de 1996 y, a su vez, la Ley 446 de 1998 los reiteró, pero esto solo fue posible después de haber transcurrido 10 años, gracias a la interposición de una acción popular para el cumplimiento de la ley¹⁵. Asimismo, en los procesos laborales se implementó la oralidad desde el Decreto Ley 2158 de 1948 (Código de Procedimiento Laboral), pero solo desde la promulgación de la Ley 1149 de 2007 se impuso el trámite oral para las actuaciones y diligencias judiciales y la práctica de pruebas como medida de descongestión de la justicia. No obstante, aunque los procesos tienen un

15 La acción popular N.º AP 503 del 18 de Julio de 2002 dispuso la protección del derecho al acceso a la administración de justicia de manera eficiente y oportuna. Para ello se ordenó disponer de los recursos necesarios para el funcionamiento de dichos despachos judiciales, la creación de Circuitos Judiciales Administrativos (Decreto 3321 de 2006), la implementación de los Juzgados Administrativos (Decreto 3345 de 2006), entre otras.

trámite relativamente ágil en primera instancia, entran a una lista de espera interminable al llegar a la segunda, por lo que el proceso de descongestión laboral ha sido un fracaso hasta ahora.

No obstante, la rama judicial ha tratado de ponerse a la orden del día con la implementación efectiva de los jueces especializados de tierras, habrá que esperar que la práctica sea ágil y oportuna en procesos de alta complejidad y dada la avalancha de inscripciones de predios despojados que se inició a raíz de la expedición del Decreto Reglamentario 4829 de 2011, que reguló el trámite previo de registro de tierras ante la Unidad Administrativa Especial creada para tal fin. En 2012 se crearon 27 Jueces de Restitución y 5 Tribunales de Restitución, conformados por tres magistrados. Para 2015 hay 41 Jueces de Restitución en todo el país y 6 Tribunales de Restitución que funcionan en Antioquia, Bolívar, Casanare, Cundinamarca, Norte de Santander y Valle del Cauca.

Por su parte, la Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado verificó que en Colombia, hasta el 2010, existían aproximadamente 6,6 millones de hectáreas de tierras despojadas entre los años 1980 a julio de 2010, sin contar los territorios colectivos. De esta cifra, solo el 15,4 % de las tierras despojadas lo fueron entre 1980 y 1997, lo que da a entender que el grueso del problema se ubica en el ámbito de aplicación temporal de la Ley de Víctimas y

Restitución. Otras cifras menos pesimistas tampoco son muy halagadoras, pues el mismo presidente Santos se ha referido a aproximadamente dos millones de hectáreas, mientras que otros han calculado entre tres y cuatro millones de hectáreas despojadas.

Al mes de febrero de 2014 se habían realizado 54.886 solicitudes de inscripción de Tierras despojadas y abandonadas; Antioquia se consolidó como el Departamento con mayor número de solicitudes, con 9.797 (17,87 % del total); seguido por los Departamentos de Tolima, Bolívar, Meta y Magdalena, que en conjunto suman el 50 % de las solicitudes del país¹⁶.

Llama la atención que siendo Antioquia el Departamento con mayor número de solicitudes no haya una dinámica efectiva para la restitución. El municipio de Turbo en el Urabá antioqueño presenta el mayor número de solicitudes y el mayor número de hectáreas cuya restitución se pretende sin que a la fecha se haya podido consolidar la zona y empezar el proceso de restitución.

De igual forma, el trámite administrativo previo y obligatorio para acudir a la vía judicial se ha convertido en un obstáculo para avanzar, pues depende de que la zona objeto de restitución haya sido microfolizada y solo hasta ese momento la Unidad Administrativa

16 Datos tomados del *Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014* elaborado por la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011. Bogotá, agosto de 2014, pp.165, 166, 532.

Especial no inicia las gestiones reales para inscribir el predio en el registro de tierras despojadas. Del total de solicitudes, el 35 % (19.676) fueron sido objeto de alguna actuación por parte de la unidad y solo el 15.2 % (8.359) habían finalizado el proceso administrativo.

Para agosto de 2014 se habían proferido 965 sentencias en todo el país, esto es el 1,8 % respecto del total de las solicitudes de restitución. Ello es un total fracaso si tenemos en cuenta que la ley se concibió para una vigencia inicial de 10 años, lo que es una muestra de la lentitud del trámite y de las verdaderas expectativas que pueden tener quienes pretenden la restitución de sus predios.

Reiteramos, desde ahora se vislumbran largos y tediosos trámites de restitución, los cuales encontrarán su primer obstáculo en la consolidación de seguridad en las zonas de despojo, amén de los obstáculos que tendrán que salvarse para poner a tono en materia tecnológica todas las instituciones del Estado que se relacionan con este procedimiento y de la necesidad de crear mecanismos eficientes de coordinación entre las mismas.

Esto no es solamente un inconveniente para los titulares del derecho a la restitución, quienes obviamente ven truncadas sus expectativas, sino para los opositores de buena fe, pues la morosidad del trámite y la incertidumbre que genera pone, en la práctica, por fuera del comercio los bienes objeto de restitución. No puede soslayarse tampoco que de los predios que finalizaron etapa

administrativa (8.359) solo fue inscrito el 67 % (5.665 solicitudes), por lo que el 33 % restante correspondía a reclamaciones por fuera del ámbito de la ley.

Perspectiva parcial de la ley

Es innegable que tanto los grupos subversivos como las organizaciones paramilitares ocasionaron, y aún lo siguen haciendo, el despojo y abandono de predios a miles de personas; sin embargo, la Ley de Restitución se concibió pensando en las zonas de influencia paramilitar y dejando acaso de lado las zonas de influencia guerrillera, donde la dinámica del despojo operó de manera diferente. En efecto, en las primeras, los territorios despojados presentaron una economía creciente, se hicieron inversiones en grandes monocultivos, ganadería extensiva y grandes proyectos, dándose por regla general una gran valorización de la tierra, mientras que en las segundas se consolidaron comunidades campesinas que se dedicaron a la agricultura a pequeña escala y en muchas ocasiones al cultivo de la hoja de coca, dándose por lo general el proceso de desvalorización de la tierra.

Muchas comunidades campesinas han ocupado y explotado durante años predios abandonados por sus propietarios, explotadores o poseedores a raíz de las amenazas o hechos de violencia de la guerrilla. Muchos de ellos obtuvieron títulos de manera legal en ocasiones con ayuda del Estado dentro de la política pública de legalización de tierras y otros después de dedicarse a actividades

ilícitas se acogieron a los planes de sustitución de cultivos ilícitos.

No olvidemos que la normatividad en materia agraria, desde la ley 200 de 1936, pasando por la Ley 4 de 1973, el Decreto 508 de 1974, la Ley 1152 de 2007 o Estatuto de Desarrollo Rural (mientras fue declarado inexecutable) y las demás modificaciones reguladas incluso en el Plan Nacional de Desarrollo, toca el tema de facilitar el acceso de la propiedad a las tierras que son explotadas económicamente por la población campesina, considerada como una parte débil en el contorno social. Con la Ley de Víctimas, estas personas perderían un sinnúmero de prerrogativas que les habían sido concedidas, al ser la parte contra la cual operan todas las presunciones y la carga probatoria.

Al analizar la información sobre los trámites de restitución iniciados, vemos que en los Departamentos del sur del país, de mayor influencia guerrillera, el número de solicitudes es mucho menor al de los departamentos de fuerte influencia paramilitar, pero el número de hectáreas cuya restitución se solicita es mucho mayor. Esto se debe a que la dinámica del conflicto en esas zonas posiblemente haya afectado a grandes empresarios de la tierra y finqueros que igualmente tienen su derecho a la restitución.

Para fines de 2012, más de la mitad de solicitudes de restitución del país se endilgaba a despojos de las FARC, 12.106 en total, mientras que a los

grupos paramilitares se atribuían 10.880 despojos¹⁷. En el Departamento del Vichada, 298 solicitudes de restitución recaían sobre 183.009 hectáreas de tierra, mucho más de la mitad de lo que se pretendía recuperar en Antioquia para la misma época, donde 5.112 solicitudes recaían sobre 233.785 hectáreas. Por su parte en el Casanare con 229 peticiones se pretendía restituir 142.735 hectáreas y en el Meta, 2.299 peticiones recaen sobre 615.717 hectáreas.

Al observar los actores armados que ocasionaron dichos despojos, vemos que en Vichada el 61,4 % se endilga a la guerrilla, en Antioquia el 29,8 %, en Casanare el 18,34 % y en el Meta el 56,50 %.

De las 54.830 solicitudes de inscripción que había para diciembre de 2013, el Departamento del Vichada presentaba el 0,93 % de las peticiones del país (510); Casanare el 0,73 % (402) y Meta el 7,18 % (3935). Estos departamentos, junto con Amazonas, Arauca, Guanía, Putumayo, Vaupés, Guaviare y Caquetá, entre todos suman apenas el 17,64 % de las peticiones de restitución, pero el ver el número de hectáreas reclamadas ascienden a un poco más del 50 % del total del país (Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011, 2014).

Hay que aclarar que los grupos guerrilleros también han ocasionado el despojo y abandono de predios a la población

¹⁷ Información tomada de la Revista Semana de 2013-03-03, en: <http://www.semana.com/especiales/restitucion-tierras/>

campesina de bajos recursos, pero al analizar la cabida de los predios objeto de restitución en el sur de país vemos que se trata de grandes extensiones de tierra, lo que en principio implica una dinámica diferente y una tipología de víctima de condiciones diferentes. Ello se evidencia en el informe, ya aludido, de la Comisión de seguimiento al Congreso de la República (2014), en el que podemos leer:

Ahora bien, a partir del conocimiento y cercanía que se ha tenido frente a la fase judicial, en especial por la PGN que realiza intervención judicial en los procesos de restitución, se ha podido identificar que los “oposidores”, no siempre corresponden al perfil considerado por el legislador al momento de diseñar la Ley 1448 de 2011, es decir, poderosos empresarios o personas naturales con alto nivel adquisitivo, narcotraficantes o testaferros. Los opositores en muchas ocasiones, son víctimas del conflicto armado o campesinos vulnerables que no cuentan con los recursos suficientes para contratar un abogado que los represente, situación que constituye un desequilibrio procesal, que desemboca en la vulneración de un derecho fundamental como es el del debido proceso (p. 204).

El artículo 88 de la ley regula las oposiciones que pueden proponerse en el proceso de restitución, como son: la buena fe exenta de culpa, la calidad de despojado del mismo predio (lo que en nuestro concepto operaría en el caso

de un despojo anterior al que se alega en el proceso de restitución), el justo título del derecho, las relativas al valor del predio y la tacha de la calidad del despojado de quien solicita la restitución. Aunque la ley no lo dice, deberían admitirse otro tipo de oposiciones, como las relativas a la identidad jurídica del predio, sobre todo cuando ha habido englobamientos o desenglobamientos o simplemente cuando hay falencias en la demarcación técnica de los predios, pues en nuestro país aún se utilizan linderos determinados con nombres de personas, árboles o puntos que al momento de la restitución pueden no existir.

Consideramos que también podrían proponerse aquellas oposiciones que hubieran impedido el registro del predio ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, como son la falta de temporalidad, cuando se narran hechos falsos, cuando no se ostenta la calidad suficiente para pedir la restitución, como puede suceder en el caso de un arrendatario, y cuando la causa de la pérdida del predio es diferente a la contemplada en la ley.

Pero el tema que más preocupa y sobre el cual recabamos es el de la buena fe exenta de culpa, pues si se inicia un proceso de restitución en un predio de gran extensión ocupado por familias campesinas, les resultaría muy difícil probarla porque posiblemente no cumplirían con el supuesto de la norma para proponer tal excepción, pues recordemos que en los lugares donde

opera la guerrilla, además de ejercer su acción armada, en la práctica se ha convertido en el sustituto de la administración de justicia y eran estos grupos quienes ordenaban o autorizaban a los campesinos entrar a explotar los predios abandonados. Adicionalmente, muchas de estas personas estarían ante la imposibilidad económica de contratar un abogado para la defensa de sus intereses y en general su situación sería muy desfavorable.

Como explicamos anteriormente, la buena fe exenta de culpa va mucho más allá de tener la conciencia de haber actuado de manera legítima en la adquisición del predio, exige además de ese aspecto subjetivo la prueba de que se hicieron las averiguaciones o comprobaciones de quien transfería un derecho era verdaderamente el dueño o que lo había adquirido de manera legítima.

Reiteramos que la ley debió regular de una manera diferente las oposiciones y darle un mayor alcance a la buena fe simple de los opositores, cuya prueba debería activar las compensaciones para estos. En nuestro concepto, la regulación se quedó corta al concebir la restitución solo desde el punto de vista de las desposesiones que los grupos paramilitares hicieron a la población campesina y no tomar en cuenta la hipótesis en las cuales estas fueron ocasionadas en las zonas de influencia guerrillera. Aquí, posiblemente, acceder a la restitución física y jurídica podría crear más conflictos sociales que soluciones a la problemática del país.

Conclusiones

La normatividad sobre restitución de tierras y vivienda de la Ley 1448 de 2011 se constituye en un avance paradigmático para lograr la *restitutio in integrum* de miles de víctimas del conflicto armado en Colombia. Sin embargo, afronta grandes desafíos como la conformación de ejércitos antirestitución, las exigentes adecuaciones fiscales e institucionales y, finalmente, conformar con la Constitución Nacional la deficiente regulación de que adolece en varios aspectos.

La ley tiene inconvenientes para las víctimas de despojo o abandono, quienes no pueden optar a voluntad por la compensación económica, que no hay claridad sobre la situación de quienes perdieron o pierdan sus bienes inmuebles a raíz de las acciones de las hoy denominadas BACRIM y que la estructura del Estado no sea suficiente y adecuada para representar a miles de víctimas. Pero también tiene muchos inconvenientes frente a los derechos de los opositores de buena fe, contra quienes operan todas las presunciones legales que establece la ley y a quienes se les exige una buena fe cualificada so pena de perder sus compensaciones.

Esta última situación se torna más preocupante cuando la regulación se quedó corta al concebir la restitución solo desde el punto de vista de las desposesiones que los grupos paramilitares hicieron a la población campesina, pero sin tener en cuenta que la dinámica

del despojo y abandono ha sido históricamente diferente en las zonas de influencia guerrillera, donde acceder a la restitución física y jurídica podría crear más conflictos sociales que soluciones a la problemática del país, pues los potenciales opositores serían campesinos, muchos de los cuales también han sido víctimas de la violencia política que ha vivido el país.

Referencias

- Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011. (2014). *Primer Informe al Congreso de la República 2013- 2014. Bogotá, agosto de 2014*. Recuperado de <http://www.contraloriagen.gov.co/web/georreferenciacion/restitucion-informe-congreso>
- Consejo de Estado, Sección Tercera (2013). *Auto admisorio del 17 de septiembre de 2013 en el proceso radicado 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092)*, magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/132.pdf>
- Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera (2013). *Sentencia del 25 de septiembre de 2013 en el proceso 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460)*, magistrado ponente Enrique Gil Botero. Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/132.pdf>
- Corte Constitucional colombiana (2000). Sentencia C-878 de julio 12 de 2000, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-878-00.htm>
- Corte Constitucional colombiana (2002). *Sentencia C-228 de abril 3 de 2002, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-228-11.htm>
- Corte Constitucional colombiana (2003). Sentencia C-740 de agosto 28 de 2003, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm>
- Corte Constitucional colombiana (2004). Sentencia C-014 de enero 20 de 2004, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-014-04.htm>
- Corte Constitucional colombiana (2006). Sentencia C-370 de mayo 18 de 2006, magistrados ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>
- Corte Constitucional colombiana (2011). Sentencia C-203 de marzo 24 de 2011, magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-203-11.htm>
- Corte Constitucional colombiana (2012). Sentencia C-250 de marzo 28 de 2012, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-250-12.htm>

Corte Constitucional colombiana (2012). Sentencia C-253A de marzo 29 de 2012, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Mar. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-253A-12.htm>

Corte Constitucional colombiana (2012). Sentencia C-715 de septiembre 13 de 2012, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-715-12.htm>

Corte Constitucional colombiana (2012). Sentencia C-781 de octubre 10 de 2012, magistrada ponente María Victoria Calle Correa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-781-12.htm>

Corte Constitucional colombiana (2013). Sentencia C-438 de 2013, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-438_1913.html

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES). Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. (2010) "III Encuesta Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada." Bogotá. Recuperado de <https://mesadesplazamientoydiscapacidad.files.wordpress.com/2011/01/iii-informe-de-verificaci-c3b3n-cs-2010.pdf>

Human Rights Watch. *Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*. Recuperado de <http://www.hrw.org/reports/2010/02/03/herederos-de-los-paramilitares-0>

Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Principios Pinheiro sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*. Recuperado de <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/desplazados-internos/>

Recibido: 20/1/2014 • **Aceptado:** 27/8/2015



DERECHO TERRITORIAL INDÍGENA COMO DERECHO HUMANO. UN ANÁLISIS DEL PROCESO DE AUTODEMARCACIÓN DE TERRITORIOS INDÍGENAS EN VENEZUELA (1999-2014)¹

LINDA BUSTILLOS*

VLADIMIR AGUILAR**

CARLOS GRIMALDO***

Resumen

La Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) reconoce los derechos indígenas, entre los cuales se encuentra el territorial. De acuerdo con lo que señala el artículo 119 de dicha Carta Magna, el derecho al territorio de estas poblaciones se ejerce a través de la política pública de la demarcación, entendida como el proceso en el que se deslinda su espacio territorial, proceso realizado por el Estado con participación de los pueblos y comunidades por demarcar, para posteriormente titular la propiedad colectiva de estos grupos.

¹ Este artículo es el resultado de un proyecto de investigación financiado por el Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico (CDCHT) de la Universidad de Los Andes (Mérida-Venezuela), bajo el código D-419-11-09-C, el cual se titula "Evaluación del estado del proceso de (auto)demarcación de territorios indígenas en Venezuela (1999-2014)"

* Politóloga y abogada venezolana. Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes (ULA), Mérida-Venezuela; investigadora del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI) de la misma universidad. Magister en Ordenación del Territorio y Gestión Ambiental de la Universidad de Los Andes (2011). Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (2013). Doctoranda en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Madrid.

** Politólogo y abogado venezolano. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes (ULA), Mérida, Venezuela. Coordinador del Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL). Investigador responsable del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI) de la ULA. Posee una especialización en Relaciones Internacionales en la Universidad Central de Venezuela (UCV) y un diploma de estudios superiores en Historia y Política Internacional en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales (IUHEI) de Ginebra, Suiza. Doctor en Estudios del Desarrollo (mención política internacional por el IUHEI).

*** Abogado venezolano. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes (ULA), Mérida-Venezuela, en el Departamento de Derecho Privado. Investigador del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI). Magister en Propiedad Intelectual por la Universidad de Los Andes (ULA). Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (2013). Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Madrid.

A 15 años de aprobada la Constitución, este proceso de deslinde ha sido lento y equívoco. La demora ha ocasionado que, en la actualidad, estos grupos humanos se encuentren acechados por intereses externos (minería ilegal, proyectos de desarrollo, fuerzas irregulares, entre otros), los cuales amenazan su existencia como culturas diferenciadas ya que el derecho al territorio es un Derecho Humano fundamental para su supervivencia. El presente artículo, es resultado de una investigación de campo. En una primera parte, se analiza la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI) (2005) en Venezuela, con el propósito de esclarecer en cuál etapa es que se paraliza el proceso de deslinde territorial. Posteriormente, se detalla, como consecuencia de lo anterior, cuántas comunidades y pueblos indígenas se han demarcado y titulado desde el 2005 hasta el 2014. Finalmente, abordamos en las conclusiones, algunos elementos que podrían echar andar nuevamente este proceso de deslinde territorial en Venezuela y alertamos, de su importancia para la supervivencia de estos grupos humanos.

Palabras clave: pueblos indígenas, derechos territoriales, derechos humanos, demarcación territorial.

Abstract

The 1999 Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (CBRV) recognizes Indigenous Rights; among them, the territorial claims. In agreement with what is stated in the article 119 of the Magna Carta, the right to the territory of these populations is exercised through the public policy of demarcation, which is understood as the process in which its territorial space is disclaimed, made by the State in participation with the peoples and communities to be demarcated, subsequently to entitle the collective ownership for these human beings groups.

Fifteen years after the Constitution was approved, this process of delineation has been slow and misleading. This delay has caused that in the present, these human beings groups are being stalked by outside interests (illegal mining, development projects, irregular forces, among others) who threaten their existence as distinct cultures; since the right to territory is a fundamental human right for their survival.

This article is the result of a field research. In the first part, the study analyzes the Organic Law of Indigenous Peoples and Communities (LOPCI) (2005) in Venezuela, with the purpose of clarifying at what stage the territorial demarcation process is paralyzed; and as a result, it describes how many communities and indigenous peoples have been demarcated and entitled from 2005 to 2014.

Keywords: indigenous peoples, land rights, human rights, territorial demarcation.

El Estado venezolano reconoce y garantiza el derecho originario sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan los pueblos y comunidades indígenas (artículo 119 de la CRBV); sin embargo, toda norma reconocida necesita para su ejercicio el diseño de una política pública que la haga efectiva en la realidad social. En el caso del derecho al territorio, la demarcación es la política que materializa este principio constitucional. Así lo expresa Torre Cuadrada (2010, p.113) cuando señala que “para el ejercicio del derecho al reconocimiento de la propiedad y de la posesión de las tierras ancestrales del que son titulares los pueblos indígenas es imprescindible realizar con carácter previo la demarcación territorial”.

Es necesario realizar una acotación sobre el significado del deslinde de tierras indígenas para en relación con la soberanía e integridad del Estado venezolano. La demarcación en Venezuela, solo podrá realizarse con la finalidad de reivindicar derechos fundamentales (propiedad territorial, administración de los recursos que están dentro del territorio, desarrollo como pueblo, salud, educación, entre otros), y esto es posible a partir de la autonomía territorial (con sus propias formas de autogestión).² Lo anterior (autonomía) se enmarca en el principio internacional sobre “Libre Determinación”, que es un derecho reconocido para los pueblos³ en distintos instrumentos jurídicos internacionales (pactos internacionales sobre Derechos Humanos (1966) y Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2007)). Este derecho se puede ejercer a partir de dos vertientes: interna (autonomía) o externa (separación).

En la actualidad, a la mayoría de los pueblos indígenas en el mundo se les reconoce el principio de libre determinación desde la vertiente interna. Solo

se permite separación, de acuerdo con el Derecho Internacional:

-en dos supuestos extremos (...) Uno es el de la población de un territorio anexionado por un Estado mediante un uso de la fuerza prohibida por el Derecho Internacional (...) El otro supuesto se daría en el caso de que un Estado violase masivamente los derechos de un pueblo, planeando y ejecutando o consintiendo su genocidio, discriminándolo políticamente de forma grave y sistemática o sofocando y destruyendo su identidad- (Remiro, 2000, p. 129).

En Venezuela, el proceso de demarcación comienza a llevarse a cabo en el año 2001 con la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas. Esta se caracteriza por ser una ley especial, y su importancia fundamental consiste en que reconoce en su artículo 9 la autodemarcación, por medio de la cual aquellos pueblos y comunidades que ya hayan empezado a demarcar sus territorios “podrán solicitar la revisión y consolidación de sus títulos (...)”⁴ (Bustillos y Aguilar, (2011)). Posterior a este instrumento jurídico, se aprueba la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI) (2005), la cual

2 De acuerdo con la CRBV, en su artículo 126: “Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional”.

3 En un comienzo este principio era reivindicado por los pueblos coloniales en el contexto de la descolonización (1970). Luego fue heredado a los pueblos indígenas y a aquellos pueblos que se encuentran todavía bajo dominio colonial o bajo ocupación extranjera.

4 Esta política de autodemarcación sigue la metodología que se regula en la LOPCI para la demarcación de los territorios indígenas; no obstante, es más expedita y tiene mejores resultados como proceso en la reivindicación de los derechos territoriales, pues son los propios indígenas quienes delimitan sus espacios ancestrales de acuerdo con sus mapas mentales (etnografía) y planes de vida.

reglamenta todas las etapas y elementos que se deben reunir para armar cada uno de los expedientes (por pueblos o comunidades) que luego serán revisados por el ejecutivo, para proceder a la titulación colectiva. En materia de derechos territoriales estas son las normativas internas que regulan el proceso de demarcación en Venezuela.

Siguiendo a la LOPCI, existen 40 pueblos indígenas para el año 2005. En la actualidad se reconocen 44 pueblos y aproximadamente 2892 comunidades indígenas. Todos estos grupos, que se encuentran en condición de pobreza y que están acechados por grandes proyectos económicos dentro de sus territorios, aspiran a que la autodemarcación mejore su calidad de vida, enmarcada está en la -seguridad territorial-.

Como se ha demorado la ejecución de esta política (la demarcación) tarea que le corresponde ejecutaral Estado, los pueblos indígenas han comenzado “desde abajo” a desarrollar sus expedientes de autodemarcación. Este proceso consiste en que los propios actores sociales son los que se encargan de elaborar los requisitos que exige la LOPCI, dejándole únicamente al aparato estatal la validación de los datos recopilados para que este rectifique la información y, posteriormente, solo tenga la tarea de titular. Esta política de la autodemarcación es un mecanismo para acelerar las reivindicaciones de los derechos territoriales en Venezuela.

A continuación analizaremos, primero, las etapas del proceso de demarcación en Venezuela; segundo, trataremos de precisar la fases en las que se paraliza el proceso de autodemarcación; y, finalmente, detallaremos cuál es el estado del proceso de (auto)demarcación en el país, para lo cual mostraremos sus resultados en los últimos 15 años.

I.- Metodología de la investigación

Abordamos esta investigación desde una perspectiva sistémica, la cual nos permitió analizar el estado del derecho territorial indígena en Venezuela como derecho humano fundamental para la sobrevivencia de los grupos indígenas como poblaciones diferenciadas.

La investigación se realizó a partir de tres dimensiones enmarcadas en una visión crítica que nos facilita una comprensión holística del estudio. Una primera es la de las Relaciones Internacionales como disciplina científica, la cual nos ayuda, a través de sus teorías y modelos de análisis, a dar respuesta a los cambios que está experimentando la sociedad internacional; esto nos permite entender la evolución de los derechos indígenas, incluyendo el territorial. Una segunda aproximación se efectúa desde el Derecho Internacional: se analiza desde el principio de libre determinación si los pueblos indígenas, con base en la vertiente interna de este derecho, pueden reivindicar sus territorios ancestrales. Finalmente, la tercera visión se encuentra enmarcada en la antropología

jurídica y política, la cual nos brinda los modelos de análisis necesarios para estudiar la cuestión indígena; con ello tomamos distancia de nuestros propios imaginarios y representaciones.

Además, la investigación es el resultado de un trabajo de acompañamiento realizado desde el Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas de la Universidad de Los Andes en distintas comunidades y pueblos indígenas (Yuckpa, Bari, Pemón, Yekuana, entre otros) que llevan adelante sus procesos de autodemarcación. Este trabajo de campo se desarrolla mediante la metodología de la observación-participante.

II. Etapas del proceso de demarcación en Venezuela

El proceso de demarcación en Venezuela se regula a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI) (2005) y de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas (2001). Esta última dejó muchos vacíos legales en cuanto al contenido del procedimiento que posteriormente fue desarrollado en la LOPCI. La ley de demarcación señalaría los aspectos generales que hasta ahora tienen vigencia. Las fases del proceso de demarcación tienen una connotación jurídica por la formalidad que brinda el acto administrativo desde la apertura del procedimiento hasta su cierre. Además, este proceso presenta una composición geográfica y política por incluir territorios, recursos,

población y voluntad del Estado en hacer efectivo el derecho.

Siguiendo lo anterior, realizaremos el análisis de las distintas fases que a nuestro criterio deben cumplirse para llevar a cabo el proceso de autodemarcación y demarcación.⁵La ley de demarcación no se encuentra dividida en fases; no obstante, esta distinción se ha realizado con el fin metodológico de analizar en cuál etapa del proceso es que la autodemarcación o demarcación se paraliza (Caballero, 2007, p.13).⁶ De acuerdo con nuestra investigación, las fases son cuatro: inicio del procedimiento, recolección de información y construcción del expediente, cierre del procedimiento, y titulación colectiva.

5 El proceso que sigue la demarcación y que está regulado en la LOPCI para lograr la titulación de tierras es el mismo que debe seguir la autodemarcación, esto último, porque dicha ley no le regula procedimiento específico sino que solo estipula que será validado por el Estado.

6 Debemos tener claro que el actor que debe garantizar el proceso tanto de demarcación como de autodemarcación es el ejecutivo nacional, a través de las comisiones nacionales y regionales. "La Comisión Nacional de demarcación del Hábitat y Tierras de los pueblos y comunidades indígenas es una comisión paritaria formada, originalmente, por miembros de ocho ministerios con competencia en la materia y por ocho representantes indígenas de los estados Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Sucre y Zulia".

Es importante señalar que las comisiones regionales dependen de la comisión nacional y, esta, a su vez, depende del Ministerio del Poder Popular para el Ambiente, a través de la Secretaría Técnica Ejecutiva de la Dirección General de Ordenación y Administración Ambiental del Ministerio. Asimismo, es el Estado quien debe prestar los recursos y subsanar cualquier falta de índole administrativa que retarde el proceso.

Inicio del procedimiento

Se encuentra regulado, de acuerdo con la LOPCI, desde el artículo 38 hasta el 41, y da cuenta del proceso de solicitud. Esta solo puede ser realizada por el pueblo o comunidad por autodemarcar. La solicitud se realiza ante las comisiones regionales de demarcación, las cuales darán inicio al procedimiento. Respetando los patrones culturales del pueblo o comunidad que la realice, la solicitud puede ser oral o escrita. Si es oral se escribe la solicitud por parte del ente que la recibe (comisiones regionales). Sin embargo, en cualquiera de los dos casos se debe entregar una constancia del recibo de la petición.

Al momento de realizar la solicitud el pueblo o comunidad deberá presentar los requisitos que se señalan en el gráfico N°1. Esto último es importante porque, una vez entregado el expediente, el Estado deberá posteriormente validarlo, lo cual le ahorra el trabajo de demarcar y vuelve más expedita la resolución de las demandas territoriales de los pueblos o comunidades que solicitan la autodemarcación.

Inicio del acto de apertura

Dentro de los lapsos administrativos, una vez que el ente competente recibe la solicitud cuenta con tres días hábiles para iniciar el acto de apertura del expediente. En el gráfico N°1 se indica que son las comisiones regionales las que reciben la solicitud, pero si es consignada a la Comisión Nacional,

esta deberá remitirla a las comisiones regionales, según lo señala el artículo 40 de la LOPCI, para la apertura y sustanciación del expediente. Posterior a este lapso, la comisión regional, dentro de los tres días de iniciado el acto de apertura, librará la notificación de la solicitud al pueblo o comunidad indígena por demarcar. Asimismo publicará carteles en diarios de circulación con el fin de notificar a todas las personas cuyos intereses puedan verse afectados en el proceso de demarcación.

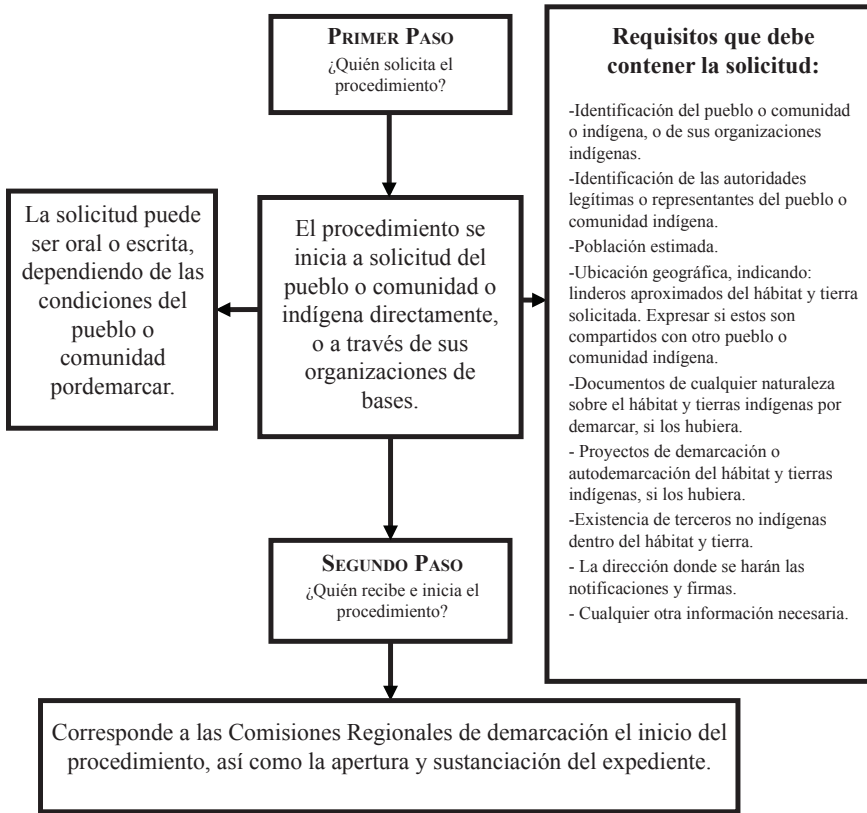
Desde el acto de apertura hasta el cierre puede darse una “duración de ocho meses”⁷ por lo cual el hábitat y territorio queda protegido jurídicamente hasta que se titule el territorio. De esta forma, ningún pueblo o comunidad indígena podrá ser desalojado (artículo 41), desplazado o forzado a salir de los territorios que siempre ha ocupado y que forman parte de la demarcación que ha introducido.

Recolección de la información

En esta etapa del procedimiento, una vez que ya se inició la apertura y la sustanciación del expediente, los pueblos indígenas deberán recolectar toda la información necesaria para demostrar su pertenencia al territorio; es decir, es necesario recopilar información relativa a la dinámica cultural que estos habitantes han mantenido sobre el espacio donde habitan, a fin de justificar el deslinde de tierras.

7 Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente (2009, p.4).

Grafico N.º 1.- Inicio del procedimiento (artículo 38 de la LOPCI)



Elaboración propia, siguiendo el contenido de la LOPCI.

El expediente del proceso de autodemarcación se constituye a partir de los siguientes estudios: técnicos, socioculturales, físico y jurídico, cada uno de los cuales debe contener la siguiente información:

✓ **La situación cultural de los pueblos y comunidades indígenas**

La identificación detallada del pueblo o comunidad indígena por autodemarcar, lo cual debe coincidir con la apertura del expediente. Este primer apartado debe contener los datos históricos

del pueblo o comunidad en la cual se describe el proceso de ocupación de los territorios. Además, es necesario indicar si los territorios responden a condiciones de ancestralidad o tradicionalidad.⁸ También es necesario elaborar una transcripción de la relación

8 Estas categorías de ocupación territorial quedan especificadas en el artículo 119 de la CRBV. La de ancestralidad da cuenta de los procesos de ocupación desde los tiempos de la colonia. La de tradicionalidad, por su parte, existe para proteger a aquellos pueblos que, por motivos ajenos a su dinámica, han sido desplazados a nuevos lugares, los cuales ya se encuentran impregnados de su identidad.

cultural de dichos grupos indígenas con su entorno espacial.

En este informe (si podemos llamarlo así) se debe registrar, además de lo anterior, datos lingüísticos (familia lingüística, dialecto); socio-antropológicos (estudio etnográfico), el censo poblacional, y, finalmente el mapa mental elaborado por el pueblo o comunidad relativo a su territorio. Este último, para nosotros, resulta el requisito más importante, debido a que la etnografía, como representación espacial, señala los límites territoriales que se encuentran en el imaginario de la comunidad o pueblo indígena. Además de esto, la plasmación de la dinámica espacial, definida por las zonas representadas (lugares de caza, pesca, recolección, conuco, lugares sagrados, entre otros) da cuenta de los planes de vida (planes de ordenamiento desde la lógica occidental), que son una herramienta de gestión pública necesaria para lograr el objetivo final que debe tener el proceso (demarcación o autodemarcación): la autogestión territorial.

De acuerdo con lo anterior, sería relevante introducir en este informe la proyección poblacional de la comunidad o pueblo, pues esto nos permitiría planificar a futuro los servicios que estos requerirán y sostener que el espacio territorial, que muchas veces se ha considerado por el gobierno como grandes extensiones para estos grupos humanos, responde también a lugares de soporte para las futuras familias que existirán y que se pueden identificar por las tasas de crecimiento.

✓ Situación física de los pueblos y comunidades indígenas involucrados

En este informe es necesario: detallar la ubicación geográfica (linderos) de la comunidad o pueblo indígena y la extensión del territorio; realizar el levantamiento cartográfico y topográfico; detallar la toponimia e identificar las características, elementos propios y demás datos necesarios para la delimitación del hábitat y tierras indígenas.

✓ Situación jurídica del hábitat y tierras

Se realiza una exposición motivada de los aspectos legales y jurídicos en torno a si existe un proceso de autodemarcación y/o títulos de cualquier naturaleza que otorguen derecho a los pueblos y comunidades indígenas sobre el hábitat y las tierras. Asimismo, se incorpora la situación de los terceros de cualquier naturaleza.⁹

Debería incorporarse, además, los posibles conflictos que puedan surgir como consecuencia de la autodemarcación, con el objetivo de diseñar estrategias, antes del proceso de titulación, que permitan subsanar a futuro potenciales estallidos sociales, derivados de una inadecuada aplicación de esta política.

Cierre del expediente

Una vez que el pueblo o comunidad indígena entrega el expediente completo a las comisiones regionales, estas tienen

⁹ Estos pueden ser: naturales o jurídicos; públicos, privados o mixtos; nacionales o extranjeros, siempre que prueben con instrumentos; la posesión o propiedad, la cual deberá ser verificada por el Estado.

15 días continuos para su discusión. Es un deber de la comisión regional, y un derecho del pueblo o comunidad por demarcar, que el expediente les sea remitido a los habitantes del pueblo o comunidad (durante el trascurso de estos 15 días), pues así ellos podrán hacer las observaciones que consideren pertinentes; por ejemplo, cuando no coincide lo que la comisión quiere demarcar con lo que se encuentra en el expediente (hábitat y territorio reclamados).

Este expediente posteriormente será remitido a la Comisión Nacional de Demarcación, la cual cuenta con tres días hábiles después de la recepción para distribuirlo entre sus miembros. Al quinto día se fijará su discusión. Si en la revisión se evidencia que falta algún requisito, esta comisión notificará a la Regional para que envíe la información en un lapso de cinco días. Recibida la información o vencido el lapso continuará la discusión del informe de demarcación, la cual no podrá extenderse más allá de un máximo de 15 días.

Lo anterior constituye una descripción de los tiempos del proceso. Los conflictos que se deriven por la demarcación con terceros deberán ser solventados durante el proceso de demarcación. En el caso de que se acuerden pagos para subsanar los derechos de un tercero, estos pagos los deberá realizar la Comisión Nacional de Demarcación (artículo 46).

Titulación colectiva de las tierras

Concluido el lapso para la discusión del expediente de autodemarcación o demarcación, la Comisión Nacional, dentro de los cinco días hábiles siguientes, se pronunciará mediante un dictamen de demarcación y titulación, para puntualizar información sobre:

- Identificación del pueblo o comunidad que introdujo el expediente de autodemarcación o demarcación;
- Indicación de los linderos y medidas del hábitat y tierras (definitivas) reconocidos como propiedad colectiva. Dentro de este territorio, la Comisión Nacional detallará: 1.- Espacios naturales correspondientes a áreas naturales protegidas (si los hubiera); 2.- Terrenos declarados como ejidos (si los hubiera);
- Indicación de los espacios geográficos donde se estén ejecutando proyectos, concesiones o actividades de carácter público, privado o mixto de desarrollo o aprovechamiento de recursos naturales. La información debe acompañarse de los mapas y demás documentos correspondientes (en el caso de problemas con terceros el Estado está en la obligación de sanear las tierras indígenas durante el proceso de demarcación, no posteriormente, y de pagar, de ser el caso, según lo señala el artículo 46). Por último, el título de

propiedad será entregado por la Procuraduría General de la República (en un tiempo máximo de 30 días hábiles).

Las etapas señaladas son importantes pues nos permiten identificar en cuál parte es que se paraliza el proceso de autodemarcación o demarcación. Las etapas anteriores nos ayudan a entender si la demora del Estado se deriva de una circunstancia jurídica de incumplimiento de lapsos o requisitos, o si, por el contrario, todo el proceso se detiene en el artículo 46 de resolución de conflictos e intereses sobre el territorio, artículo en el cual no solo se identifican intereses de terceros sino también de mega-proyectos del Estado.

Realizando una síntesis de las etapas, el procedimiento de la autodemarcación sería el que se indica en el Grafico N°2.

Fases en las que se paraliza el proceso de autodemarcación de territorios indígenas en Venezuela

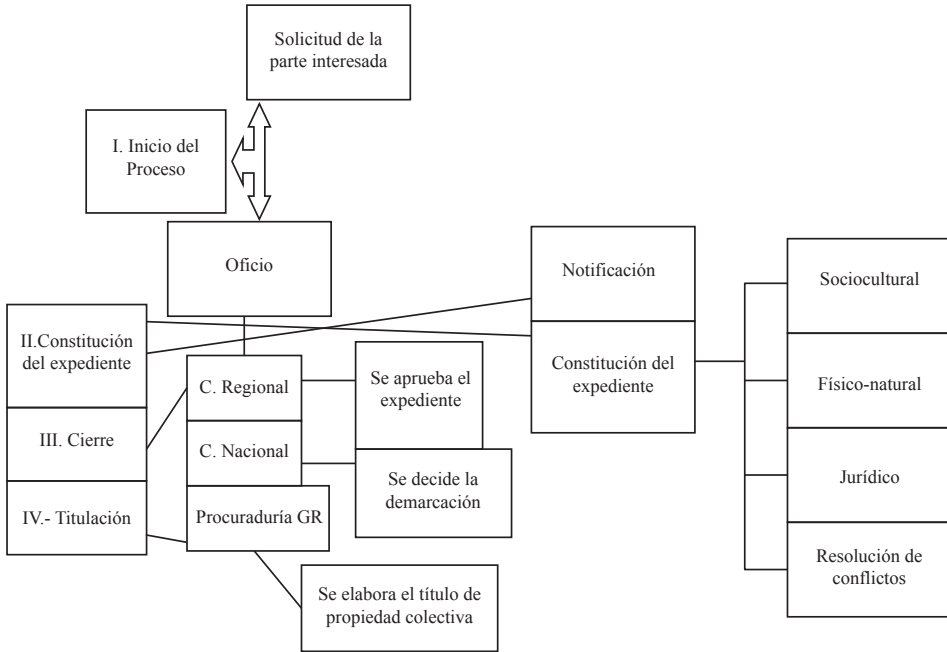
Las etapas del proceso nos indican que la autodemarcación se paraliza en *un primer momento* en la constitución del expediente, cuando se llega a la valoración de los conflictos socio-jurídicos. Esto se puede explicar a través del artículo 46 de la LOPCI, el cual señala que en caso de conflictos con terceros, independientemente de su naturaleza, estos deben solventarse durante el proceso de demarcación; sin embargo, los recursos y el territorio que es lo que se disputa se convierten en un juego de

intereses entre el Estado, los terceros y los indígenas.

Por ejemplo, en el caso de la Sierra de Perijá (Estado Zulia, Venezuela), se llevó a cabo el proceso de autodemarcación del pueblo Yuckpa, y, dentro del territorio que se reivindicó se encuentran intereses de empresas de carbón y de ganaderos. Estos últimos actores han manifestado estar de acuerdo con el proceso, siempre que el Estado pague las bienhechurías (artículo 46), tal como lo hizo saber el propietario de la Hacienda Paja Chiquita Nelson Chacin: “sinceremos la demarcación y que paguen las bienhechurías de esta finca” (Fernández, 2010). Sin embargo, hasta la fecha la demarcación que se pensó como un proceso para reconocer los derechos de los pueblos indígenas y para mejorar su calidad de vida se ha transformado en una política que, debido a la negligencia del órgano competente, ha generado conflictos sociales entre los actores de la zona.

Un *segundo momento* de paralización lo constituye el cierre del procedimiento. La gran pregunta es qué se va a demarcar, puesto que si el proceso siguiera el espíritu de la LOPCI debería deslindarse lo representado en el mapa mental, cartografiado y georreferenciado posteriormente, lo cual ocasiona que el proceso sea realmente exitoso. El problema es cuando se intenta deslindar los territorios indígenas de acuerdo con los intereses de los terceros y con los temores del

Gráfico N° 2. Etapas del proceso de autodemarcación



Elaboración propia, siguiendo el contenido de la LOPCI.

propio Estado, ya que esto genera la entrega, entonces, de territorios fragmentados y no continuos (Informe Físico Natural de la Comisión técnica, MINAMB, 2006).¹⁰

¹⁰ Esto último es en lo que se ha convertido el proceso de deslinde. Una de las experiencias más ilustrativas es la del pueblo Barí, donde se entregaron 12 títulos que reconocen “una perimetral en los linderos con la república de Colombia y el piedemonte perijanero con 206 mil hectáreas donde se ubican 15 comunidades entre enormes pendientes que forman las altas montañas de la Sierra de Perijá y el Parque Nacional Perijá, así como 107.261,70 hectáreas de lotes de carbón que pretenden ser explotados por el Estado y empresas imperiales minero energéticas en el piedemonte perijanero, la permanencia de más de 30 parceleros, seis haciendas y varias familias desplazadas y refugiados por la guerra imperial en Colombia...”. (Informe Físico Natural de la Comisión técnica, MINAMB, 2006)

Estos dos momentos de estancamiento del proceso se han solventado en detrimento del débil jurídico (pueblo o comunidad indígena): se han adoptado decisiones que forman parte, en la actualidad, de los recetarios para aligerar el proceso de autodemarcación. Estas son:

1. No aprobar la demarcación de territorios continuos, lo cual rompe con cualquier relación entre cultura y territorio. De esta forma, se da continuidad a los mismos patrones de propiedad privada e individual que se impulsaron desde los tiempos

- coloniales con la figura de los resguardos indígenas.¹¹
2. De acuerdo con lo anterior, el proceso de autodemarcación puede realizarse por un pueblo o comunidad o por varios pueblos o comunidades; sin embargo, para evitar entregar grandes porciones de territorio, hasta ahora el Estado solo ha reconocido procesos de autodemarcación por comunidad y no por pueblo.
 3. Para evitar el pago por el saneamiento de territorios indígenas, y en ese juego de intereses entre el Estado y los terceros, se han implementado las llamadas “cartas de convivencia” para que los indígenas convivan con los terceros dentro del territorio. La pregunta sería entonces: ¿para qué se demarca? La fundamentación, sería la siguiente:

“Los Barí de la parte alta van a tener 214.000 hectáreas (...) Saben cual ha sido la crítica más fuerte que ha tenido la demarcación por parte de las personas del mismo Gobierno, que están acusándolos, a los Barí, de los terratenientes del futuro (...) pero no es así pues ellos van a propiciar (dentro de la perimetral) la convivencia con los terceros, porque no solamente es el ganadero, los terceros son también los campesinos, los Wayuu, los colombianos en situación de

refugiados que también tienen derechos porque el país tiene acuerdos internacionales en los cuales dan derechos a esas personas” (Sociedad Homo et Natura, 2008).

Desde nuestra investigación nos apartamos de la postura de este sociólogo, pues, si después de 14 años esta sería la conclusión, no era necesario insertar la reivindicación de los derechos territoriales indígenas en la Constitución de 1999, ya que con el régimen agrario de la de Carta Magna de 1961 era suficiente para justificar este tipo de tenencia a la que se pretende someter de nuevo al indígena.

Este último momento (cierre del expediente) es responsabilidad del informe enviado a la Procuraduría General de la República (por parte de la Comisión Nacional) para luego titular, o de la Procuraduría que titula de acuerdo con un espíritu agrarista sin tomar en cuenta la información suministrada como resultado del proceso de autodemarcación o demarcación. Estas parálisis institucionales nos permiten, a 14 años de reconocida la Constitución, puntualizar en las principales contradicciones del proceso: primero, el carácter y contenido de los títulos otorgados; segundo, el renombrado tema de los terceros, lo cual se ha terminado convirtiendo en la limitante principal del reconocimiento de los derechos territoriales indígenas: tercero, el carácter y composición de las Comisiones de Demarcación (regionales y nacional y, la poca creatividad (jurídica y política) que ha existido en su seno

11 Situación que en pleno Siglo XXI no debería producirse, sobre todo en un Estado cuya constitución apuesta por lo multiétnico.

para traducir derechos reconocidos en derechos ejercidos, sobre todo, en la definición de políticas públicas hacia los pueblos y comunidades indígenas; cuarto, la ausencia de concretar en procedimientos simples cada uno de los pasos y requisitos para la configuración del expediente de la demarcación, así como el exceso de burocratismo de funcionarios e instituciones públicas competentes en materia indígena; quinto, la falta de participación indígena en la mayoría de los procesos de demarcación llevados a cabo por las Comisiones de Demarcación respectivas; sexto, la incomprensión de la autodemarcación como fundamento y alternativa a la limitada demarcación.

III.- Estado del proceso de autodemarcación en el país

Se han demarcado y titulado, hasta el 2013, 80 comunidades indígenas;¹² no obstante, ninguna titulación se ha realizado por pueblo. Según los datos aportados en una presentación realizada en febrero de 2014 en el Instituto Nacional de Parques del Estado de Mérida, - Venezuela, para ese año (2014), la prioridad de las titulaciones eran para los pueblos: Japrería (una solicitud); Kariña (cuatro solicitudes); Chaima (una solicitud); Kariña y Chaima (dos

solicitudes); Hoti, Piaroa, Yabarana, Jivi y, Piapoco (dos solicitudes); y Pemón, Yekuana-Sanema, Yekuana-Pemón y Piaroa (trece solicitudes).

La demarcación hasta ahora no se ha realizado siguiendo la cosmovisión de los pueblos indígenas sobre sus territorios porque, como hemos dicho anteriormente, donde existe diversidad cultural en el país existe diversidad biológica, y esto entra en juego en la lucha por el control del espacio. Lo que hasta ahora se encuentra demarcado constituyen pequeñas porciones territoriales. Una de las características en estos primeros diez años de demarcación es la delimitación por comunidad, lo cual fragmenta la cosmovisión de los territorios ancestrales.

El Estado no debería tener preocupaciones por los recursos naturales del subsuelo; pues constitucionalmente se encuentra reconocido que es propietario. El Estado solo debe implementar figuras de protección para cada territorio por titular en aquellas áreas donde se contrapongan intereses; por ejemplo, en los espacios de ecosistemas frágiles y poblaciones autóctonas; se puede crear una figura de hábitat indígena donde se armonicen los usos para la conservación de los territorios a favor de los grupos indígenas, que son los que le dan dinámica dichos territorios (Aguilar y Bustillos, p. 11, 2011). Asimismo, en las zonas urbanas, donde se localizan estas poblaciones se debería normar mediante ordenanza los municipios indígenas,

12 La distribución de esos títulos se da de la siguiente forma, en el período comprendido entre el 2005 y el 2013: Anzoátegui (pueblo Kariña) treinta títulos. Amazonas un título (entregado en 2012), Apure 22 títulos, Delta Amacuro dos títulos, Bolívar cinco títulos, Monagas 14 títulos, Sucre un título y Zulia cinco títulos-(Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente, (2014).

en cuyo caso se les debe brindar protección a los indígenas, como sujetos de derechos diferenciados.

En la actualidad el proceso de autodemarcación se encuentra paralizado, y esto se reafirma con los datos que nos aporta el Ministerio del Poder Popular para el Ambiente (2009). Por ejemplo, hasta el 2007 se habían titulado 32 comunidades indígenas, las cuales representaban el 1,4 % de un total de 2.295 comunidades; se entregaron 32 títulos de propiedad colectiva. Para el año 2007 restaban 2.263 comunidades por demarcar o titular. Entre el año 2007 y el 2009 se produjo un aumento no representativo del 1% al titular 41 comunidades indígenas, lo que resultó en un total para el 2009 de 73 comunidades indígenas tituladas, las cuales representan el 3,22% de esa población; (a ello hay que restar 2.222 comunidades por demarcar o titular). Desde el 2005 y hasta el 2007 solo se habían titulado comunidades Kariña, Pume, Jivi y Warao. Ya en el 2009, algunas comunidades Yukpa de la Sierra de Perijá recibieron títulos de propiedad colectiva (33 comunidades). Por otra parte, desde el 2009 y el 2013, se titularon 7 comunidades más, quedando 2215 pendientes de ser titulares. Además de esto, desde el 2005 han sido beneficiadas comunidades de diez pueblos indígenas¹³ de los 44 que se localizan en el territorio venezolano.

El balance hasta ahora es que la demarcación ha sido lenta y la validación de

la autodemarcación también. No todas las comunidades se encuentran en el mismo estado, hay muchas que han comenzado sus procesos de deslinde acompañadas técnica y financieramente por aliados de la causa indígenas, otras están a la espera de la validación de los datos recopilados; y, finalmente, un tercer grupo pudiese no haber iniciado este proceso.

La cuestión indígena ha formado parte de la agenda nacional desde los cambios constitucionales de 1999. La política de la demarcación permite que los pueblos indígenas puedan salvaguardar su existencia como culturas diferenciadas, puesto que es en el territorio, donde se materializan todos los derechos reconocidos por el aparato estatal. Además, en esta tendencia del modelo multicultural, que involucra la inclusión de todas las culturas que conforman el Estado, ejecutar este procedimiento significaría avanzar en la realidad social multiétnica, ya que esto le permitiría a los pueblos indígenas tener control sobre el manejo y gestión de sus territorios (lo cual han hecho de forma ancestral). Asimismo, les garantiza la protección de los territorios frente a agentes externos, así como ser incluidos desde este modelo de la diversidad cultural en igualdad de condiciones frente a una sociedad que ha buscado homogenizarlos.

Esto último no es sencillo, pues al derecho indígena se contraponen el “interés nacional” de un aparato estatal que aunque se proclama multicultural

13 Kariña, Pume, Jivi, Cuiva, Warao, Yukpa, Yaruro, Bari, Mapoyo y Pemón (Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente. (2014).

continúa siendo liderado por las instituciones del Estado-Nación, anclado en preceptos racistas y desfasado de la realidad latinoamericana. Hasta el 2014 en Venezuela no se han producido cambios significativos ni se han desarrollado estrategias que realmente apuesten por la autogestión indígena; se siguen imponiendo, más bien, las políticas asistencialistas para pelear la pobreza de este actor social, pero no se reconoce la importante de un tratamiento diferenciado que proteja y garantice los derechos de los indígenas, derechos que han sido reconocidos a nivel internacional y nacional, y cuyo principio más importante de reivindicar sería el de la libre determinación desde su vertiente interna (autonomía).

IV.- Conclusiones

La política de demarcación es un derecho que se encuentra en demora con los Pueblos y Comunidades Indígenas por parte del Estado. Según los datos recopilados, hasta la fecha solo se han titulado 80 comunidades indígenas en lo que pudiésemos llamar la *primera etapa de la demarcación territorial* (la del reconocimiento de derechos).

El Estado, por temor al control del territorio y de sus recursos, ha secuestrado el proceso de demarcación realizando un deslinde que no responde al espíritu de las leyes reconocidas, sino a los intereses de los terceros: territorios discontinuos, pequeñas porciones y un título de propiedad que responde más a

una carta agraria que al otorgamiento de la propiedad colectiva.

La autodemarcación es la política más idónea frente a la demarcación, en la medida en que aquella logra deslindar, desde la visión indígena, los límites trazados en la representación territorial (etn-cartografía); es decir, es el resultado de algo más amplio que no se concreta en el título: el reconocimiento de una dinámica cultural sobre el espacio. Se trata entonces, de planes de ordenamiento ancestrales, los cuales, solo deben ser reconocidos y fortalecidos por el Estado a través de políticas interculturales que propicien el desarrollo sostenible de estos pueblos.

La autodemarcación tiene una estrecha relación con los planes de vida de los pueblos indígenas en la medida que los límites de sus territorios son la expresión de la dinámica territorial de estas poblaciones. Por el contrario, la demarcación es el resultado de un deslinde técnico que no guarda relación con los planes de ordenamiento ancestral. La demarcación, por consiguiente, se ha convertido en una política promovida y aplicada solo para cumplir con un requisito legal enmarcado en un título de propiedad.

La lentitud del proceso de autodemarcación es consecuencia de la falta de voluntad política del gobierno, que, frente al viejo fantasma de la soberanía y la integración territorial, no tiene como prioridad reivindicar los derechos territoriales de las poblaciones indígenas. No

obstante, un Estado que se defina como multicultural debe encontrar en la diversidad de culturas la legitimidad de su estabilidad; es decir, una política expedida de autodemarcación, de acuerdo con lo que plantea el espíritu de la LOPCI, ayudaría no solo a mejorar la situación económica de estos pueblos desde sus propios preceptos de desarrollo, sino además a armonizar el ordenamiento del territorio venezolano, con los planes de vida indígena. Esto último le permitiría a dicha población desarrollar una economía más sostenible.

Un aparato estatal que se declare multicultural no puede sostenerse en un modelo de explotación petrolera. Mientras esto no se supere, y mientras el extractivismo sea uno de los lineamientos económicos del Estado,¹⁴ el -interés nacional- no permitirá que se avance en el deslinde y, por tanto, titulación colectiva de las poblaciones indígenas. A seis siglos de la colonización y del primer genocidio y fragmentación de estos territorios indígenas, aún sigue el Estado apostando por esta política contrarios a los derechos e intereses de los pueblos y comunidades indígenas, que ha sido heredada de la colonia.

Mientras no se demarquen los territorios indígenas en Venezuela, sus derechos

14 De acuerdo con el Plan de la patria 2013-2019 (Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, 2012), en su objetivo III, se busca convertir a Venezuela en un país potencia en lo social, lo económico y lo político dentro de la gran potencia naciente de América Latina y el Caribe. Se pretende con ello que se garantice la conformación de una zona de paz en nuestra América.

fundamentales, como la vida, la alimentación y la educación propia, seguirán siendo derechos pendientes de materialización y concreción en los territorios indígenas. En este sentido, la demora del ejercicio del derecho territorial mantiene la cultura de las poblaciones indígenas al acecho de las amenazas que generan actores externos dentro de sus territorios (garimpeiros, mineros, fuerzas irregulares, ganaderos, entre otros), lo cual incluye los proyectos de desarrollo del propio Estado. Por tanto, la única forma de que estas poblaciones tengan seguridad jurídica consiste en la materialización de su deslinde territorial.

Referencias bibliográficas

- Bustillos, L. y Aguilar, V. (2011). *Una propuesta metodológica para diseñar planes de ordenamiento (planes de vida) en territorios indígenas como herramienta de gestión territorial*. Revista venezolana de Gestión Pública, año 2, N.º 2, pp. 141-174.
- Caballero, H. (2007). *La demarcación de tierras indígenas en Venezuela*. Revista venezolana de economía y ciencias sociales, vol. 13, N.º 13, p. 13.
- Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela. Plan de la Patria. Disponible en: <http://gobiernoenlinea.gob.ve/home/archivos/PLAN-DE-LA-PATRIA-2013-2019.pdf>
- Remiro, A. (2000). *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Torre Cuadrada, S. (2010). *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*. Madrid: Biblioteca Nueva.

Ministerio del Poder Popular Para el Ambiente (2009). *Estatus de demarcación del hábitat y tierra indígena*. Disponible en: www.minamb.gob.ve

Sociedad homo et natura (2008). *La comisión de demarcación de tierras indígenas pretende aniquilar la nación Barí*. Recuperado de www.soberania.org

Recibido: 10/12/2014 • **Aceptado:** 27/8/201





RECOMENDACIONES BIBLIOGRAFICAS

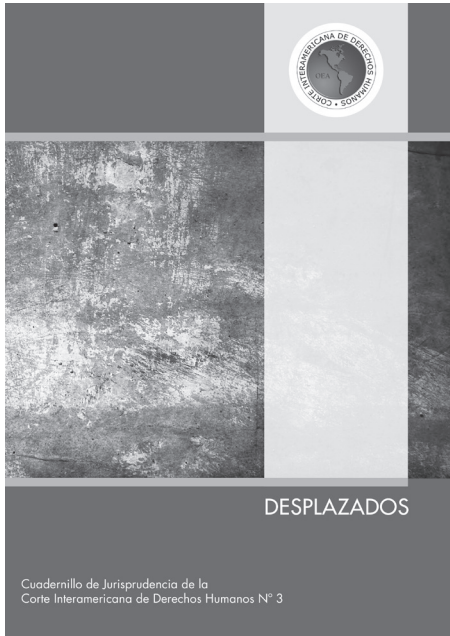




(Ilustración de *Jorge E. Guier*).

San José de Costa Rica.
1950.

Fuente: Repertorio Americano. Edición del 15 de agosto de 1950. p. 231.



Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 3: Desplazados

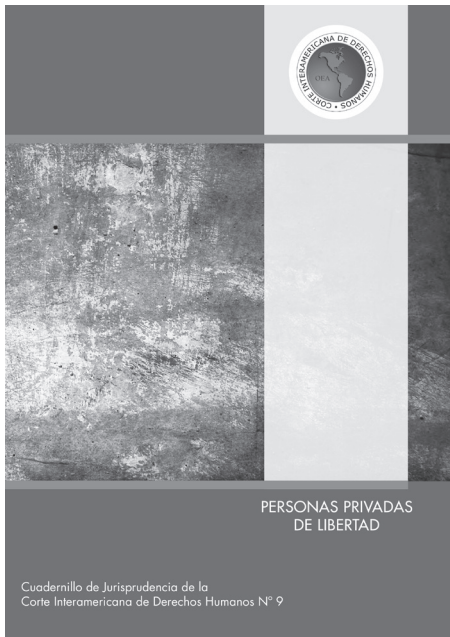
Autor: Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de Claudio Nash y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca.

Idioma: Español

País: Costa Rica

Año: 2015

Versión electrónica disponible en:
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/desplazados6.pdf>



Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 9: Personas Privadas de Libertad

Autor: Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de Claudio Nash y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca.

Idioma: Español

País: Costa Rica

Año: 2015

Versión electrónica disponible en:
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privados9.pdf>





Quinto Informe Estado de la Educación 2015

Autor: Programa Estado de la Nación

Idioma: Español

País: Costa Rica

Año: 2015

Versión electrónica disponible en: <http://www.estadonacion.or.cr/educacion2015/>



**La migración dominicana en Argentina.
Trayectorias en el nuevo siglo
(2000-2015)**

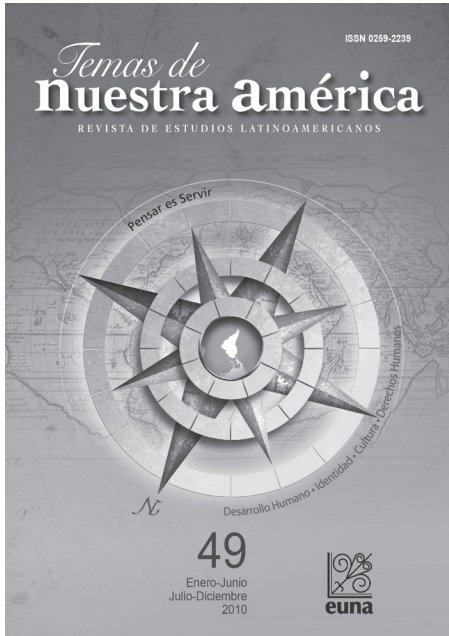
Autor: OIM, CAREF

Idioma: Español

País: Argentina

Año: 2015

Versión electrónica disponible en:
http://argentina.iom.int/co/sites/default/files/publicaciones/OIM-CAREF.web_.pdf



Temas de Nuestra América, Revista de Estudios Latinoamericanos

Autor: Instituto de Estudios Latinoamericanos, UNA.

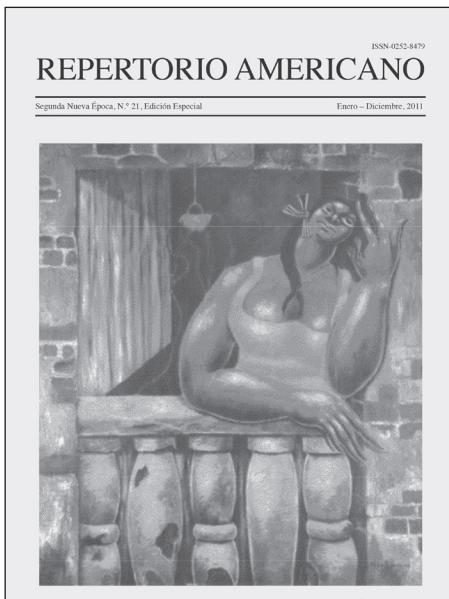
Idioma: Español

País: Costa Rica

Volumen: 38, No. 50

Año: 2015

Versión electrónica disponible en:
<http://www.revistas.una.ac.cr/tdna>



Repertorio Americano

Autor: Instituto de Estudios Latinoamericanos, UNA.

Idioma: Español

País: Costa Rica

Versión electrónica disponible en:
<http://www.revistas.una.ac.cr/repertorio>





NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TEXTOS

1. Los textos deben ser originales.
2. Los textos recibidos se someterán a arbitraje. La decisión de publicar un texto corresponde al Consejo Editorial considerando las recomendaciones realizadas por los(as) evaluadores(as).
3. El autor o autora se compromete a no postular, simultáneamente, en otra revista el trabajo enviado a la Revista Latinoamericana de Derechos Humanos.
4. Al presentar su trabajo a la Revista el autor o autora concede a esta los derechos de reproducción (por medios impresos y electrónicos).
5. El autor o la autora deberá aportar un resumen biográfico que incluya: nombre completo, profesión, cargo actual, afiliación institucional, nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica.
6. Se reciben trabajos en español.
7. Todos los trabajos deben contener un resumen en español y en inglés o el idioma de escritura de un máximo de 250 palabras, cada uno de los cuales (con excepción de poemas, cuentos, recomendaciones bibliográficas) deberá estar seguido de 4 palabras clave.
8. Las citas textuales inferiores a tres renglones deben incluirse dentro del texto con comillas y sin cursiva, las superiores a tres renglones deben estar separadas del texto, en bloque, sin comillas ni cursiva.
9. Las referencias bibliográficas se harán al interior del párrafo según el siguiente modelo: (Gamboa, 1988, p. 95). Las notas explicativas deben ser cortas (3 renglones máximo), colocarse al pie de la página, identificadas con un número y sin paréntesis.
10. Los trabajos deben tener las siguientes características formales:
 - a. Oscilar entre 12 y 30 páginas, incluyendo figuras, gráficos, anexos, etc.
 - b. Ser enviado al correo electrónico: ecerdas@una.cr
evelyncer@yahoo.com
 - c. Escritos en Word, letra Times New Roman 12, espacio 1.5, con márgenes de 3cm izquierdo y derecho y 2.5 inferior y superior.
 - d. Emplear el formato American Psychological Association (APA) 6ta. edición en inglés o 3era. en español, tanto en su estructura interna como en las referencias.
 - e. El título centrado y en negrita; el nombre del autor en el mismo tipo de letra a la derecha.
 - f. Los subtítulos en negrita y sin numeración ni letras.
 - g. Incluir bibliografía en formato APA 6ta. edición (únicamente los trabajos citados deben estar incluidos en la bibliografía). Ejemplo de libro: Apellido, inicial del nombre. (Año). *Título en cursiva*. Lugar de publicación: casa editora.
11. No existe costo para autores(as) por revisión de propuestas y publicación de textos.
12. La Revista es de acceso abierto y gratuito.

Información de contacto:

Revista Latinoamericana de Derechos Humanos

Instituto de Estudios Latinoamericanos

Facultad de Filosofía y Letras

Universidad Nacional, Campus Omar Dengo

Apdo. 86-3000. Heredia, Costa Rica.

Telefax: (506) 2562-40-57

Página Web: <http://www.una.ac.cr/idela/>

Correo electrónico: ecerdas@una.cr, evelyncer@yahoo.com

BOLETAS PARA CANJE Y SUSCRIPCIONES

Nos interesa establecer canje, le agradecemos llenar la siguiente boleta y enviarla a la siguiente dirección postal o correo electrónico:

Revista Latinoamericana de Derechos Humanos
Instituto de Estudios Latinoamericanos
Facultad de Filosofía y Letras
Universidad Nacional
Apdo. postal 86-3000
Heredia, Costa Rica, C. A.
Correo electrónico: evelyncer@yahoo.com



Instituto de Estudios
Latinoamericanos

Boleta para canje

Nombre de la publicación: _____

Tipo de publicación: _____

Área(s) de conocimiento: _____

Periodicidad de la publicación: _____

Organización/Institución: _____

Dirección de contacto: _____

Correo electrónico: _____

Persona responsable del canje: _____

Número de ejemplares: _____

Para uso en: _____

Fecha de la solicitud: _____



INFORMACIÓN PARA SUSCRIPCIONES

El Instituto de Estudios Latinoamericanos y el Consejo Editorial de la Revista está en la disposición de ofrecer algunas suscripciones a aquellas instituciones y organizaciones interesadas en la temática de derechos humanos y que no tienen material para el canje. Si es de su interés envíenos la siguiente boleta a la dirección postal o correo electrónico:

Revista Latinoamericana de Derechos Humanos
 Instituto de Estudios Latinoamericanos
 Facultad de Filosofía y Letras
 Universidad Nacional
 Apdo. postal 86-3000
 Heredia, Costa Rica, C. A.
 Correo electrónico: ecerdas@una.cr
 evelyncer@yahoo.com



Instituto de Estudios
 Latinoamericanos

Boleta para suscripciones institucionales

Nombre de la institución: _____

País: _____

Área(s) de conocimiento: _____

Responsable: _____

Correo electrónico: _____

Dirección de contacto: _____

Para uso en: _____

Fecha de la solicitud: _____



Esta revista se imprimió en el Programa de Publicaciones e Impresiones de la Universidad Nacional en el 2016, consta de un tiraje de 150 ejemplares, en papel bond y cartulina barnizable.