

Temas Socio-Jurídicos

Vol. 37 N°74 Enero - Julio de 2018 / 119p.

N°74



ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Bucaramanga, Colombia



Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

Temas Socio-Jurídicos

Vol. 37 N° 74 Enero - Junio de 2018

ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA



unab

Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

Revista Temas Socio Jurídicos

Publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad
Autónoma de Bucaramanga

ISSN 0120-8578

ALBERTO MONTOYA PUYANA
Rector

EULALIA GARCÍA BELTRÁN
Vicerrectora Académica

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA
Vicerrector Administrativo

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ
Decano Facultad de Derecho

MIGUEL ANGEL HERNANDEZ REY
Director General de Investigaciones

AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS
Directora

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA
Editora

COMITÉ EDITORIAL

Antonio Bohórquez Orduz

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá,
Colombia. Profesor Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia.

Gregorio Mesa Cuadros

Doctor en Derecho del Programa de Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III
de Madrid, España. Profesor Universidad Nacional de Colombia

Joaquín González Ibáñez

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesor Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España.

José Escribano Úbeda- Portugués

Doctor en Estudios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Doctor en Estudios Europeos por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y
Gasset
de Madrid, España. Profesor Universidad Carlos III de Madrid, España.

Nhoris Torregrosa Jiménez

Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá,
Colombia. Profesora Universidad Libre, Seccional Bogotá, Colombia.

Roberto Carlos Vidal López

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
Profesor Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

COMITÉ CIENTÍFICO

Beatriz Londoño Toro

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesora Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

David Sánchez Rubio

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España.
Profesor Universidad de Sevilla, España.

Javier Orlando Aguirre Román

Ph.D. of Philosophy State University of New York - Stony Brook, U.S.
Profesor Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

María del Pilar Zambrano

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, España
Profesora de la Universidad Austral, Argentina.

Ricardo David Rabinovich-Berkman

Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Profesor Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Rocío Zafra Espinoza de los Monteros

Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España.
Profesora Universidad Carlos III de Madrid, España.

ÁRBITROS

Alba Luz Becerra Sarmiento

Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Especialista en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Carlos Andrés González León

Doctor en Derecho, Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

Magister en Administración, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey – Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Ciencia Política, Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Derecho Procesal Civil, Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Diana Isabel Molina Rodríguez

Magistra en Filosofía de la Universidad del Valle Cali, Colombia.

Abogada de la Universidad de Nariño, Pasto, Colombia.

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Magister en Derecho, Universidad de Medellín, Colombia.

Especialista en Derecho administrativo, Universidad Pontificia Bolivariana - Sede Medellín, Colombia.

Especialista en docencia universitaria, Fundación Universitaria Luis Amigo, Medellín, Colombia.

Abogado, Universidad de Medellín, Colombia.

Mauricio Alberto Franco Hernández

Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Abogado, Universidad Santo Tomás de Aquino, Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Paul Breinner Cáceres Rojas

Estudiante de Maestría en Filosofía, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Abogado, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Filósofo, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

CORRESPONDENCIA

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Calle 42 No. 48 – 11 Conmutador (7) (57) 6436111-(7) (57) 6436261
Apartado Aéreo 1642 – Bucaramanga – Colombia
temassj@unab.edu.co

CANJE

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB – Biblioteca – Canje Bibliográfico
Avenida 42 No. 48 – 11 | PBX (7) (57) 643 6111 /643 6261
Bucaramanga – Colombia

La Revista Temas Socio-Jurídicos es una publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB.

Diagramación y diseño:

Biteca Ltda.

Portada:

Juan Sebastián Gutiérrez Rueda
Divagaciones: Óleo sobre tela. Dimensiones: 65 cm x 90 cm

Diseño y Producción:

Publicaciones UNAB

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio sin autorización escrita del autor.

Reservados todos los derechos.

Las opiniones de las y los autores expresadas en esta revista no comprometen de manera alguna la posición de esta publicación. Dichas opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Distribución gratuita para los estudiantes de la Facultad de la Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas de la UNAB.

Contenido

EDITORIAL	10
PROPUESTA PARA UNA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA Y DEMOCRÁTICA EN LA FORMACIÓN DE LOS FUTUROS JUZGADORES CONSTITUCIONALES EN MÉXICO Omar Alejandro Elizalde Herrera Gabriela Aguado Romero	15
Teresita de Jesús Arroyo Córdova	
LA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL CORPUS JURIS INTERAMERICANO Y SU CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Aida Elia Fernández De Los Campos	33
LA “CONTRADICCIÓN FUNDAMENTAL” EN EL MOVIMIENTO CRITICAL LEGAL STUDIES Leidy Lizeth Flórez Sandoval	68
LA QUIMERA DEL ESTADO EN LATINOAMÉRICA Carlos Arturo Duarte Martínez	85
LA CONSULTA POPULAR FRENTE A LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN MATERIA MINERA Francis Janeth Balaguera Triana Marid Viviana Bautista Galvis Sol Yahaira Hernández Duarte	103
PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA INVITADO JUAN SEBASTIÁN GUTIÉRREZ RUEDA Y DE SU OBRA	116

Contents

EDITORIAL	10
PROPOSAL FOR AN ARGUMENTATIVE AND DEMOCRATIC CONCEPTION IN THE FORMATION OF THE FUTURE CONSTITUTIONAL JUDGES IN MEXICO Omar Alejandro Elizalde Herrera Gabriela Aguado Romero Teresita de Jesús Arroyo Córdova	15
CHILDREN'S RIGHTS GLOBALIZATION: THE INTER-AMERICAN CORPUS JURIS AND ITS CONVENTIONALITY CONTROL IN THE MATTER OF DOMESTIC VIOLENCE Aida Elia Fernández De Los Campos	33
THE "FUNDAMENTAL CONTRADICTION" IN THE LEGAL CRITICAL MOVEMENT STUDIES Leidy Lizeth Flórez Sandoval	68
THE CHIMERA OF THE STATE IN LATIN AMERICA Carlos Arturo Duarte Martínez	85
LA CONSULTA POPULAR FRENTE A LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN MATERIA MINERA Francis Janeth Balaguera Triana Marid Viviana Bautista Galvis Sol Yahaira Hernández Duarte	103
FRONT COVER : REVIEW OF JUAN SEBASTIÁN GUTIÉRREZ RUEDA BIOGRAPHY AND HIS WORK.	116

Conteúdo

EDITORIAL	10
PROPOSTA PARA UMA CONCEPÇÃO ARGUMENTATIVA E DEMOCRÁTICA NA FORMAÇÃO DOS FUTUROS JUÍZES CONSTITUCIONAIS NO MÉXICO Omar Alejandro Elizalde Herrera Gabriela Aguado Romero Teresita de Jesús Arroyo Córdova	15
A GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA: O CORPUS JURIS INTERAMERICANO E SEU CONTROLE DE CONVENCIONALISMO SOBRE VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR Aida Elia Fernández De Los Campos	33
A “CONTRADIÇÃO FUNDAMENTAL” NO MOVIMIENTO CRITICAL LEGAL STUDIES Leidy Lizeth Flórez Sandoval	68
A QUIMERA DO ESTADO NA AMÉRICA LATINA Carlos Arturo Duarte Martínez	85
O REFERENDO CONTRA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA MINERAÇÃO Francis Janeth Balaguera Triana Marid Viviana Bautista Galvis Sol Yahaira Hernández Duarte	103
HOME: HISTÓRIA DO MESTRE JUAN SEBASTIÁN GUTIÉRREZ RUEDA E SUA OBRA	116

Editorial

El presente volumen contiene cinco artículos. El primero de ellos aborda desde la enseñanza del derecho la discusión sobre la formación de futuros administradores de justicia. Para ello, los autores Omar Alejandro Elizalde Herrera, Gabriela Aguado Romero y Teresita de Jesús Arroyo Córdova, analizan el modelo de competencias en la educación asumido por el Instituto de la Judicatura Federal en México, conforme al proyecto Tuning, el mismo que se adoptó en Colombia, con el fin de valorar si cumple con las exigencias de formación requeridas por el nuevo paradigma constitucional en materia de Derechos Humanos.

El segundo escrito, de autoría de la profesora Aída Fernández de los Campos, hace referencia los derechos humanos del niño a partir de los instrumentos jurídicos internacionales del sistema regional interamericano que promueven la erradicación de la violencia intrafamiliar hacia la niñez y adolescencia y la adecuación de la normatividad interna de los Estados a los estándares internacionales mediante el control de convencionalidad.

El tercer texto, redactado por Leidy Lizeth Flórez Sandoval, describe los rasgos generales del movimiento Critical Legal Studies, corriente de interés en la filosofía y teoría del derecho y en la sociología jurídica. La autora se centra en los aportes de Duncan Kennedy.

El cuarto aporte corresponde al análisis del profesor Carlos Duarte acerca de la configuración del Estado-Nación, del Estado de Derecho y del Estado Social de Derecho en Latinoamérica con la finalidad de mostrar que estas formas de origen europeo no han tenido en cuenta la realidad regional, lo que ha dificultado el cumplimiento de sus fines.

Finalmente se presenta el examen de las estudiantes de derecho Francis Janeth Balaguera Triana, Marid Viviana Bautista Galvis y Sol Yahaira Hernández Duarte, en torno a la tensión entre la dinámica interventora del Estado colombiano en las actividades económicas y las consultas populares en temas mineros.

El lector de esta Revista puede apreciar, además, una muestra de la obra artística del abogado Juan Sebastián Gutiérrez Rueda, Especialista en Derecho de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UNAB.

Agradecemos a los autores y autoras, así como a los árbitros, miembros del comité editorial y científico por su contribución.

Apreciados amigos y amigas graduandos,

Es un gusto para mí poder compartir con ustedes este día. Es un día de celebración, pues simboliza un éxito muy importante. Es un día de agradecimiento, pues vienen a la mente todas las personas que los ayudaron a llegar hasta acá. Es un día de introspección, pues cuando se termina una etapa uno se conoce a sí mismo mucho mejor. Finalmente, es un día de esperanza, ya que todos están pensando en el futuro. No hay mejor momento para hacer realidad los sueños que cuando se cierra un ciclo y nos encontramos ante la posibilidad de abrir un ciclo nuevo, más a la medida de lo que somos, de lo que queremos, de lo que sentimos y de lo que sabemos.

Una de las cosas más gratificantes de la rectoría es poder compartir con ustedes este día. Por eso siempre en las ceremonias de grado hago reflexiones sobre los temas que considero más relevantes para los jóvenes profesionales de principios del siglo XXI. Hoy voy a hablarles de la creatividad y del potencial que tiene el pensamiento creativo para aportar a la transformación social y a la realización personal.

La creatividad es una forma de pensar, que tiene como consecuencia lógica una forma de ser, de vivir y de impactar a la sociedad y al mundo que nos rodea. La creatividad ha permitido a los seres humanos mejorar la vida a lo largo de la historia hasta niveles que nuestros antepasados ni siquiera podían imaginar. La creatividad es la fuente de grandes ideas y realizaciones humanas como la democracia, los derechos humanos, la mejor literatura universal, las pinturas, las canciones, las películas, las obras de teatro, los puentes y carreteras, los aviones, las vacunas, la agricultura, la cocina, los edificios, el software, el internet, todos los deportes, la ropa que usamos y, en fin, hasta los chistes que nos hacen reír.

Sin embargo, la creatividad es una capacidad que las sociedades contemporáneas tienden a relegar a un segundo plano, o incluso a ver como un problema. La creatividad está estrechamente ligada a la originalidad, que es el resultado de darse a la tarea de pensar por uno mismo, como decía Kant, de formarse un criterio propio sobre el mundo y de vivir de forma coherente con ese criterio propio. La originalidad sólo se logra con la afirmación de la individualidad. Sólo los individuos altamente conscientes de su identidad y llenos de confianza en sus capacidades se atreven a ser originales.

Hay valores y comportamientos ampliamente aceptados en la mayoría de sociedades del mundo, como el respeto incondicional a la autoridad y la tradición, la asimetría en las relaciones entre hombres y mujeres, la pasividad de los estudiantes, e incluso el exceso de burocracia y de formalismos, que son obstáculos para la creatividad. Muchos de estos obstáculos hoy en día son resultado del afán que impulsa a las principales instituciones de

la sociedad, como colegios, universidades, partidos políticos e iglesias, a homogeneizar a las personas, a intentar volverlas iguales.

Al parecer, las personas, las instituciones y las sociedades que quieren mantenerse ancladas en el pasado le temen a la diversidad y a la originalidad. Este temor de la diversidad tiene su origen en un miedo más profundo: el miedo al cambio. El miedo al cambio es el primer obstáculo que tenemos que vencer si queremos pensar y vivir creativamente. El taoísmo chino ha valorado siempre la flexibilidad tanto como la fortaleza, porque la flexibilidad es la condición que impide que nos quebreemos. Lo rígido es difícil de romper, pero si se rompe no se puede recomponer. Lo flexible se dobla pero no se rompe jamás.

Vivimos en una época de incertidumbre y aceleración que nos está exigiendo que seamos flexibles. Una mente creativa es una mente flexible, que se adapta, que toma la forma del recipiente, que está abierta a nuevas posibilidades, que tolera la ambigüedad, que recibe el cambio con actitud positiva y que sabe sacar lo mejor de todas las situaciones. Una mente creativa encuentra lo bueno en situaciones que no parecen tan buenas, encuentra las soluciones menos convencionales a los problemas más difíciles, transita caminos que nadie más ha transitado y le abre el camino a los que vienen detrás.

La creatividad no es un atributo mágico con el que nacen algunas personas especiales, es una capacidad que puede estimularse, ejercitarse y desarrollarse. La creatividad no sólo tiene como resultado obras de arte, grandes inventos y nuevos productos, sino también soluciones innovadoras a los grandes problemas sociales, políticos y ecológicos que nos desafían actualmente. La creatividad puede ser el factor determinante para resolver problemas ecológicos como el cambio climático o el agotamiento de los recursos energéticos del planeta, problemas políticos como la corrupción y la ineficiencia de las instituciones públicas, problemas económicos y sociales como la desigualdad, la pobreza, el hambre y la falta de oportunidades para los jóvenes. La creatividad puede ayudarnos a construir ciudades y sistemas de alimentación sostenibles. La creatividad puede, además, ayudarnos a vivir mejor, a ser más felices, a organizar mejor nuestro tiempo, o a cumplir sueños que dejamos archivados porque creíamos que eran imposibles de cumplir.

En un sentido económico, la creatividad jugará un papel protagonista en el siglo XXI como factor diferenciador de competitividad. Las personas, instituciones y sociedades más creativas serán las más beneficiadas en una economía del conocimiento que cada vez valora más las capacidades inmateriales de adaptación, innovación y flexibilidad, la capacidad de aprender permanentemente a reinventarse, y la capacidad de relacionar y relacionarse, por encima de la simple acumulación de conocimientos rígidos. Por eso es muy importante que todos desarrollemos la flexibilidad mental suficiente para darnos la oportunidad de pensar creativamente, romper con algunos prejuicios dañinos, dejar atrás miedos socialmente contruidos, y actuar creativamente.

Sólo una sociedad que tolere y celebre la diversidad podrá potenciar lo mejor de todas las personas. Cada uno de ustedes es especial, y lo es por distintas razones. Todos ustedes son diferentes, y todos ustedes deben tener la posibilidad de realizarse como personas, profesional, intelectual y emocionalmente, en nuestra sociedad. En la UNAB creemos que es urgente para nuestro mundo apoyar a las personas para que desarrollen la capacidad de pensar creativamente. Hoy, en las sociedades de masas, densamente pobladas y caracterizadas por la diversidad como nunca antes en la historia, ya no hay respuestas preestablecidas que puedan darle a los jóvenes garantías de estabilidad y tranquilidad sobre su futuro. Vivimos en una época de incertidumbre y debemos ser capaces de tolerar la ambigüedad y de hacer realidad nuestros proyectos a pesar de no tener las respuestas ni el camino claros desde el principio. Cada uno de ustedes tiene que pensar creativamente para construirse su camino. Las posibilidades, actualmente, son mucho mejores que en otras épocas, y muchos de ustedes recorrerán caminos originales, propios, que nadie de sus familias o de sus grupos de amigos ha recorrido antes.

Los seres humanos tenemos la capacidad de pensar creativamente, y en la UNAB creemos que es fundamental para los jóvenes de hoy entrenar, refinar y desarrollar esa capacidad que está en nuestro código genético. Por eso hemos hecho una apuesta por la creatividad, y estamos trabajando desde el currículo porque nuestra propuesta académica en todos nuestros programas de estudio esté imbuida de un espíritu de creatividad que les de a los jóvenes las herramientas, los métodos y, sobre todo, las actitudes y formas de pensar necesarias para el éxito profesional y la realización personal en estos tiempos de complejidad e incertidumbre, pero también de infinitas posibilidades. Seremos la primera Universidad de Latinoamérica en hacer esta apuesta, y lo haremos de la mano de nuestros aliados en el Centro de Creatividad de la Universidad del Estado de Nueva York en Buffalo, el primer centro de estudios sobre creatividad en el mundo.

Como conclusión, quiero desearles lo mejor, todos los éxitos y toda la felicidad. Mucho de ese éxito y de esa felicidad dependerá de cómo decidan ustedes ver el mundo. Ustedes siempre podrán decidir ver lo bueno o ver lo malo. Aferrarse a lo positivo y construir sobre eso, o aferrarse a lo negativo y destruirse poco a poco. Hoy que comienzan un nuevo camino, no tengan miedo y atrévanse a andar nuevos caminos. Si esos caminos no existen, atrévanse a abrirlos. Como ya lo escribió Antonio Machado y lo cantó Serrat, *“al andar se hace camino / y al volver la vista atrás / se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar / caminante no hay camino / sólo estrellas en la mar / caminante no hay camino / se hace camino al andar”*.

Muchas gracias, y mucha suerte,

Alberto Montoya Puyana

Bucaramanga, agosto 27 de 2018



Conexión Ancestral ç
70 cm x 100 cm
Oleo sobre lienzo

PROPUESTA PARA UNA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA Y DEMOCRÁTICA EN LA FORMACIÓN DE LOS FUTUROS JUZGADORES CONSTITUCIONALES EN MÉXICO

Omar Alejandro Elizalde Herrera¹

Gabriela Aguado Romero²

Teresita de Jesús Arroyo Córdova³

Recibido: Marzo 11 de 2018

Aprobado: Mayo 31 de 2018

RESUMEN:

El propósito del presente estudio, es llevar a cabo algunas consideraciones teóricas y de la enseñanza del derecho para dar respuesta a la demanda de futuros juzgadores del Poder Judicial de la Federación, mediante la aplicación de un modelo teórico de enseñanza del derecho complementario al de competencias en la educación que asumió el Instituto de la Judicatura Federal en México, conforme al proyecto Tuning, que cumpla con las exigencias de formación requeridas por el nuevo paradigma constitucional en materia de Derechos Humanos y, con base en ello, generar conclusiones y propuestas de modificación del programa educativo previsto para el Curso

1 Licenciado en Derecho. Especialista en Derecho Constitucional y Amparo. Estudios de Maestría en Derecho. Universidad Autónoma de Querétaro, México. Especialización judicial por el Instituto de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación. Secretario del Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y Civil del XXII circuito en Querétaro. Contacto: omaraeh@yahoo.com.mx

2 Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho Fiscal y Notarial, con Maestría y Doctorado en Derecho. Universidad Autónoma de Querétaro, México. Integrante del Cuerpo Académico Derechos Humanos y Globalización. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor investigador de tiempo completo. Universidad Autónoma de Querétaro, México. Contacto: aguadogabriela@hotmail.com

3 Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho penal. Maestría en Derecho. Profesor de tiempo completo. Universidad Autónoma de Querétaro, México. Especialización judicial por el Instituto de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación. Contacto: tereq90@hotmail.com

Básico de Formación y Preparación de Secretarios de dicha institución, en 2018. Tal objetivo se logra a través de una metodología de investigación cualitativa, con un paradigma epistemológico crítico; recurriendo a los métodos dogmático, deductivo, analítico y sintético, empleando técnicas de revisión documental, para captar temas específicos de interés para el campo de la investigación. Para concluir con propuestas específicas para integrar un programa de capacitación integral para el referido curso básico de Secretarios, mediante la conjugación de los modelos educativos de competencias, y el teórico y de enseñanza del derecho, desde una Concepción Argumentativa y Democrática.

Palabras clave: Modelo educativo, competencias, concepción argumentativa y democrática, juzgadores constitucionales.

PROPOSAL FOR AN ARGUMENTATIVE AND DEMOCRATIC CONCEPTION IN THE FORMATION OF THE FUTURE CONSTITUTIONAL JUDGES IN MEXICO

ABSTRACT:

The objective of this study is to bring about some of the theoretical considerations and of law teaching in order to answer the demand of future judges of the Federation Judicial Branch, by applying a theoretical model of law teaching complementary to the one of abilities in education assumed by the Federal Judiciary in Mexico, according the Tuning project, that fulfills the needs of training required by the new constitutional paradigm in matters of Human Rights, and, based on this, create conclusions and proposals for the modification of the educational program planned for the Basic Formation and Preparation of Secretaries Course, in 2018. This goal can be achieved using a qualitative investigation methodology, with a critical epistemological model; resorting to methods such as dogmatic, deductive, analytical, and synthetic, using documentary revision to gather specific themes of interest for the investigation. To conclude with specific proposals in order to form an integral capacitation program, for the forementioned basic Secretary course, through the combination of the educative models of abilities, theoretical and of law teaching, from an Argumentative and Democratic Concept.

Keywords: Educative model, abilities, argumentative and democratic concept, constitutional judges.

PROPOSTA PARA UMA CONCEPÇÃO ARGUMENTATIVA E DEMOCRÁTICA NA FORMAÇÃO DOS FUTUROS JUÍZES CONSTITUCIONAIS NO MÉXICO

RESUMO

O objetivo deste estudo é realizar algumas considerações teóricas sobre o ensino de Direito, para responder à demanda de futuros juízes do Poder Judiciário da Federação, por meio da aplicação de um modelo teórico de ensino de Direito complementar ao ensino de competências assumido pelo Instituto Judiciário Federal no México, de acordo com o projeto Tuning, que atende aos requisitos de formação exigidos pelo novo paradigma constitucional no campo dos Direitos Humanos e, com base nisso, gerar conclusões e propostas para modificar o programa educacional planejado para o Curso Básico de Treinamento e Preparação de Secretários da referida instituição, em 2018. O objetivo é alcançado através de uma metodologia de pesquisa qualitativa, com um paradigma epistemológico crítico. Recorremos aos métodos dogmáticos, dedutivos, analíticos e sintéticos e, depois, utilizamos técnicas de revisão documental, para obter tópicos específicos de interesse para o campo de pesquisa. Conclui-se uma proposta específica para integrar um programa de formação abrangente para o curso básico de secretários, através da conjugação dos modelos educacionais de competências com o teórico e de ensino de Direito, a partir de uma concepção argumentativa e democrática.

Palavras-chave: modelos educacionais, competência profissional, concepção argumentativa e democrática, juízes constitucionais.

1. INTRODUCCIÓN.

Actualmente, ha resurgido el modelo educativo basado en competencias profesionales e implementado a nivel internacional y, en México, conforme al Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 (Meta 3 “México con educación de calidad”), con lo cual, se pretende alcanzar un estándar profesional (competencia), evaluable y con objetivos específicos, sobre el saber ser, saber hacer y el saber conocer.

De la reforma constitucional en materia de derechos humanos, en vigor desde el 11 de junio de 2011, se desprende la obligación de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación (donde laboran profesionales del derecho titulados como son los secretarios de acuerdos y proyectistas), de integrar como parámetro de constitucionalidad tanto normas constitucionales como convencionales (CPEUM, 2018, Art.1); lo que indudablemente garantizará el tránsito del Estado Mexicano hacia una sociedad más democrática.

Por su parte, el Instituto de la Judicatura Federal (IJF), ente encargado de la capacitación de los servidores del Poder Judicial de la Federación (PJF),

reinició en 2018, el Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación (CBS), instrumentado bajo la perspectiva de un modelo educativo basado en un enfoque de competencias (MEC).

Un alumno de la licenciatura en derecho recibe conocimientos básicos de la profesión; en cambio, la capacitación que recibe el estudiante del CBS se dirige a profesionistas ya titulados que desean adquirir los conocimientos necesarios para ejercer la práctica profesional de un secretario de tribunal Colegiado, tribunal Unitario o juzgado de Distrito, concretamente, en el ejercicio diario de la impartición de justicia.

Por tanto, el propósito del presente estudio, es llevar a cabo algunas consideraciones teóricas y de la enseñanza del derecho para dar respuesta a la demanda de juzgadores del poder judicial a nivel nacional e internacional, pero habilitando su ejercicio desde una concepción argumentativa y democrática (CAD).

2. METODOLOGÍA

Por lo que el presente estudio inicia señalando algunas consideraciones teóricas y prácticas acerca del modelo de competencias profesionales, después se analizan las particularidades del modelo pedagógico adoptado genéricamente por el Instituto de la Judicatura Federal y, en relación con el Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación, para el 2018; así como el análisis del Modelo teórico y de enseñanza del derecho, desde una concepción argumentativa y democrática, posteriormente se cuestiona si es el modelo pedagógico asumido por el IJF en 2018, por sí solo, el más adecuado para la formación de los Secretarios del Poder Judicial de la Federación, para concluir con la propuesta de una concepción argumentativa y democrática en la formación de los futuros juzgadores constitucionales en México.

Para estudiar la formación de los futuros juzgadores constitucionales en México, desde una concepción argumentativa y democrática, se hizo uso de una metodología de investigación cualitativa, con un paradigma epistemológico crítico; se emplearon como técnicas de recolección de información la revisión documental, contenida en diversas fuentes primarias, emanadas de informes gubernamentales en el país acerca del modelo educativo basado en competencias profesionales e implementado a nivel internacional y, en México; así como informes oficiales del Instituto de la Judicatura Federal en cuanto al Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación, para captar temas específicos de interés para el campo de la investigación.

Como fuente secundaria se exploró aquella relacionada con la literatura especializada sobre el objeto de estudio, obtenida de bases de datos académicas, bibliografía y hemerografía, recurriendo a los métodos dogmático, deductivo, analítico y sintético, los cuales inducen a la utilización de la técnica de investigación documental. Fue necesario el uso del método exegético en cuanto al uso de la legislación.

Las fases metodológicas se comprendieron de una primera fase de recolección de información y su clasificación; una segunda fase fue el análisis de la anterior, a través de la proyección metodológica que se asumió (determinar si el modelo pedagógico asumido por el IJF en 2018, por sí solo, es el más adecuado para la formación de los Secretarios del Poder Judicial de la Federación), y una fase final de interpretación del análisis y construcción de conclusiones críticas y propuestas respecto al aspecto jurídico que demanda el tema.

3. BREVES CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS ACERCA DEL MODELO DE COMPETENCIAS PROFESIONALES.

A la fecha, no existe un modelo uniforme sobre el desarrollo de competencias, sino que este se caracteriza dependiendo del enfoque de que se trate. Al respecto, la doctrina ha elaborado diversos niveles de aplicación sobre el desarrollo de competencias, como el conductista, funcionalista, constructivista y holístico o integrado. De los anteriores, para efectos de este trabajo, destaca el constructivista, conforme al cual, según Mertens (1996, p. 81-84), las competencias surgen desde la construcción individual de la persona, mediante un conjunto de acciones educativas a través de las que se apropia progresivamente de estructuras de conocimiento; se le da importancia al contexto donde se ejecutan y a las personas, sus objetivos y posibilidades.

Ahora, cuando Morín (1999), uno de los precursores del modelo de competencias en la educación, elaboró su estudio sobre el futuro de la educación para la UNESCO, desarrolló siete conocimientos generales e indispensables en la educación actual de cualquier sociedad, adaptados a su cultura particular. Tales conocimientos, son relativos a: las particularidades cerebrales, mentales y culturales del conocimiento humano, de sus procesos y modalidades; la promoción y desarrollo de un conocimiento capaz de analizar conflictos mundiales y sustanciales para el registro de los saberes parciales y locales, para obtener un conocimiento más holístico, contextualizado, conectado y sistematizado y, la enseñanza de las formas que permitan aferrar los vínculos e influencias mutuas entre los componentes; la enseñanza necesaria sobre la complejidad de la naturaleza o condición humana, como ente físico, biológico, químico, cultural, social, histórico, mediante la integración armónica de las áreas del conocimiento actual; la historia del ser humano desde la interconexión solidaria de los continentes; cómo prepararnos para confrontar, desarrollar y estar actualizados sobre los muchos campos del conocimiento que aparecieron en las ciencias físicas, de evolución biológica e históricas en el siglo XX, desconocidos por el ser humano; el desarrollo y modificación de la mente humana para comprender, como elemento indispensable para comunicarse, enseñar y educarse, así como la comprensión mutua entre los individuos para las relaciones humanas; y, de manera destacada, el autor alude a la obtención de una antropo-ética que deriva de la concepción compleja del género humano como individuo, sociedad y especie, que se conservan, coaligan e implican mutuamente, de

forma tal que no pueden existir de manera independiente. La democracia permite la relación rica y compleja individuo-sociedad donde estos, entre sí, pueden ayudarse, regularse, desarrollarse y controlarse; la democracia, a la vez que comprende autolimitación del poder estatal por la separación de poderes, es garantía de los derechos individuales y protección de la vida privada; supone y se alimenta de la diversidad y necesarios antagonismos (de fuentes y medios de información, ideas y opiniones), incluso, hasta en la cima del Estado (poder legislativo, ejecutivo y judicial) y debe conservar la pluralidad para sobrevivir.

Desde la postura epistemológica del racionalismo y constructivismo, conforme al enfoque elaborado por Mertens (1996), el modelo de competencias en educación, podemos conceptualizarlo como el conjunto de conocimientos, habilidades prácticas y cognitivas relacionadas, y capacidades, adquiridos por medio del proceso de enseñanza-aprendizaje, necesarios para desarrollar adecuadamente cierta actividad o lograr determinados objetivos en un contexto específico, en beneficio propio y de la sociedad. Este modelo educativo coincide con el paradigma cognitivo en psicología de la educación, que considera que el sujeto elabora las representaciones y entidades internas de una manera esencialmente individual, las cuales determinan las formas de actividad que realiza el sujeto. Además, indica que la educación debe orientarse al logro de aprendizajes significativos con sentido y al desarrollo de habilidades estratégicas generales y específicas de aprendizaje (Hernández, 2015, p. 117-167).

Tal postura considera la educación como un proceso sociocultural mediante el cual una generación transmite a otra saberes y contenidos valorados culturalmente, que se expresan en los distintos currículos (presentados y organizados para que el estudiante les encuentre un sentido y valor funcional para aprenderlos), tanto los de niveles básicos, como los superiores, aprendidos por los estudiantes de la forma más significativa posible. Así, el estudiante debe desarrollar habilidades intelectuales y estratégicas para conducirse eficazmente ante cualquier tipo de situaciones de aprendizaje, y aplicar los conocimientos adquiridos frente a situaciones nuevas de cualquier tipo. También, se requiere la planificación y organización de procesos didácticos para que recreen las condiciones mínimas para aprender significativamente.

Cabe hacer notar que existen diversas clasificaciones del tipo de competencias vinculadas a un modelo educativo; sin embargo, para efectos de este artículo, se adoptará en exclusiva la clasificación contenida en el proyecto *Tuning* para América Latina (Tuning América Latina, 2003) y la utilizada en el CBS, esto es, la de competencias genéricas y específicas. En el citado proyecto (TAL), se entiende por competencias genéricas, la descripción del rol o roles esenciales identificados en la figura profesional en forma de objetivos de producción o de formación. En cambio, las competencias específicas son aquellas que se derivan de las exigencias de un contexto o trabajo concreto (Pavie, 2011, p. 67-80).

Desde la visión constructivista de la educación basada en competencias,

lo más destacado del acto educativo, es el aprendizaje y la actitud del estudiante para la búsqueda y la construcción de lo significativo; la enseñanza estima que es indispensable tanto el hecho de transmitir el conocimiento a los estudiantes a contexto inmediatos, como a la realidad actual y, probablemente, lo requerido para su vida futura; es así que se plantean contenidos (currículos) con significado integral para la vida (Victorino y Medina, s.f).

El proyecto TAL ha considerado veinticuatro competencias específicas de un Licenciado en Derecho, validadas por medio de consulta vía encuesta a: académicos, empleadores, estudiantes y graduados de la licenciatura; de igual forma, los entrevistados dieron su opinión acerca de las seis competencias que les parecen más importantes y las dos más relevantes. El resultado fue que bajo la perspectiva de los entrevistados, las competencias específicas más importantes para el ejercicio profesional en el ámbito del Derecho, se relacionan a la capacidad de razonar y argumentar jurídicamente (I); a lograr actuar de forma legal, diligente y transparente en la defensa del cliente (II); conocer, aplicar e interpretar los principios generales del derecho y del ordenamiento jurídico (III); ser consciente de la dimensión ética de la profesión, ser responsable y actuar en consecuencia (IV); la capacidad de tomar decisiones jurídicamente fundamentadas (V); y, la capacidad para redactar textos y expresarse oralmente en un lenguaje fluido y técnico en términos precisos y claros (VI). En tanto que, las dos competencias específicas más relevantes para los consultados fueron las dos primeras (Beneitone, P. y otros, 2007. p. 123).

4. PARTICULARIDADES DEL MODELO PEDAGÓGICO ADOPTADO POR EL IJF, PARA EL CBS.

Los secretarios del PJE, son profesionales del derecho titulados y servidores públicos que tramitan, integran y resguardan expedientes judiciales y, destacadamente, elaboran proyectos o anteproyectos de sentencia. Para acceder a dicha categoría, es menester aprobar el CBS impartido por el IJF, que los capacita para llevar a cabo aquella función. En el análisis integral de los documentos para el ciclo 2018, denominados: “Lineamientos Generales”, “Calendario de Actividades”, “Programa de Formación Docente: Curso de Capacitación en Competencias Docentes” (Instituto de la Judicatura Federal, 2018), aprobados por la Dirección de Pedagogía, de la Secretaría de Capacitación y Educación a Distancia, el Área Pedagógica de la Escuela Judicial, del IJF, se advierte que adoptó el MEC para todos los cursos que imparte; el cual, se sustenta en:

A) Un enfoque por competencias: subyace primordialmente de las propuestas derivadas del proyecto TAL (o ALFA Tuning), relativo al derecho, que responde a las necesidades y requerimientos de la Escuela Judicial, para acercarse a la formación profesionalizante; es decir, es la base para formar profesionales excelentes que sean futuros juzgadores, profundiza y actualiza estudios, capacita en forma teórica-práctica en competencias de diversa naturaleza indispensables, dota al estudiante de herramientas necesarias que le permitan desarrollarse adecuadamente

en el ejercicio de su función. No obstante, el IJF señala que el modelo adoptado no se dirige a buscar únicamente que el alumnado domine conocimientos y memorice conceptos.

B) Formación del profesorado: figura clave del modelo educativo quien facilita que el estudiante construya su propio aprendizaje, a través de metodologías concretas que deben aplicarse, tales como el aprendizaje basado en problemas, en proyectos, método del caso y aprendizaje colaborativo; el docente debe seguir el modelo educativo como una pauta para conocer qué se espera del alumnado y cómo llegar a los objetivos planteados; y, como ambientes de aprendizaje se contemplan aulas presenciales y una virtual, biblioteca y la página web del IJF.

C) Libertad de cátedra: se encuentra sometida a límites organizativos o de mecánica administrativa de la docencia; son normas que regulan la organización de la docencia (criterios de evaluación, temario sugerido, duración de los programas, etc.). Asimismo, se reconoce que la mayoría del claustro de la escuela judicial se integra por juzgadores con experiencia práctica y, por ende, la libertad de cátedra brinda la posibilidad de que sea el docente quien ponga énfasis en los contenidos más relevantes, seleccione los mejores casos y ejemplos más recurrentes de la realidad, y quien aplique conforme a su criterio las estrategias didácticas más adecuadas.

D) Metodología activa: adopta una corriente pedagógica con enfoque constructivista, su principio rector es el aprendizaje significativo (que produce un cambio cognitivo en la persona, al relacionar los conocimientos previos y nuevos con la experiencia); reconoce la necesidad de un estudiante protagonista de su propio aprendizaje (aprendizaje activo); y, el docente asume el rol de simple facilitador del proceso, y quien propone desarrollar en el estudiantado el pensamiento creativo, la reflexión crítica y una comunicación efectiva, a través de la experimentación; como alternativa a la enseñanza tradicional para enfatizar lo que aprende el estudiante y no lo que enseña el docente.

E) Evaluación trasversal (relativo a un proceso que permea en toda la práctica o proceso educativo y está presente en diferentes áreas curriculares); para fomentar la acción intencional en respuesta a situaciones problemáticas, ayuda para consolidar el modelo educativo y una actitud abierta al cambio, motive su responsabilidad, y perciban áreas de mejora como fortalezas y se logre la toma de decisiones asertiva.

En lo tocante al CBS, el IJF previó un sistema de evaluación para los estudiantes que se conforma similarmente para todas las asignaturas de la currícula, por: (I) la entrega de un portafolio de evidencias que realiza el estudiante (conformado por las actividades diarias de aprendizaje señaladas por cada docente); (II) un examen diseñado y aplicado por el docente por cada asignatura o, con libertad de cátedra, cualquier otro que considere, su valoración cuantitativa y cualitativa y porcentaje; y, (III) un examen final de aptitud que consistirá en la elaboración de un proyecto de sentencia. Las calificaciones obtenidas al final del curso, se dividirán

de la manera siguiente: a). Promedio de las asignaturas 70%; b). Examen final de aptitud 30%; y, c). La calificación final del bloque se integra con la suma del promedio de los resultados obtenidos en las asignaturas. Así, la calificación final mínima para acreditar cada asignatura y para el examen final de aptitud es de siete, en una escala de uno a diez. También, se precisa que para la aprobación del curso, los estudiantes deben cumplir con el programa de tutorías y culminar el curso con una calificación final mínima de 8, a efecto de tener derecho a que la Escuela Judicial expida a su favor el certificado y diploma correspondientes.

Adicionalmente, en el capítulo relativo al “Perfil de Egreso” del curso básico de secretarios, prevé los siguientes:

- Conocimientos en: normatividad, jurisprudencia y doctrina; estructura y contenido del pensamiento lógico para realizar resoluciones judiciales; y, funciones y responsabilidades de los miembros del órgano jurisdiccional;
- Destrezas en: gestión eficaz de la información jurídica recibida en el ejercicio de su función, correcta elaboración de determinaciones, reconocimiento del tema problemático de un asunto, uso adecuado de reglas de redacción judicial, organización y distribución adecuada del trabajo, efectuar investigaciones efectivas, y empleo adecuado de métodos para seleccionar, interpretar e integrar las normas jurídicas;
- Habilidades en: aplicación precisa de normatividad, jurisprudencia y doctrina para elaborar resoluciones judiciales; uso de tecnologías de la información y comunicación, y de recursos bibliográficos para mejora del aprendizaje; argumentación coherente y consistente; reflexión con objetividad; valoraciones críticas; evaluación consistente de cada planteamiento; redacción de un lenguaje comprensible, claro y preciso para el justiciable, así como en forma oral y escrita sobre el problema jurídico; decisión adecuada con base en la información obtenida; dirección eficaz del personal a su cargo; y, el estudio exhaustivo de situaciones que lo requieran; y,

Actitudes en: mostrar una actitud dialógica con profesionales de otras disciplinas; reconocer la importancia de la ética en su desempeño profesional; actuar en forma diligente y transparente al ejercer su profesión, con base en principios éticos; y, aprender activamente cada circunstancia ligada al poder judicial.

También, las asignaturas que integran la currícula del CBS, se cursan durante el año lectivo, con duración aproximada de un año; con horas, sesiones y periodos predeterminados, impartidos a través de las modalidades siguientes: i) Seminarios de: ética en la función judicial, pensamiento crítico y métodos para la solución de problemas jurídicos; de interpretación y argumentación jurídicas; de redacción judicial; de derechos humanos; ii). Talleres de: trámite del juicio de amparo indirecto en primera y segunda instancias; para la elaboración de resoluciones en

materia de suspensión; de una sentencia de amparo directo y amparo contra leyes; iii). En el resto asignaturas no se prevé alguna modalidad específica (elementos teórico-prácticos para juzgar con perspectiva de género, e instituciones fundamentales del juicio de amparo).

5. Modelo teórico y enseñanza del derecho, desde la CAD.

El modelo descrito por Rodolfo Vázquez (2007, 110-116), se estructura desde las aportaciones de John Dewey y Emile Durkheim. Así, Dewey (1916, p. 52, 62 y 101) cambia la noción tradicional de la democracia, para estimar que esta impacta no solamente en una forma de gobierno, sino también de vida, donde el ser humano se relaciona fuertemente con otros en su contexto social, que ayuda el crecimiento personal dentro y fuera de la institución escolar; no considera la educación como algo estático, sino como un proceso de renovación y modificación permanente; así, para el autor una sociedad democrática que fortalece y facilita las diferencias individuales de sus miembros, y un sistema educativo que fortalece tanto la preservación como la diversificación de los productos culturales, se implican mutuamente.

Por su parte, Durkheim (1922) refiere que las universidades deben influir e intervenir más en la vida pública, para convencer sobre su utilidad social e inculcar los hábitos de la escuela y moral a los estudiantes, de manera reflexiva y consciente (educación moral de carácter estrictamente racionalista). Es así, que entiende imprescindible la educación como un valor o exigencia en la democracia y se precisa de una enseñanza científica en una sociedad democrática. La moral fue hecha para ser vivida o practicada, y convertirse en hábito y necesidad; aunado a que el estudiante debe practicar la solidaridad por ser necesaria para la humanidad y la educación está obligada a propiciar las ocasiones para actuar en grupo a fin de que, incluso, en su vida el estudiante se sienta permanentemente asociado a otros seres semejantes a él con los que combina su acción.

Desde una perspectiva teórica, la CAD subyace de la distinción entre reglas y principios en sentido amplio (directrices o normas programáticas) y en sentido estricto, elaborada por Dworkin (1986); y, el derecho se entiende como un conjunto de normas que las contienen. Esa forma de pensamiento da origen al Estado legislativo de derecho y un Estado constitucional de derecho, este último, relativo a una visión donde los principios y derechos constitucionales, trascienden en todas las actividades estatales, sustancialmente, en la jurisdiccional. Acudir a los principios no importa abandonar la argumentación racional y moral dentro de los límites del derecho, con lo cual, se toma distancia entre la CAD del indeterminismo y decisionismo de los crítico-realistas.

En lo metodológico, el CAD concibe al derecho como argumentación, desde tres concepciones diversas: A) Argumentación formal: es característica de la lógica y contesta la pregunta ¿Qué se puede inferir a partir de determinadas premisas?; B) Argumentación material: se vincula a dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; luego,

responde al cuestionamiento ¿En qué se debe creer o qué se debe hacer?; y, C) Argumentación dialéctica: se refiere a ver la argumentación como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos e intenta dar respuesta a la pregunta ¿Cómo se puede persuadir a otro u otros de algo?

A partir de la perspectiva ideológica, en el modelo citado, la educación se entiende como un proceso de preservación, transmisión y recreación de una cultura común (conocimientos y creencias, ideales y normas, hábitos y destrezas), que favorecen o refuerzan la autonomía personal, dignidad humana y el trato igualitario de los individuos a través de la no discriminación; aquella solo puede concebirse en una sociedad donde la autoridad educacional permite participar activamente a los ciudadanos en el diseño de las políticas educativas y en los contenidos curriculares; una sociedad democrática que garantice la enseñanza de los valores necesarios para la reproducción del proceso democrático mismo. Así, es incuestionable la relación de codependencia entre la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley.

Los elementos esenciales para la formación del jurista en el modelo de enseñanza referido surgen de la tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política; la idea de que la razón jurídica no es solo razón instrumental, sino práctica; la actividad del jurista no se guía solo por el éxito o la utilidad, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia; la importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones –y, por tanto, en el razonamiento jurídico- como característica esencial de una sociedad democrática; entre otras.

La labor del maestro en la CAD es la de preservar, transmitir y recrear la cultura común, así como inculcar en los educandos y en la comunidad escolar los valores democráticos, lo que le exige una conciencia autónoma, pues aquellos no pueden transmitir a los educandos una independencia intelectual, si no la ejercen.

Conviene resaltar que, a consideración de Jesús Vázquez (2015, p. 71), las competencias específicas para el Licenciado en Derecho, previstas para el TAL, específicamente las seis más importantes y las dos más relevantes, no convergen con las que se requieren para ejercer la autonomía personal acorde con los fines igualitarios y democráticos del modelo en estudio. Adicionalmente, en lo tocante a que la educación debe instrumentarse mediante el diálogo; Paulo Friere señala que en ella el educando y el educador tienen una relación horizontal (Freire Paulo, 1976, p. 105-106), y expresan sus puntos de vista o argumentos para llegar a un consenso sobre las ideas, pues ello genera una perspectiva más amplia de la realidad.

6. ¿ES EL MODELO PEDAGÓGICO ASUMIDO POR EL IJF EN 2018, POR SÍ SOLO, EL MÁS ADECUADO PARA LA FORMACIÓN DE LOS SECRETARIOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN?

La finalidad del CBS desde el MEC es preparar a los futuros servidores públicos que como profesionales del derecho, después del titular, tienen a su cargo las labores más importantes en los órganos jurisdiccionales, entre ellas, elaborar proyectos de resoluciones; y sustituir al juzgador en sus ausencias. Por ello es innegable que la preparación de aquellos, además de tener un sostén metodológico y un proceso de enseñanza-aprendizaje como el proporcionado por el MEC, debe adicionarse con la CAD, para dotarlo de una perspectiva más amplia, integral y adecuada a las funciones que deben realizar en la práctica, de forma tal que se confeccione un nuevo programa institucional que cumpla con esos altos fines; y, aunque el MEC se sustenta en fundamentos teóricos fuertes, y su implementación tiene innegables beneficios prácticos y sociales; lo cierto es que su aplicación debe contextualizarse con las necesidades y condiciones particulares de la institución y de la práctica profesional que realiza un secretario, su finalidad y trascendencia. A manera de ejemplo respecto de los conocimientos, aptitudes y actitudes más elementales y generales que un juzgador necesariamente debe tener, Malem (2012, p. 95-125), en lo conducente, refiere los siguientes:

i) En materia de derecho: conocer los criterios interpretativos y argumentativos previstos en la teoría del derecho (incluso, tomando en cuenta que cada argumento jurídico requiere conocimientos distintos); la aptitud de conocer las diversas piezas del derecho; y, de ética normativa y meta-ética.

ii) En materia de hechos: formulación correcta y extensa de hipótesis sobre hechos pasados, presentes o futuros posibles, y cómo operan los métodos hipotético deductivos e inductivos y una teoría, cómo funciona y sus límites; distinguir la forma en que operan los contextos de descubrimiento y justificación; una visión del mundo superior a la del ciudadano ordinario; filosofía de la ciencia; las técnicas específicas que en su ámbito competencial contribuyen a resolver la litis.

iii) En lógica: creación de argumentos lógicos deductivos (para permitir una mejor sistematización del material normativo, evitar errores internos y no usar falacias o categorías conceptuales dogmáticas auto cancelatorias), inductivos (a fin de razonar sobre los hechos del caso y, entre otros, aplicar el razonamiento por analogía), de lógica proposicional y de predicados.

iv) Respecto de la realidad (desde el punto de vista normativo como empírico), estar informado de su entorno físico, el orden social e institucional, como herramienta indispensable para realizar sus labores; así como interpretar disposiciones legales, operar con algunos argumentos interpretativos y adecuar las normas a la realidad y establecer los hechos probados, para sopesar el impacto social, político y económico que tendrán sus determinaciones, así como para protegerse de presiones externas que los medios de comunicación social pudieran ejercer.

v) En materia de oratoria y lingüística, sobre el uso del lenguaje natural y técnico del derecho para interpretar disposiciones legales y formular claramente la sentencia.

Por tanto, debe integrarse una competencia con visión pedagógica que supere las limitaciones del MEC, y las ajuste a la concepción del Derecho actual a la que se pretende llegar, inmersa en un Estado Constitucional de Derecho, en el cual, de manera destacada, se modifique sustancialmente la función del juzgador para ampliarla en muchos rubros que garantizan la democracia formal y material. Lo anterior, puesto que es el modelo educativo que responde mayormente a la práctica diaria del derecho que los secretarios realizan los tribunales constitucionales. En tanto que aquellos que se desenvuelven en órganos de instrucción, también deben ajustar su práctica a los derechos humanos, argumentar convincentemente sus determinaciones, visualizar su práctica como indispensable para un Estado Constitucional de Derecho y analizar ex officio la regularidad de las disposiciones legales.

En tales términos, se considera que, por si solo, el MEC implementado para el CBS no cumple a cabalidad lo anterior, tomando en cuenta que:

I. Según Gómez (s.f) a través del TAL, que constituye la base metodológica y conceptual sustancial del CBS, se estandarizan artificialmente ciertas competencias del egresado porque solo cubren algunos aspectos⁴, para capacitar a los futuros juzgadores constitucionales. A manera de ejemplo, el secretario requiere no solo de competencias técnicas para el ejercicio de su profesión, obtenidas a través de talleres, seminarios o la impartición de cátedra directa; sino también, como ya se indicó previamente, otras relativas a la obtención de una visión diferente y más integral del mundo, tales como:

a) El conocimiento de ciertos contenidos sobre: historia del Derecho, filosofía del Derecho, lógica, lingüística, argumentación en materia de hechos, oratoria (sobre todo, con la reciente implementación de la oralidad en más procedimientos jurisdiccionales); política, antropología y sociología jurídicas; para conocer el deber ser del derecho; las consecuencias que puede generar en la sociedad su práctica; y, poder realizar correctamente la interpretación y argumentación de las normas a través del contexto correcto, entre otras.

b) La comprensión, aplicación y visión doctrinal del concepto de justicia y equidad en cada caso particular; y, su vinculación con la práctica jurisdiccional; y,

4 Entre ellas, se pueden destacar los de lograr: estructura y contenido de pensamiento lógico, el empleo adecuado de reglas de redacción judicial, con un lenguaje comprensible, claro y preciso para el destinatario, la realización de investigaciones efectivas, el uso correcto de métodos de selección, interpretación e integración de normas jurídicas; de argumentar de manera coherente y consistente; la emisión de valoraciones críticas; mostrar una actitud dialógica con profesionales de otras disciplinas; uso de recursos bibliográficos para enriquecer el aprendizaje; y, la búsqueda de un aprendizaje diligente en cada circunstancia ligada al Poder Judicial.

c) Los métodos y técnicas para una investigación básica o aplicada en el Derecho, para que verdaderamente el egresado continúe su formación.

II. Aunque la currícula del CBS no establece los contenidos mínimos de cada asignatura; lo cierto es que se imparte exclusivamente en espacios creados o extensiones del IJF, con asignaturas previamente determinadas, que se desarrollarán en periodos definidos de tiempo, cuya aprobación separada y conjunta es obligatoria; y, los estudiantes se integran en grupos; lo cual, limita las áreas del conocimiento abordadas por los estudiantes del CBS a los contenidos que el docente, a su criterio, considere relevantes para su práctica.

Luego, a efecto de dar mayor libertad de acción y ampliar el conocimiento de los temas más relevantes, podría establecerse un sistema previamente consensado con los diversos operadores jurídicos (integrantes de la judicatura, los de otros poderes, doctrinarios, litigantes, universidades, etc.), para determinar los contenidos mínimos generales sobre los temas más relevantes que, bajo la perspectiva de una CAD, así como los requerimientos actuales de un juzgador inmerso en un Estado constitucional de derecho, deben abordarse para llevar a cabo eficazmente su labor; más aún, porque actualmente se reconoce al CBS la categoría de una especialidad⁵.

Incluso, aquel objetivo podría alcanzarse mayormente, mediante la inclusión de docentes que no necesariamente deben estar inmiscuidos en la función jurisdiccional, sino también en otras áreas (academia, litigio, administración pública, poder legislativo, órganos autónomos u otras disciplinas como filosofía, sociología, ciencia política, etc.), siempre y cuando cumplan con el perfil y preparación necesaria en pedagogía, métodos y técnicas de enseñanza. Lo cual, indudablemente fomentaría la interdisciplinariedad buscada y aportaría muchísimo enriquecimiento en la cultura general de los estudiantes para sus labores. También, no debe perderse de vista que dependiendo del área o habilidades del conocimiento que pretendan transmitirse en cada asignatura, deberá aplicarse una técnica específica para potenciar el aprendizaje por el estudiante; luego, sin afectar la libertad de cátedra, el docente determinará la que mejor se ajuste dependiendo del contenido de la asignatura y las capacidades cognitivas de los estudiantes.

III. Una de las competencias específicas previstas para los egresados del CBS, es la de mostrar una actitud dialógica con profesionales de otras disciplinas. Tal actitud de diálogo, no solo debe mostrarse con diversos profesionistas, sino con los demás operadores jurídicos, tales como académicos, litigantes, servidores públicos, políticos, etcétera; y, sobre todo en el salón de clase. Empero, por cuanto hace al curso básico de

5 Para efectos académicos, el Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación es considerado un programa de estudios superiores de tipo Especialidad, en términos del oficio DGAIR/DIR/410/2017, emitido por el Director de Incorporación y Revalidación de la Dirección General de Acreditación, Incorporación y Revalidación, de la Subsecretaría de Planeación, Evaluación y Coordinación de la Secretaría de Educación Pública (<https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosregulares/cb2018/Temario%20para%20examen%20de%20admisión%20CB2018.pdf>).

secretarios, el propio IJF reconoce que, en su mayoría, el cuerpo docente se integra por titulares de órganos jurisdiccionales (jueces y magistrados), lo que, evidentemente, por cuestiones institucionales, laborales y/o de respeto a la investidura, complica en la práctica adoptar en el aula una relación horizontal, donde el estudiante se sienta plenamente facultado para formular libremente su opinión sobre un tema jurídico o, incluso, una posición contraria a la del profesor que genere intercambio de ideas y retroalimentación. Por eso, se reitera necesario que existan docentes ajenos a la judicatura, así como que desde el inicio de cada una de las cátedras, el docente aclare que existe esa apertura de diálogo.

IV. En lo posible, se debe evitar que la impartición del CBS se realice a través de cátedras magistrales o exposiciones del profesor (como actualmente se sigue estilando), porque lejos de fomentar el aprendizaje de contenidos significativos o formar una conciencia liberal, creativa y dispuesta a la argumentación, genera en el estudiante una posición cómoda de simple receptor de información contraria a la finalidad del MEC; además, implica un rompimiento entre: la teoría y la práctica jurídica, y la enseñanza-investigación.

V. Finalmente, se propone modificar el sistema de evaluación del CBS, a fin de eliminar como parámetro e instrumento de evaluación el examen diseñado y aplicado por el profesor de cada asignatura, así como asignar un 30% de valor de evaluación final del curso, al examen final de aptitud. Eso, porque dicha práctica no solo es contraria al MEC propuesto por el propio IJF, sino también por la CAD, a más de que un solo proyecto de sentencia al final, no puede reflejar necesariamente el conocimiento adquirido en todo el curso. Por ende, podría instrumentarse un sistema de evaluación basado en la integración de una carpeta de evidencias en cada asignatura y la aplicación de ejercicios prácticos que evidencien la apropiación del conocimiento en cada materia.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

En el presente trabajo, lejos de realizar una crítica destructiva sobre la postura pedagógica y prácticas educativas propuestas para el Curso Básico de Secretarios 2018; se pretende aportar una visión teórica y práctica desde un modelo pedagógico integral y complementario, bajo la perspectiva del estudiante. Así, se ha podido observar la existencia de dos modelos de enseñanza, uno general (ECP, desde la visión constructivista) y uno específico para el campo del derecho (CAD); cuya administración pretende proponer las bases pedagógicas con que habría de desenvolverse el citado curso. Concretamente, se propone realizar modificaciones siguientes:

- Incorporar asignaturas con contenidos mínimos que ayuden a adquirir las competencias específicas que se estima, deben ser integrales y relacionadas a una visión crítica, igualitaria y democrática de la enseñanza del derecho; tales como historia y filosofía del Derecho, lógica, lingüística, argumentación en materia de hechos, oratoria, política, antropología y sociología jurídicas.

- Modificar el diseño curricular del CBS, para hacerlo semiflexible, más amplio, y aumentar el plazo en que se desarrollara tal curso (o en su caso, que no se desarrolle simultáneamente a sus labores, sino con beca y en un tiempo previsto solo para cursarlo); incluso, podría crearse un sistema de “residencias” para que los estudiantes, aprobado el curso, practiquen en tribunales.
- Integrar el claustro con docentes externos que correspondan a otros ámbitos y experiencias (poder legislativo y administrativo; a la academia, universidades u otras disciplinas como sociología jurídica, antropología, filosofía, ciencias y letras, etc.), necesarias para la formación holística del futuro secretario desvinculados con la práctica jurisdiccional, para ampliar la visión y cultura de los estudiantes.
- Sugerir en el mismo programa y calendario de actividades propuesto al docente, técnicas específicas aplicables a la asignatura concreta para potenciar la asimilación del conocimiento aprendido. En tal sentido, por citar algunas, es factible señalar: a) Para la asignatura de pensamiento crítico, podrían aconsejarse las de rejilla de categorías; matriz de rasgos definidos; rejilla de pros y contras; esquemas de contenido, forma y función; y, memos analíticos. b) Para la asignatura de métodos para la solución de problemas jurídicos, sería factible sugerir las de tareas de identificación de problemas; ¿Cuál es el principio? (aplicable para resolver el problema); soluciones documentadas; y, protocolos de video y audio grabados. c) Para el seminario de ética en la función judicial, sería posible aplicar las técnicas de monitoreo de comprensión, adquisición del conocimiento, habilidades activas de estudio y estrategias de apoyo. d) Para los talleres de trámite de juicio de amparo, elaboración de resoluciones en materia de suspensión y de sentencias de derechos fundamentales, podrían utilizarse las mismas técnicas para solucionar problemas jurídicos; así como el resto de las técnicas indicadas para competencias de síntesis y pensamiento creativo, aplicación de conocimientos y desempeño (Ponce Miriam, 2005, pp. 22, 23, 59, 90, 111, 136, 167 y 168).
- Evitar, en lo posible, la impartición de clases magistrales para desarrollar el curso, ya que no corresponden a la finalidad que pretende obtenerse con la aplicación del nuevo modelo de enseñanza del derecho, en el CBS 2018; y,
- Modificar el sistema de evaluación, en donde en forma alguna se considere el examen por asignatura o final de aptitud, como mecanismo para aprobar el curso.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Beneitone, Pablo y otros. (2007). *Competencias específicas y enfoques de enseñanza, aprendizaje y evaluación (Derecho)*. En: En C. Esquetini, J. González, M. Marty, G. Siufi, y R. Wagenaar (co.) *Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina*.

- Informe final. Proyecto Tuning, América Latina 2004-2007. Bilbao. Recuperado de http://tuningacademy.org/wp-content/uploads/2014/02/TuningLAIIF_Final-Report_SP.pdf
- Dewey, J. (1916). *Democracia y Educación*, Nueva York: Morata.
- Durkheim, E. (1922). *Educación y democracia*. En: *Sociología y Educación. Textos e intervenciones de los sociólogos clásicos*. Madrid: Morata.
- Dworkin, R. (1986). *El imperio de la justicia*. Massachusetts: Gedisa.
- Freire, P. (1976). *La Educación como práctica de la Libertad*. D. F. (actualmente Ciudad de México). Siglo XXI.
- Gómez Tress, T. (sin fecha). *El papel de la universidad en la formación de competencias profesionales: contrasentidos, límites y alcances*. Revista COEPS. Mecanismos de Cooperación Interinstitucional. Recuperado de <http://www.revistacoepesgto.mx/revistacoepes7/index.php/el-papel-de-la-universidad-en-la-formacion-de-competencias-profesionales-contrasentidos-limites-y-alcances>.
- Instituto de la Judicatura Federal. (2018). Página oficial electronica. Recuperado de <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosregulares/cb2018/Temario%20para%20examen%20de%20admisión%20CB2018.pdf>; opción relativa al “aula virtual”. Recuperado de <https://www.ijf.cjf.gob.mx/#modelo-educativo>
- Hernández Rojas, G. (2015). *Paradigmas en psicología de la educación*. D. F. (actualmente Ciudad de México): Paidós Educador.
- Malem Seña, J. (2009). Los Saberes del Juez. En: J. Malem, J. Ezquiaga y P. Ibáñez (Co.). *El error judicial. La Formación de los jueces*. Madrid: Fontamara.
- México. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2018), Artículo 1º.
- Mertens, L. (1996). *Competencia laboral: sistemas, surgimientos y modelos*. Cinterfor/OIT. Montevideo. Recuperado de: https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/mertens.pdf
- Morín, E. (1999). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. París: UNESCO.
- Pavié, A. (2011). *Formación docente: hacia una definición del concepto de competencia profesional docente*. En: Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado (REIFOP), 14 (1), p. 67-80. Recuperado de http://www.aufop.com/aufop/uploaded_files/articulos/1301587967.pdf

- Ponce, M. (2005), *Cómo enseñar mejor. Técnicas de asesoramiento para docentes*. D. F. (actualmente Ciudad de México). Paidós.
- Proyecto Tuning America Latina (2004-2008), *Competencias Específicas de Derecho*. Recuperado el 02 de marzo de 2018, en: <http://tuning.unideusto.org/tuningal/index.php?option=content&task=view&id=235&Itemid=265>".
- Vázquez Vallejo, J. J. (2015). *La metodología de la enseñanza del derecho y su inserción en los modelos de competencias profesionales*. En: M. Moreno y L. Vázquez (coordinadoras). *Las competencias: su comprensión y alcance en algunas disciplinas de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*. Puebla: Gernika.
- Vázquez, Rodolfo (2007). *Modelos teóricos y enseñanza del derecho*. En: *La enseñanza del Derecho en México. Diagnóstico y Propuestas*. D. F. (actualmente Ciudad de México). Porrúa.
- Victorino Ramírez, L. y Medina Márquez, G. (sin fecha). *Educación Basada en Competencias y el Proyecto Tuning en Europa y Latinoamérica*. Recuperado de http://academicos.iems.edu.mx/cired/docs/tg/macroacademiaquimica/Educacion%20basada%20en%20competencias.proyecto%20tuningEuropaLatinoamerica_VictorioMedina.pdf

**LA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO:
EL *CORPUS JURIS* INTERAMERICANO Y SU CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA DE VIOLENCIA
INTRAFAMILIAR**

Aida Elia Fernández De Los Campos¹

Recibido: Abril 23 de 2018

Aprobado: Mayo 31 de 2018

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad analizar los derechos humanos de niños y niñas a partir del *corpus juris* de los derechos humanos; en especial, en los componentes que, en el ámbito internacional, desarrollan la protección de los menores de edad frente a la violencia intrafamiliar.

Palabras clave: derechos humanos, niños, violencia intrafamiliar, derecho internacional.

**CHILDREN'S RIGHTS GLOBALIZATION: THE
INTER-AMERICAN *CORPUS JURIS* AND ITS
CONVENTIONALITY CONTROL IN THE MATTER OF
DOMESTIC VIOLENCE**

ABSTRACT

This paper has as purpose to analyse the children's human rights starting at

¹ Doctora en Derechos humanos y desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Magistra en Derecho de familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), Bucaramanga, Colombia. Especialista en Globalización y procesos de integración en Europa, Fundación Universidad Carlos III, España. Especialista en Problemas actuales de los Derechos fundamentales, Fundación Universidad Carlos III, España. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y doctora en Diplomacia, Universidad de La República, Uruguay.

the *corpus juris* of human rights; specially, regarding to those components that, in the international sphere, develop protection of minors against domestic violence.

Keywords: Human Rights, Children, Domestic violence, International law.

A GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA: O CORPUS JURIS INTERAMERICANO E SEU CONTROLE DE CONVENCIONALISMO SOBRE VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar os direitos humanos das crianças baseado no Corpus Juris dos direitos humanos e, em particular, nos componentes que, no âmbito internacional, desenvolvem a proteção dos menores contra a violência intrafamiliar.

Palavras-chave: direitos humanos, crianças, violência intrafamiliar, direito internacional.

INTRODUCCIÓN

Este texto aborda el *corpus juris* de los derechos humanos del niño, con especial énfasis en los instrumentos jurídicos internacionales del sistema regional interamericano que promueven la erradicación de la violencia intrafamiliar en la niñez y adolescencia. Esto, con el fin de resaltar el papel de dichas herramientas de interpretación para la adecuación de la normatividad interna de los Estados a los estándares internacionales.

Para desarrollar el tema planteado, en la primera parte, se abordan los conceptos *niño* y *violencia intrafamiliar*; sobre esta, se estudian sus consecuencias, incluyendo la tensión que desencadena entre las dimensiones de lo público y lo privado. En la segunda parte, se presenta el *corpus juris* de los derechos del niño, de alcance universal y regional interamericano. En la tercera parte, se hace referencia a la adecuación de las normas jurídicas internas al sistema interamericano de protección de los derechos humanos mediante el control de convencionalidad.

1. CONCEPTOS

1.1. ¿Qué es el niño?

En este trabajo se parte del concepto de *niño*² desde un enfoque de derechos. Se hace referencia a todo ser humano menor de dieciocho años,

2 En este estudio se hace referencia al niño en sentido genérico, sin distinción de sexo.

titular activo de derechos, tal como reivindica con autonomía Galvis (2006, pp.66 y 67), con base en los lenguajes que maneja según la etapa de su desarrollo³. La garantía de sus derechos es el cumplimiento del deber primario que tienen sus padres para asegurar la gestión autónoma de su vida, en la dimensión de la libertad y del ejercicio responsable de esos derechos. De esto, se sigue que la titularidad de los derechos no está condicionada, en su origen y capacidad, a los ordenamientos jurídicos; estos son la garantía del ejercicio de los derechos humanos para todas las personas, cualquiera que sea la etapa del ciclo vital en que se encuentren (p.175 y ss.).

La titularidad de los derechos de los niños, que alcanza su máxima expresión en la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*, es universal, tanto en el reconocimiento y en el ejercicio, como en el restablecimiento de sus derechos cuando estos son violados, como sucede cuando son víctimas de violencia intrafamiliar. Esta concepción es el resultado de un proceso de diferenciación de los niños respecto a los adultos y refleja las transformaciones sociales que en cada momento de la historia se han operado: de una larga etapa de negación de sus derechos hasta su reconocimiento. Tales derechos son indivisibles, interdependientes y todos igualmente importantes, de modo que deben ser protegidos y garantizados de manera integral y en forma solidaria, conjunta y simultánea (Galvis, 2006).

A pesar de los avances alcanzados en cuanto a la especificidad del mundo de los niños como un espacio de ejercicio de autonomías y de respeto entre iguales, este grupo poblacional sigue siendo víctima de flagelos como la violencia. Esta, según el *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños* (2016), afecta a millones de niños en todo el mundo, de todas las edades, en sus barrios, sus escuelas, en las instituciones encargadas de cuidarlos y protegerlos y también en sus hogares⁴.

1.2. La violencia intrafamiliar

3 Con base en lo expuesto por Hanna Arendt (1974), los derechos humanos deben ser comprendidos como un proceso constante de construcción de ciudadanía, que se expresa en el reconocimiento del “derecho a tener derechos”.

4 Entre los esfuerzos de la comunidad internacional por promover un entorno en el que los niños vivan sin violencia, se destacan *La Iniciativa Global para Acabar con todo Castigo Corporal hacia los niños*, lanzada en el 2001 y administrada por la Asociación para la Protección de Todos los Niños, el enfoque Ltd. Se puede visitar su sitio web en <http://www.endcorporalpunishment.org/prohibiting-corporal-punishment/introduction.html>.

Asimismo, se debe mencionar la Campaña del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) *#ENDviolence*, implementada en el año 2013 y disponible en <https://www.unicef.org/spanish/endviolence/>.

También, en el año 2015, *Save the Children* inició la campaña “No quieres que te vean así” para América Latina y el Caribe. Esta se puede consultar en <https://resourcecentre.savethechildren.net/library/changing-attitudes-no-quieres-que-te-vean-asi>.

La violencia^{5, 6} se expresa de múltiples maneras; entre ellas, la intrafamiliar. Esta aparece como un emergente de la vida cotidiana, que puede conceptualizarse como el estilo de vínculo que obstaculiza e impide el desarrollo de las potencialidades y capacidades humanas requeridas para la realización de los derechos de sus miembros. Corsi (1997) señala que el término *violencia intrafamiliar* alude a las formas de relación abusiva que caracterizan de modo permanente o cíclico las que tienen lugar al interior de las familias⁷ y obedece a la confluencia de múltiples factores⁸ (p.31).

1.2.1. Consecuencias de la violencia intrafamiliar. El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No.13 (2011), *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, destaca que: “Los costos humanos, sociales y económicos de denegar a los niños su derecho a la protección son ingentes e inaceptables” (párr.16). Asimismo, el *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños* (2016) expresa que:

La violencia compromete todos los derechos de los niños. Va de la mano de la vulnerabilidad y las privaciones, además de un riesgo elevado de padecer problemas de salud, bajo rendimiento escolar y dependencia a largo plazo del sistema de asistencia social. En la primera infancia, los efectos de la violencia son a menudo irreversibles. A medida que crece el niño, la exposición acumulativa a las manifestaciones de violencia se convierte en una triste constante que se prolonga durante toda la vida y a veces persiste a través de varias generaciones.

Más allá del perjuicio a cada víctima y a su familia, la violencia trae

5 La raíz del término *violencia*, vis, significa *fuerza*, lo cual implica que la violencia constituye el uso de la fuerza para someter, doblegar, subordinar. En sentido amplio, se puede hacer referencia a la violencia política, social, económica, física y psicológica, la cual, en sus múltiples expresiones, entraña el ejercicio del poder mediante el empleo de la fuerza. En sentido restringido, se alude a las conductas violentas, las cuales se hacen posibles en un contexto de desequilibrio de poder, permanente o momentáneo, que supone la existencia de un arriba y un abajo: padre-hijo, hombre-mujer, maestro-alumno, patrón-empleado, joven-viejo.

6 Existen enfoques que consideran la violencia como una conducta omnipresente e inevitable. Tales enfoques se encuentran en las ideas de Charles, Sigmund Freud y, de sus seguidores, la explicación de su creencia. Otros sostienen que se trata de un comportamiento aprendido, que se desarrolla a medida que el ser humano se relaciona con su entorno, con base en los postulados de Albert Bandura y Luis Rojas Marcos, entre otros.

7 Las familias que hacen uso del golpe o el insulto para resolver sus diferencias han fracasado en sus intentos de diálogo y en la formulación de alternativas para lograr el mutuo acuerdo.

8 El modelo ecológico propuesto por Urie Bronfenbrenner (1998) postula que la realidad familiar, la realidad social y la cultural están organizadas como un todo, como un sistema compuesto por diferentes subsistemas que se articulan entre sí de manera dinámica. En este sentido, se distingue del *macrosistema* (creencias culturales asociadas a la violencia intrafamiliar), el *exosistema* (constituido por los espacios que conforman el entorno social visible en el que se desenvuelve la familia y comprende la legitimación institucional de la violencia), el *microsistema* (donde se agrupan las estructuras familiares de corte autoritario) y el *nivel individual* (ámbito en el que se identifican las dimensiones cognitiva, conductual, psicodinámica e interaccional).

consigo costos trascendentales para la sociedad. La violencia desvía miles de millones de dólares de la inversión social, ralentiza el desarrollo económico y erosiona el capital humano y social de los Estados. (párrs.22 y 23).

1.2.2. Tensión entre las dimensiones de lo público y privado. La violencia intrafamiliar representa en la actualidad un problema social, cuyo reconocimiento pone en tela de juicio la tradicional privacidad de la familia (Fernández, 2010, p.98). En la actualidad, con base en lo expresado en el *Informe sobre el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes* de la Relatoría de la Niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), se dice que:

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹ no admite argumentaciones basadas en la dicotomía de lo público y lo privado, que tienden a desconocer o restringir injustificadamente los derechos humanos”. La CIDH señala en este mismo documento que “los tribunales y los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos han subrayado la importancia de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones de los Estados de respetar y hacer respetar el derecho de los niños a tener una protección especial incluso en el ámbito privado. (párr.69).

La violencia intrafamiliar implica la vulneración de los derechos humanos de quienes la padecen; por consiguiente, justifica la irrupción en el seno de la familia¹⁰ y, al mismo tiempo, el cuestionamiento del vínculo existente entre la víctima y el victimario, como el que tiene lugar en la relación paternofilial, a pesar de los derechos y deberes legitimados mediante la responsabilidad parental, institución normalizadora de las relaciones familiares.

2. EL CORPUS JURIS INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO RESPECTO A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos ha dado

9 El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) señala que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promueven, mediante la enseñanza y la educación el respeto a estos derechos y libertades.

10 En la Sentencia C-256/08, la Corte Constitucional de Colombia destaca que “la figura del allanamiento con fines de rescate regulado por los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, se inscribe dentro de la protección del interés superior del menor y en esa medida fue establecida como una medida de naturaleza preventiva, cautelar, orientada a proteger la vida o integridad personal, pero en virtud de que solo un peligro grave y una necesidad imperiosa autorizan el régimen excepcional bajo el cual ciertas autoridades administrativas pueden realizar allanamientos [...]”.

lugar a la existencia de un *corpus juris*¹¹ de protección de los derechos del niño, que se fundamenta en su reconocimiento como sujeto de derecho. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “el *corpus juris*¹² del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³ está formado por un conjunto de instrumentos de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, resoluciones y declaraciones)” de alcance universal y regional, además de las observaciones formuladas por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos e informes de expertos independientes, de relatores especiales y de grupos de trabajo.

Este avance evidencia la existencia de un marco jurídico común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de derechos¹⁴. A continuación se presentan el *corpus juris* de alcance universal y los instrumentos interamericanos.

2.1. El *corpus juris* universal

El *corpus juris* universal se relaciona con la protección de los derechos del niño contra actos de violencia intrafamiliar y tiene vigencia en Colombia. Está conformado por tratados, resoluciones, observaciones generales de los órganos encargados del monitoreo de los convenios y recomendaciones, además contiene el *Informe de las Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños, Niñas y Adolescentes* y los reportes anuales de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños.

2.1.1. El ordenamiento jurídico de alcance universal. El cuerpo normativo de alcance universal se encuentra en las *Declaraciones sobre*

11 La Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó la existencia de un *corpus juris* de los derechos humanos del niño en el año 1999, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)* (Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr.194). Al respecto, ha señalado que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana” (Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs.37 y 53).

12 La expresión “*corpus juris* de los derechos humanos” es un aporte de la Corte IDH a la doctrina internacional.

13 Corte I.D.H., OC-16, El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso, 1 de octubre de 1999, párr.115.

14 En los últimos años se ha producido un fortalecimiento del diálogo judicial en el ámbito de los tribunales internacionales de derechos humanos. Al respecto, se puede consultar el *DIÁLOGO TRANSATLÁNTICO: SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS* (2015). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para dotar de alcance y contenido a los derechos humanos consagrados en los tratados del sistema interamericano, recurre a otros tratados internacionales, a los pronunciamientos de los órganos de los tratados de Naciones Unidas, a los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU y a normas de *soft law*.

los Derechos del Niño de 1924¹⁵ y 1959¹⁶, en la Carta Internacional de Derechos Humanos – la Declaración Universal de Derechos Humanos ¹⁷y los dos Pactos Internacionales, el de Derechos Civiles y Políticos¹⁸ y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966¹⁹, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 y el Protocolo Facultativo,

15 El artículo primero expresa: “El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual”.

16 El Principio 2 señala que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. El Principio 6 agrega “El niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la protección de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material [...]” Y el Principio 9 dispone que “el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación [...]”.

17 Este texto dispone en el preámbulo: “[...] Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad [...]. Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”. En el artículo 5 expresa que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En el artículo 8 establece que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

18 El preámbulo hace referencia a que: “el reconocimiento de la dignidad inherente y de la igualdad de sus derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo [...]”. El artículo 7 establece que “nadie debe ser sometido a torturas o a un tratamiento cruel, inhumano y degradante o castigo [...]”. Asimismo, el artículo 24 (1) establece que “todo niño debe tener, sin discriminación sobre la base de la raza, color, sexo, lenguaje, religión, nacionalidad u origen social, propiedad o nacimiento, el derecho a disfrutar de todas las medidas de protección tal como lo demanda su estatus de “menor”, dentro de la familia, la sociedad y el estado”.

19 Este Pacto reitera, en el Preámbulo, lo expresado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el reconocimiento de la dignidad inherente y de la igualdad de los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana. Además, el artículo 10 (3) agrega que “medidas especiales de protección y asistencia deben ser tomadas por el bienestar de los niños y las personas jóvenes, sin lugar a discriminación sobre la base de parentesco u otras condiciones [...]”.

además de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*²⁰, sus *Protocolos Facultativos* y la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1994*.

Asimismo, para fines de interpretación de los derechos humanos de los niños, es preciso tomar en consideración las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores* (Reglas de Beijing de 1985), las *Reglas sobre Medidas No Privativas de Libertad* (Reglas de Tokio de 1990) y las *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil* (Reglas de Riad de 1990), además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general.

2.1.2. Resoluciones de los órganos de la Organización de Naciones Unidas, la ONU. En cuanto a las resoluciones, son de interés para este trabajo las proferidas por la Asamblea General de la ONU y del Consejo de Derechos Humanos en torno a los derechos del niño.

2.1.2.1. Resoluciones de la Asamblea General de la ONU

Resolución 66/139 de la Asamblea General (2011). Fortalecimiento de la colaboración en materia de protección de los niños dentro del sistema de las Naciones Unidas. Este pronunciamiento resalta la importancia de contar, por parte del sistema de las Naciones Unidas, con recursos y apoyo suficientes y continuos para su labor de promoción y protección de

20 La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en el artículo 5: “Los Estados Parte 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”. En el artículo 18.1 establece: “Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”. Asimismo, con base en el artículo 19.1, “los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquiera otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Estas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño, y, según corresponda, la intervención judicial”. También son de interés el artículo 37, que dispone que “los Estados Parte velarán, porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes” y el artículo 39, que expresa: “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física, psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualesquier forma de abandono, explotación, o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [...]. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

los derechos del niño, incluida la protección de los niños. A este respecto, alienta enérgicamente a que se aumenten las contribuciones voluntarias destinadas a apoyar las actividades de todos los agentes competentes de las Naciones Unidas, a fin de sustentar la asistencia técnica y la creación de capacidad en el ámbito de la protección de los niños.

Resolución 66/170 de la Asamblea General (2011). *Día Internacional de la Niña.* El texto invita a todos los Estados Miembros, las organizaciones competentes del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, así como a la sociedad civil, a observar el Día Internacional de la Niña y crear conciencia sobre la situación de las niñas en todo el mundo.

Resolución 66/141 de la Asamblea General (2012). *Derechos del niño.* Este documento constituye un llamado a que los Estados adopten o refuercen, según corresponda, las medidas legislativas y de otra índole con miras a prevenir, prohibir y eliminar con eficacia todas las formas de violencia contra los niños, en todos los contextos.

Resolución 67/152 de la Asamblea General (2012). *Derechos del niño.* Por medio de este instrumento, la Asamblea General insta a todos los Estados, solicita a las entidades y organismos de las Naciones Unidas e invita a las organizaciones regionales y a la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales, a que cooperen con la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, para impulsar la aplicación de las recomendaciones del estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños. Además, alienta a los Estados a que presten apoyo a la Representante Especial suficiente apoyo financiero de carácter voluntario, para que siga desempeñando de forma eficaz e independiente su mandato establecido en la resolución 62/141, e invita al sector privado a que haga contribuciones voluntarias a este fin.

2.1.2.2. Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos

Resolución 19/37 del Consejo de Derechos Humanos. *Derechos del niño.* La Resolución del año 2012 alienta a los Estados a poner en práctica las recomendaciones formuladas en el estudio de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños. Para ello, aprovecha el proceso de seguimiento promovido por la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños y los insta a que den prioridad a la prevención. Su fin es luchar contra la fuerte incidencia y los efectos a largo plazo de todas las formas de violencia contra los niños que tienen lugar en todo el mundo, en el hogar y la familia, en las escuelas y otros centros educativos, en los sistemas de guarda y de justicia, en los lugares de trabajo y en las comunidades.

2.1.3. Observaciones generales²¹ de los órganos encargados del monitoreo de los convenios de alcance universal. En esta sección se presentan observaciones del Comité de los Derechos del Niño, del Comité de los Derechos Humanos y del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2.1.3.1. Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño. El Comité de los Derechos del Niño²² ha emitido las siguientes observaciones generales de interés para este trabajo:

- No. 1 (2001). *Párrafo I del Artículo 29: Propósitos de la Educación.*
- No. 5 (2003). *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).
- No. 8 (2006). *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros).
- No. 12 (2009). *El Derecho del Niño a ser escuchado.*
- No. 13 (2011). *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.*
- No. 14 (2013). *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1).
- No. 15 (2013). *sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud.* (art.24).

Asimismo, es pertinente agregar a esta lista la *Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general Núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas* (2014), adoptadas de manera conjunta.

Observación General No. 1. Se centra en el Párrafo 1 del artículo 29

²¹En desarrollo de sus funciones, los comités encargados de verificar el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, emiten *observaciones generales*. A diferencia de las *observaciones finales*, que constituyen un diagnóstico acerca de la situación real del disfrute de los derechos en el Estado que presenta el informe, las observaciones generales interpretan el contenido y alcance de un derecho establecido en la respectiva Convención o Pacto. Estas observaciones se aplican a todos los Estados Parte del tratado, los cuales deben tenerlas en cuenta como pautas para interpretar el alcance y contenido de los derechos y obligaciones consignadas en el mismo (Botero y Guzmán, 2007).

²² Encargado de monitorear la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

de la Convención sobre los Derechos del Niño²³ y subraya el papel de la educación en la formación del individuo, respetuoso de los derechos humanos del otro y ajeno a toda manifestación de violencia (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001). Al respecto el Comité resalta que:

Los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales. (párr.9).

Observación General No. 5 (2003). En ella, el Comité de los Derechos del Niño señala que, mediante la ratificación de la Convención²⁴, los Estados asumen la obligación de aplicarla y, por consiguiente, deben tomar medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos humanos reconocidos en el documento para todos los niños situados dentro de su jurisdicción. Para ello, las acciones que se emprendan, en las que están comprendidas aquellas que propendan por poner fin a la violencia contra los niños, deben tomar en cuenta los siguientes principios generales: no discriminación, el interés superior del niño como consideración primordial, el derecho intrínseco del niño a la vida conjuntamente con la obligación de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño y su derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afecten y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003).

Observación General No. 8 (2006). Destaca la obligación de todos los Estados Parte de actuar rápidamente para prohibir y eliminar todos los castigos corporales²⁵ y todas las demás formas de castigo crueles o degradantes a los niños y esbozar las medidas legislativas y otras medidas

23 Artículo 29. 1. “Los Estados Parte convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: [...] b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; [...] d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena [...]”.

24 Tal como dispone el Derecho internacional Público.

25 Los castigos corporales fueron condenados en diferentes decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos y fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tales como Tyrer c. el Reino Unido, 1978; Campbell y Cosans c. el Reino Unido, 1982; Costello-Roberts c. el Reino Unido, 1993; A. c. el Reino Unido, 1998.

educativas y de sensibilización²⁶ (párr.2). Además de ser una obligación estatal bajo la Convención de los Derechos del Niño, el abordar y eliminar el castigo corporal hacia los niños en la familia, las escuelas y otros entornos es “una estrategia clave para reducir y prevenir toda forma de violencia en las sociedades” (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006, párr.3).

Observación General No. 12 (2009). Su objetivo general es apoyar a los Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño en la aplicación efectiva del artículo 12, que establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, como cuando está expuesto a la violencia intrafamiliar, y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009).

Observación General No. 13 (2011). En ella, el Comité explica que se publica este documento debido a la alarmante magnitud e intensidad de la violencia ejercida contra los niños. Por lo tanto, es preciso reforzar y ampliar masivamente las medidas destinadas a acabar con la violencia, para poner fin de manera efectiva a las prácticas, que dificultan el desarrollo de los niños y la posible adopción por las sociedades de medios pacíficos de solución de conflictos²⁷ (Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011). Esta Observación General aborda el análisis jurídico del artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁸, por considerar que es “la disposición básica en torno a la cual deben girar los debates y estrategias encaminados a combatir y eliminar todas las formas de violencia, en el contexto más amplio de la Convención” (Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/13. Observación General No. 13, párr.2 y 7).

El Comité insiste en que siempre ha mantenido la posición de que toda forma de violencia contra los niños es inaceptable, por leve que sea. La frecuencia, la gravedad del daño y la intención de causar daño no son requisitos previos de las definiciones de violencia. Los Estados Parte pueden referirse a estos factores en sus estrategias de intervención para

26 Al respecto cabe destacar la publicación del Consejo de Europa (2008) *Abolición del castigo físico infligido a niños y niñas. Preguntas y respuestas*, que promueve un Continente europeo libre de castigo físico a los niños y subraya los efectos positivos de la crianza positiva.

27 En atención al Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, en el año 2009 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Recomendación CM (Rec 2009) 10, que exhorta a los gobiernos de los Estados Miembros a adoptar las medidas establecidas en las *Directrices de la política del Consejo de Europa sobre estrategias nacionales para la protección de los niños contra la violencia*, tal como figuran en el anexo I de dicho texto. El deseo del Consejo de Europa es que este documento, y el proceso que ha llevado a su adopción, inspire el desarrollo de estrategias nacionales, tanto dentro como fuera de Europa.

28 El cual se transcribe en la nota 75 de este escrito, junto con otros artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

dar respuestas proporcionales que tengan en cuenta el interés superior del niño, pero las definiciones no deben en modo alguno menoscabar el derecho absoluto del niño a la dignidad humana y la integridad física y psicológica, calificando algunos tipos de violencia de legal y/o socialmente aceptables (Comité de los Derechos del Niño. CRC/C/GC/13. Observación General No. 13, párr.17).

Observación General No. 14 (2013). Su finalidad es mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño, a que su interés superior, concepto dinámico en constante evolución²⁹, sea evaluado y constituya una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial. Esto repercute en la elaboración de todas las medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos, las decisiones tomadas por autoridades judiciales y administrativas y entidades públicas o privadas y las directrices relacionadas con las medidas tomadas por personas que se ocupan de los niños, en especial los padres y los cuidadores (Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013). Este documento proporciona un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño, cuya plena aplicación exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana.

Observación General No. 15 (2013). Se fundamenta en la importancia de que los niños tienen derecho a oportunidades de supervivencia, crecimiento y desarrollo, en un contexto de bienestar físico, emocional y social, al máximo de sus posibilidades³⁰. El Comité reconoce que:

Para la realización del derecho del niño a la salud, deben tenerse en cuenta varios determinantes, algunos de orden individual como la edad, el sexo, el rendimiento escolar, la condición socioeconómica y el domicilio; otros que operan en el entorno inmediato formado por las familias, los compañeros, los maestros y los proveedores de servicios, en particular con respecto a la violencia que pone en peligro la vida y la supervivencia del niño en su entorno inmediato; y determinantes estructurales como políticas, estructuras y sistemas administrativos, valores sociales y culturales y normas. (Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, párr.17).

2.1.3.2. Observación general No. 20 del Comité de los Derechos Humanos (1992). El Comité de los Derechos Humanos, encargado de supervisar la implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

29 El Comité subraya en este texto que el interés superior del niño es un concepto triple: es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento.

30 En el Preámbulo la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), aprobada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, julio 22 de 1946, los Estados acordaron entender la salud como estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades. Este concepto positivo de salud sienta las bases de la presente observación general en el ámbito de la salud pública.

declara, en la Observación general No. 20 (Órganos de las Naciones Unidas, 1992), respecto del *Artículo 7 del Pacto*, referente a la *prohibición de la tortura, tratamiento cruel o castigo*, adoptada en 1992, en el artículo 7 del Convenio (“Nadie debe ser sometido a torturas o a un tratamiento cruel, inhumano y degradante o castigo”):

la prohibición en el artículo 7 se relaciona no sólo con los actos que causan dolor físico sino también con los actos que causan sufrimiento mental a sus víctimas. Desde la perspectiva del Comité, la prohibición debe extenderse al castigo corporal, que debe incluir la corrección excesiva, empleada como una medida educativa y disciplinaria. Resulta apropiado enfatizar con relación a esto último, que el artículo 7 protege, en particular, a los niños, estudiantes y pacientes en instituciones escolares y de la salud.

2.1.3.3. Observación general No. 13 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales³¹ (1999). La Observación general No. 13 (1999), acerca del *Derecho a la educación* (artículo 13 del Pacto), expresa:

desde la perspectiva del Comité, el Castigo Corporal es inconsistente con los principios fundamentales que guían la ley de los Derechos Humanos internacionales - preservados en los Preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los dos Convenios – y la dignidad del individuo. (Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999).

2.1.4. Recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha emitido las Recomendaciones generales No. 12 y 19, relacionadas con la violencia contra la mujer en la vida cotidiana, incluida la que ocurre en el hogar. Además, se debe tener en cuenta la Recomendación general No.31, expedida conjuntamente con la Observación General No. 18 del Comité de los Derechos del Niño, en torno a las prácticas nocivas.

2.1.4.1. Recomendación general No. 12 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1989). Violencia contra la Mujer. El Comité exhorta a los Estados Parte a incluir en sus informes periódicos datos acerca de la legislación vigente para proteger a la mujer de la frecuencia de cualquier tipo de violencia en la vida cotidiana (la violencia sexual, malos tratos en el ámbito familiar, acoso sexual en el lugar de trabajo, etc.). Además, otras medidas adoptadas para erradicar esa violencia, servicios de apoyo a las mujeres que sufren agresiones o malos tratos y estadísticas acerca de la frecuencia de cualquier tipo de violencia contra la mujer y sobre las mujeres víctimas de la violencia.

31 Este órgano se encarga de monitorear la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2.1.4.2. Recomendación general No. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1992). Violencia contra la Mujer.

Como complemento de la Recomendación general No. 12 (1989), acerca del mismo tema, el Comité exhorta a los Estados a adoptar todas las medidas jurídicas y de otra índole para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia³². Es fundamental que, en sus informes, los Estados Parte individualicen la violencia contra la mujer y el tipo de violencia que engendra la índole y el alcance de las actitudes, costumbres y prácticas que perpetúan, para cuya superación deben adoptar medidas eficaces³³.

2.1.4.3. Recomendación general No. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general No. 18 del Comité de los Derechos del Niño (2014). En la Recomendación general No. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general No. 18 del Comité de los Derechos del Niño³⁴ *sobre las prácticas nocivas* (2014), ambos órganos tienen como objetivo aclarar las obligaciones de los Estados Parte en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención sobre los Derechos del Niño, por medio de una orientación autorizada sobre medidas legislativas y de políticas y otras que deben adoptarse para garantizar el pleno cumplimiento de sus obligaciones de eliminar las prácticas nocivas. El texto resalta que dichas

prácticas se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad, entre otras cosas, y a menudo se han justificado invocando costumbres y valores socioculturales y religiosos, además de concepciones erróneas relacionadas con algunos grupos desfavorecidos de mujeres y niños. En general, las prácticas nocivas³⁵ suelen ir asociadas a graves formas de violencia o son en sí mismas una forma de violencia contra las mujeres y los niños. (párr.7).

2.1.5 Informes. Para este trabajo interesan *El Informe de las Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños, Niñas y Adolescentes* y los Reportes anuales de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños.

2.1.5.1. El Informe de las Naciones Unidas sobre Violencia contra los Niños, Niñas y Adolescentes, octubre 2006. Este Informe, elaborado por

32 Tales como medidas jurídicas eficaces, medidas preventivas y de protección (párr.24, t. i, ii y iii.)

33 Programas de educación y de información que ayuden a suprimir prejuicios que obstaculizan el logro de la igualdad de la mujer (párr.24, f).

34 Ambos textos adoptados de manera conjunta.

35 Entre estas prácticas se incluyen, sin carácter restrictivo, el abandono de las niñas (vinculado al trato y la atención preferentes que se prestan a los niños varones), restricciones dietéticas extremas, incluso durante el embarazo (alimentación forzada, tabúes alimentarios), exámenes de virginidad y prácticas conexas, ataduras, arañazos, marcas con objetos candentes/provocación de marcas tribales, castigo corporal, lapidación, ritos iniciáticos violentos, infanticidio, e incesto (párr.9).

el experto independiente *Paulo Sérgio Pinheiro*, por encargo de la ONU, analiza las diferentes formas de violencia que afectan a los niños y niñas de todo el mundo. Respecto a la violencia intrafamiliar hacia los niños, tema de este estudio, destaca que, en las últimas décadas, se ha reconocido y documentado que la violencia ejercida por los padres y otros miembros cercanos de la familia, puede ser física, sexual y psicológica; asimismo, la desatención deliberada es un fenómeno corriente. A veces, la violencia ejercida contra niños muy pequeños dentro de la familia causa daños permanentes e, incluso, la muerte³⁶, por lo que es de vital importancia alentar a los padres a que utilicen exclusivamente métodos no violentos de disciplina³⁷.

Eliminar y dar respuesta a la violencia contra los niños es, quizá, más difícil en el contexto de la familia que en cualquier otro, dado que esta es considerada, generalmente, la más privada de todas las esferas de esta índole. Sin embargo, los derechos de los niños a la vida, la supervivencia, el desarrollo, la dignidad y la integridad física no terminan en la puerta del hogar familiar, ni tampoco acaban ahí las obligaciones que tienen los Estados de garantizar tales derechos a los niños³⁸. Por esto, el Estudio, además de llamar a la actuación urgente de la comunidad internacional para prevenir y responder a esta problemática, presenta recomendaciones para guiar el proceso de seguimiento y solicita el nombramiento de un Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, para favorecer su difusión e implementación³⁹.

2.1.5.2. Informes anuales de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños. La Representante Especial del Secretario General ofrece un informe anual al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General acerca del progreso en la prevención y respuesta a la violencia (Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, 2010 - 2014)⁴⁰. Además de sus informes ordinarios, la Representante Especial del

36 *Ibidem*, párr.38.

37 *Ibidem*, párr.42.

38 *Ibidem*, párr.38.

39 La Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la Resolución 62/141 de 2007, pide al Secretario General el nombramiento de dicho Representante para actuar en calidad de promitente defensor mundial e independiente para la promoción y eliminación de toda forma de violencia contra los niños. En atención a esta solicitud, el 1 de mayo de 2009, el Secretario General nombra a la Dra. *Marta Santos Pais* para ocupar dicho cargo, en que se mantiene hasta el presente. Su mandato ha sido renovado en dos oportunidades; la última, el 5 de febrero de 2016, coincidió con el décimo aniversario del Estudio de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, el cual ha asesorado e impulsado.

40 Los informes del 2010 al 2014 se pueden leer en el sitio web de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños: <http://srsg.violenceagainstchildren.org/es/category/document-type/srsg-reports>. Los informes correspondientes al 2015 y 2016 están publicados en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/000/93/PDF/G1600093.pdf?OpenElement> y <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/57/PDF/G1700057.pdf?OpenElement>

Secretario General puede emitir informes temáticos sobre temas clave de interés⁴¹ (Oficina de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, 2017).

En el último Informe (2016), la Representante resalta:

desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, el mundo ha hecho enormes avances hacia la realización de los derechos del niño. Sin embargo, la visión de la Convención no se materializará plenamente a menos que los derechos del niño sean uno de los pilares que sustentan a la sociedad y que son aceptados como un valor fundamental del diálogo entre generaciones. (párr.101).

Más adelante, señala que “la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible ofrece una oportunidad única para renovar los compromisos y revitalizar las medidas para poner fin a la violencia contra los niños⁴²” (párr.103).

2.2. El *corpus juris* interamericano

El *corpus juris* interamericano se relaciona con los derechos del niño y su protección frente a la violencia intrafamiliar. Está compuesto por

41 De especial interés para este trabajo es la Encuesta mundial *Hacia un Mundo sin Violencia*, publicada en el año 2013. El texto analiza los avances en relación con la prevención y la erradicación de la violencia contra los niños, a partir de la publicación del Informe de Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños en el año 2006 y destaca que, si bien se ha avanzado desde el citado Informe de 2006, el progreso ha sido lento, desigual y fragmentado y ha impedido disminuir de forma significativa la violencia contra la niñez. Por tal motivo, recomienda que los Estados perseveren en su esfuerzo en pro de la solución de esta problemática. Se puede consultar en http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/global_survey/spanish/SPANISH_Toward%20a%20World%20Free%20from%20Violence_06_28_2016_Pr2.pdf.

En el Informe de 2016, también se alude a la preparación de material adaptado a los niños para que estén informados y empoderados en cuanto a su derecho a no ser víctimas de violencia. También se procedió a la definición de indicadores de calidad sobre la prevalencia de la exposición de los niños a la violencia y su gravedad. Asimismo, se menciona la iniciativa *Ya es hora de terminar con la violencia contra los niños*, presentada por la Representante Especial, en marzo de 2016, durante el 31 período ordinario de sesiones del Consejo de Derechos Humanos.

42 En igual sentido, el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2016), *Protección de los derechos del niño en el marco de la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* destaca que “el cumplimiento de todas las metas del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, relativas a la protección contra la violencia y a otras libertades fundamentales, debe ser prioritario para todos los países durante la aplicación de la Agenda 2030, junto con las metas relacionadas previstas en relación con el Objetivo 5, sobre la igualdad de género. Los Estados deben respetar los compromisos contraídos en la Agenda 2030”. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/433/96/PDF/G1643396.pdf?OpenElement>

convenios, protocolos, jurisprudencia⁴³, opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, trabajos, informes de casos, informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y guías para la aplicación de la *Convención de Belém do Pará* del Mecanismo de Seguimiento de dicho texto, MESECVI.

2.2.1. La normativa jurídica regional. La normativa jurídica de alcance regional, aplicable en Colombia, comprende la *Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre* de 1948⁴⁴, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o *Pacto de San José de Costa Rica* de 1969 (Departamento de Derecho Internacional - Organización de los Estados Americanos OEA, 1969)⁴⁵, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)* (Departamento de Derecho Internacional - Organización de los Estados Americanos OEA, 1988), y la *Convención Interamericana*⁴⁶ *para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer* (Departamento de Derecho Internacional - Organización de los Estados Americanos OEA,

43 La Corte Interamericana de Derechos Humanos publica cuadernillos con el fin de dar a conocer su jurisprudencia en diversos temas de relevancia e interés regional, tales como el No. 4 *Género y Derechos Humanos de las Mujeres* y el No. 7 *Control de Convencionalidad*, ambos del 2015, los cuales permiten profundizar en algunos de los temas tratados en este escrito.

44 En el Preámbulo expresa que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. En el artículo 7, se establece que “toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”. Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>.

45 En el capítulo I, correspondiente a la enumeración de los deberes de los Estados, el artículo 1.1. dispone que “los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción [...]”. El artículo 5 dispone que “[...] nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes [...]”. Asimismo, el artículo 19. *Derecho del niño* señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

46 En el marco del Consejo de Europa, vigente desde el año 2014, el *Convenio sobre la prevención y lucha contra las mujeres y la violencia doméstica*.

1994)⁴⁷, suscrita en *Belém do Pará*.

2.2.2. Aportes de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En cuanto al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, para efectos de este escrito, son relevantes los

47En el preámbulo se expresa que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. [...] La violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres [...]. Convencidos de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida [...]” De acuerdo con el artículo 1, “debe entenderse por violencia contra mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Asimismo, el artículo 2° expresa que “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia [...]”. El artículo 3°. declara que “toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado”. En cuanto a los deberes de los Estados, en el artículo 7° se expresa que “los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y a llevar a cabo lo siguiente: [...] c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso [...]”. Con base en el artículo 8°. “los Estados Parte convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para: a) Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos; b) Modificar los patrones socioculturales de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer; [...] e) Fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda [...]”. El artículo 9° expresa que “para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Parte tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando es menor de edad [...]”. En el capítulo IV, el artículo 10 dispone que “con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Parte deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer”.

siguientes: la Opinión Consultiva⁴⁸ OC-17/02 *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002), el libro *La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos* (2008), el Informe No. 54/01 Caso 12-051, Maria Da Penha Maia Fernandez, de abril 16 de 2001 (ambos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), además de sus informes temáticos⁴⁹ sobre *el Castigo Corporal y los Derechos Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes* de agosto 5 de 2009; los *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos. Desarrollo y aplicación* (2011) y la *Universalización del sistema interamericano de derechos humanos. Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos* (2014). También son relevantes las guías para la aplicación de la Convención de *Belém do Pará* y la correspondiente al sistema de indicadores de progreso para la medición de la implementación de este documento, publicadas por el MESECVI.

2.2.2.1. La opinión consultiva OC-17/02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). En la opinión consultiva OC-17/02 *sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (2002), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que los Estados Parte en la Convención Americana de Derechos Humanos “tienen el deber [...] de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”. La Corte cita disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, conclusiones del Comité de los Derechos del Niño y también fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de los Estados de proteger a los niños contra la violencia, incluso en la familia. Para concluir, expresa que “el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño”.

48 Son pronunciamientos de ciertos órganos internacionales, a los que se les ha atribuido una competencia consultiva, como la *Corte Internacional de Justicia* y la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Responden a una consulta elevada en relación con el alcance de las disposiciones de los tratados cuyo cumplimiento debe ser verificado por dichas cortes. Si bien no son obligatorias, tienen un relevante valor doctrinal, pues expresan la interpretación autorizada del respectivo tratado. En esa medida, según el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991, tales opiniones son relevantes para definir el alcance de los derechos que integran el bloque de constitucionalidad (Botero y Guzmán, 2007, p.130).

49 En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, algunos órganos elaboran y publican informes temáticos en los que realizan un diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos, en particular en alguna región o Estado, o se refieren a la situación de un derecho humano, en particular en varios Estados, como los de la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También los *expertos independientes* designados por las organizaciones internacionales elaboran *informes*, v. gr. el Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas, *Paulo Sérgio Pinheiro*, incluido en este estudio.

2.2.2.2. Contribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos (2008).

Este libro desarrolla, desde una perspectiva general, el estado a la fecha de las normas, mecanismos y decisiones interamericanas en materia de derechos del niño. La publicación destaca que:

El Sistema Interamericano coexiste con otros Sistemas Internacionales de Derechos Humanos como son el Sistema Universal; así como, los sistemas regionales que existen en Europa y África. Ello implica que los diferentes sistemas de protección de derechos humanos se nutren y se complementan mutuamente en lo que concierne al desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos⁵⁰. (párr.52).

También incluye de manera expresa la noción sobre el *corpus juris* de los derechos humanos del niño, lo cual significa el reconocimiento a la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de los niños⁵¹.

Informe No. 54/01 Caso 12-051 Maria da Penha Maia Fernandez.

En este informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluye que el Estado brasileño violó, en perjuicio de la señora Maria da Penha Maia Fernandes, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, garantizados por los artículos 8 y 25 de la *Convención Americana*, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en el artículo 1 (1) de dicho instrumento, en los artículos II y XVII de la *Declaración* y en el artículo 7 de la Convención de *Belém do Pará*. Concluye también que esta violación ocurre como parte de un patrón discriminatorio respecto a la tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil, por ineficacia de la acción judicial.

50 El texto señala que “esta relación fortalece la defensa y la promoción de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes. Un ejemplo concreto de cómo el Comité de Derechos del Niño utiliza las decisiones del sistema interamericano se encuentra en la Observación General N° 8 sobre la protección del niño contra el castigo corporal y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, en la cual el Comité cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana para establecer el alcance de la obligación de adoptar medidas positivas por parte del Estado para garantizar los derechos del niño, la niña y el adolescente” (párr.54).

51 La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reconocido la existencia de un *corpus juris* sobre derechos humanos de los niños, al señalar que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana” (Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr.37, 53 y *Caso de los “Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194).

La Comisión recomienda al Estado llevar a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad penal del autor del delito de tentativa de homicidio en perjuicio de la señora Fernandes y para determinar si hay otros hechos o acciones de agentes estatales que hayan impedido el procesamiento rápido y efectivo del responsable. Recomendaba también la reparación efectiva y pronta de la víctima, así como la adopción de medidas en el ámbito nacional para eliminar esta tolerancia estatal frente a la violencia doméstica contra mujeres. Este es el primer caso de aplicación de la Convención de *Belém do Pará*. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001).

Informes temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes – Relatoría sobre los derechos de la niñez (2009)

Este informe es elaborado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez y tiene como marco conceptual los retos y avances tras 20 años de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Su objetivo es recomendar a los Estados del hemisferio americano acciones concretas para avanzar integralmente en la protección de los derechos humanos de los niños, con base en la gravedad y seriedad del castigo corporal en la región. La CIDH observa que la utilización de esta práctica, además de ser contraria al respeto de los derechos humanos, expresa una concepción del niño como objeto y no como sujeto de derechos, de acuerdo con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, (párr.24). A partir de la doctrina de la protección integral sustentada en dicha Convención, todas las decisiones que, en la familia, la sociedad, o el Estado, afecten a un niño tendrán que tener en cuenta su interés superior⁵², es decir, la vigencia efectiva de la integralidad de sus derechos.

En cuanto a la esfera de protección de los derechos humanos de los niños, en el sistema interamericano de derechos humanos, *la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica*, en el artículo 19, establece que “todo niño tiene derecho a las

52 En esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que “[...] la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el pleno ejercicio de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para atender ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que esta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella” (Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A. No. 17, párrafo 53 y 137/6).

medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Esta protección especial, expresa la CIDH, se funda en:

El reconocimiento de que los Estados deben tomar medidas positivas y preventivas teniendo en cuenta las condiciones especiales del niño; vale decir la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño y su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos y por tanto justifica la adopción de medidas especiales. (párr.23).

La CIDH considera que la autoridad parental debe ser interpretada en relación con la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos⁵³ para asegurar la protección integral de los derechos del niño⁵⁴. En tal sentido:

la CIDH sostiene que las legislaciones que permiten a los padres utilizar el castigo corporal para corregir en forma “moderada” o “razonable” a sus hijos no se adecuan a los estándares internacionales aplicables a la institución de la patria potestad y por tanto, no garantizan protección adecuada de los niños contra el castigo corporal. (párr.91).

Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos. Desarrollo y aplicación (2011)

Este Informe analiza sentencias judiciales que aplican de forma explícita instrumentos interamericanos como la *Convención Americana* y la *Convención de Belém do Pará* para resolver asuntos relacionados con el presente trabajo, tales como la violencia doméstica, el vínculo entre la discriminación y la violencia, el deber de actuar con la debida diligencia, la violencia y los derechos económicos sociales y culturales de las mujeres y la violencia física y psicológica.

53 La Declaración y el Programa de Acción de Viena, adoptada durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 23 de junio de 1993 establece que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover, proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Disponible en [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp).

54 La CIDH señala, como ejemplo, que si un niño es víctima de castigo corporal no se vulnera el derecho a la integridad personal sino que también se produce la afectación del derecho del niño a una vida digna libre de violencia.

Universalización del sistema interamericano de derechos humanos. Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos (2014)

Este documento busca fomentar la observancia general de los derechos humanos, promoviendo no solamente la universalidad de la ratificación de los tratados que conforman el sistema interamericano, sino también el cumplimiento de las disposiciones contenidas en dichos instrumentos⁵⁵. Son fundamentales para su realización factores como: la voluntad política, la fortaleza de actuación de la sociedad civil, la capacidad de prevención y respuesta de las instituciones estatales, el conocimiento por el público en general de sus derechos humanos y la creación de condiciones propicias para su ejercicio.

En relación con la temática que se aborda en este escrito, el texto destaca la *Convención de Belém de Pará* como el instrumento más ratificado del sistema interamericano⁵⁶. Para la Comisión Interamericana esto es reflejo de un consenso regional acerca de la gravedad del problema de la violencia contra las mujeres, la discriminación que la sustenta y la necesidad de adoptar estrategias integrales para su prevención, sanción y erradicación.

Publicaciones del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará. MESECVI

Guía para la aplicación de la Convención de Belém do Pará. MESECVI (2014).

En la introducción de la guía, se señala que:

aunque se ha avanzado considerablemente en toda la región en promover la interpretación de la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos, las actitudes patriarcales y los estereotipos profundamente arraigados con respecto a las funciones y responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad siguen reforzando la desigualdad. La persistencia de estereotipos suele profundizar las normas sociales que subordinan a las mujeres, y sigue constituyendo el obstáculo principal para hacer efectivo el respeto de los derechos humanos de las mujeres.

Esta situación conlleva a que el MESECVI impulse iniciativas como este texto en aras de apoyar a los Estados en su obligación de proteger los derechos humanos de las mujeres y eliminar las situaciones de violencia que puedan afectarlas, lo cual redundará en el bienestar del núcleo familiar.

55 El Informe resalta que la aplicación de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos en el continente americano es un proceso heterogéneo y lento, lo cual exige esfuerzos concretos de los Estados para superar este escollo.

56 A la fecha, los Estados que no la han ratificado son Estados Unidos, Canadá y Cuba.

Guía práctica para la aplicación del sistema de indicadores de progreso para la medición de la implementación de la Convención de Belém do Pará. MESECVI (2015).

El objetivo de esta guía es promover la consolidación del sistema de indicadores de progreso para la medición de la implementación de la *Convención de Belém do Pará* en el ámbito regional. Asimismo, persigue facilitar su utilización y promueve procesos de integración intersectorial e interinstitucional en el abordaje de la violencia contra las mujeres, con el fin de impulsar respuestas que involucren de manera coordinada a las distintas instancias públicas y sociales.

3. LA ADECUACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNAS A LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO Y A LOS PATRONES INTERPRETATIVOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como se ha expresado en este escrito, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha dado lugar a la conceptualización de un *corpus juris*, evidencia de la importancia de los instrumentos internacionales en dicho ámbito frente al derecho interno. Esto apareja la necesidad de articular ambas fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad, para afianzar el sistema de derechos y garantías (Bazán, V., 2017), lo cual ha traído como consecuencia la aparición de una institución que actualmente es una herramienta eficaz para la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: el control de convencionalidad, que se ejerce en el sistema interamericano⁵⁷, abarcado en este estudio, y al que se hará referencia a continuación.

El control de convencionalidad en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

El desarrollo jurisprudencial de la figura del control de convencionalidad permite distinguir dos modalidades, una tiene lugar en el ámbito internacional y la otra en el ámbito interno.

En el plano internacional, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la encargada de juzgar en casos concretos, mediante el denominado control concentrado, si un acto, una normativa de derecho interno y la jurisprudencia de los jueces domésticos resultan incompatibles con los instrumentos internacionales del sistema interamericano y/o con

⁵⁷ Importa tener presente que este control de convencionalidad también lo ejercitan la Corte Europea de Derechos Humanos respecto de los Estados parte de la Convención Europea de Derechos Humanos y la Corte de Luxemburgo respecto de los Estados miembros de la Unión Europea, entre otros sistemas.

sus patrones interpretativos⁵⁸. También procede cuando el Estado ha incumplido el deber de adecuar su ordenamiento jurídico para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos jurídicos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En el contexto interno, el llamado control difuso es aquel a cargo de los jueces nacionales⁵⁹ que desarrollan de manera oficiosa, es decir, aun cuando las partes no lo hubiesen planteado. Se hace extensivo a las demás autoridades públicas⁶⁰ y consiste en la evaluación de las actuaciones de los diversos órganos del poder público y su conformidad con las obligaciones internacionales del Estado en la esfera interamericana. De ahí, se sigue que el control de convencionalidad es una exigencia del principio consuetudinario de derecho internacional, según el cual el derecho interno no es excusa para el incumplimiento de los acuerdos internacionales y, además, es expresión de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*⁶¹.

A continuación, se presentan ejemplos de sentencias de diferentes Cortes del continente americano en las que se aplican de forma explícita instrumentos interamericanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará, para resolver asuntos relacionados con la violencia intrafamiliar.

Actos de violencia inminentes. Expediente No. 31.258 “B., M.P. c/G., R.A. s/protección contra la violencia intrafamiliar”, Tribunal de Familia No. 3, Departamento Judicial de Lomas de Zamora (20 de julio de 2006), Argentina

El Tribunal de Familia aborda el problema de la violencia doméstica y lo caracteriza como una forma de violencia contra las mujeres, como un

58 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado interpretaciones normativas a modo de estándares interamericanos que proponen un marco hermenéutico de los instrumentos jurídicos del sistema interamericano. Por consiguiente, los tribunales nacionales deben analizar si la pauta interpretativa del órgano internacional puede ser aplicado.

59 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, No. 154, párrafo 124. Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (‘Aguado Alfaro y otros’) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de septiembre de 2006, Serie C, No. 158, párrafo 128.

60 Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, No. 220, párrafo 225.

Corte IDH “Caso Gelman vs. Uruguay”. Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párrafo 239.

Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, No. 223, párrafo 228.

Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párrafo 284.

61 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, arts. 26 y 27.

problema de derechos humanos y como un fenómeno social, que debe interpretarse en el marco del sistema de protección de los derechos humanos internacional e interamericano. Esto conlleva el examen de las consecuencias del incumplimiento de los compromisos internacionales por parte de los Estados en los casos en que las políticas, la legislación y la jurisprudencia no se adecuen efectivamente a dicha normativa. En este análisis, hace referencia al caso de *Maria da Penha Maia Fernandez vs. Brasil* y al informe de la CIDH sobre *La Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No ser Objeto de Violencia y Discriminación*.

Debida diligencia: Causa No. 13.240 – “Calle Aliaga, Marcelo s/Recurso de casación”- Cámara 11, Sala de Casación Penal – 30/11/2010, Argentina

En esta sentencia la Cámara plantea consideraciones jurídicas relacionadas con el deber de actuar con la debida diligencia requerida para investigar y sancionar la violencia contra las mujeres bajo la *Convención de Belém do Pará* (art. 7b).

Violencia doméstica: Supremo Tribunal Federal, 24 de marzo de 2011. Constitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Maria da Penha, Brasil

En esta sentencia, el Pleno del Supremo Tribunal Federal confirmó por unanimidad la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 11.340/2006 (*Ley Maria da Penha*), artículo que impide beneficios determinados para los agresores, como la suspensión del proceso penal, entre otros. En la sentencia, se afirma que los crímenes que tienen lugar en el ámbito doméstico contra la mujer son de extrema gravedad, repercuten en todos los integrantes de su familia (incluyendo los niños), generan violencia en el futuro y, por ello, deben ser combatidos. Estos argumentos están sustentados en los objetivos, el texto y en el contenido de la citada Ley.

Impacto de la violencia intrafamiliar. RIT-F 980-2010, RUC 10-2-0361810-2, Tribunal de Familia, 25 de noviembre de 2010, Chile

El Tribunal condena al agresor por violencia intrafamiliar y presenta consideraciones acerca del impacto de este fenómeno en la víctima y su familia. Para su fallo, toma en consideración la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* y cita a la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*.

Violencia física, psicológica y económica contra la mujer. Corte Constitucional. Sentencia T-021/16. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia

En este fallo, la Corte Constitucional, al referirse a los estatutos jurídicos internacionales de protección de los derechos de las mujeres, expresa:

en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte

Interamericana han emitido una serie de pronunciamientos y decisiones de las cuales es posible extraer estándares normativos aplicables a casos concretos, al igual que un mínimo de obligaciones para los Estados Parte de la Convención⁶². Gran parte de este desarrollo se ha dado a partir de la adopción de la *Convención de Belém do Pará* (1994), y la influencia que el Sistema Universal tuvo sobre las decisiones regionales.

Más adelante señala: “los estándares internacionales constituyen fuentes de obligación del Estado, pero también son normas aplicables a casos concretos”. (Departamento de Derecho Internacional - Organización de los Estados Americanos OEA, 1994)

Violencia de género y violencia intrafamiliar. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC17090-2016. M. P. Luis Armando Tolosa Villabona. Colombia.

En las consideraciones, la Sala precisa que:

Como se señaló, no podía dictar una decisión meramente formal sin una perspectiva de género, pues los jueces, al igual que todas las autoridades públicas, están llamados no sólo a seguir lo dispuesto en la Constitución Política y en las normas, sino además, a efectuar un control de convencionalidad, el cual les impone, indefectiblemente, revisar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados concordantes, tales como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -“Convención De Belém Do Pará”, ratificada por Colombia desde el 10 de marzo de 1996.

Más adelante expresa:

De igual modo, para efectos de garantizar prerrogativas de orden fundamental, en este asunto, también resulta viable acudir a otros instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -Cedaw- adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y aprobada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981; así como a “(...) los estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos (...)”, definidos por la CIDH en el informe de 3 noviembre 2011”.

Violencia de género y violencia intrafamiliar. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC10829-2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Colombia.

En las consideraciones de esta providencia, se expresa que es menester precisar que la violencia ejercida contra la mujer desde cualquier ángulo es

62 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José),

una práctica desdenable que merece total reproche. El Estado de Derecho Constitucional no puede tolerar el ejercicio de la violencia física o moral en las relaciones obligatorias, mucho menos la de género, tampoco contra los ancianos, niños o contra cualquier sujeto de derecho sintiente. Para poner fin a tan perjudiciales y nocivas prácticas, la comunidad internacional ha diseñado diferentes instrumentos, con los cuales se ha conminado a los países a adoptar en sus legislaciones internas fórmulas educativas y sancionatorias severas para eliminar ese tipo de actos y toda forma de discriminación. Así se ha estatuido, entre otros, en la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer* (art. 4, literal d), y en la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer “Convención de Belém do Pará”* (art. 7, literal g). ”.

4. CONCLUSIONES

La globalización del derecho ha desplazado la temática de los derechos humanos de la esfera exclusivamente estatal a una dimensión internacional. En cuanto a los derechos humanos del niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el concepto de *corpus juris*. Este está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos, así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales, tanto universales como regionales. Su existencia resulta de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta temática.

Se evidencia la existencia de un marco jurídico común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de derechos. En el hemisferio americano, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es subsidiario y complementario de los sistemas judiciales nacionales. Es deber de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) ratificar e implementar a nivel nacional todos los instrumentos interamericanos de promoción y protección de los derechos humanos, además de impulsar su conocimiento en todos los estamentos de la sociedad. Asimismo, la construcción de estándares jurídicos en el marco del sistema interamericano debe complementarse con los esfuerzos de los Estados para ponerlos en práctica.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana, herramienta eficaz para la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno. La protección de los derechos humanos del niño adquiere una materialización real mediante el diálogo jurisprudencial entre los mecanismos internacionales y regionales. A pesar de los avances alcanzados en materia legislativa respecto a la protección del niño, estos distan de ser palpables en la práctica. Aunque existen obligaciones que exigen el cumplimiento de los derechos humanos, la violencia hacia los niños continúa en todas las regiones del planeta, tanto en los países

desarrollados como aquellos en vía de desarrollo.

La violencia contra los niños tiene múltiples facetas y sus consecuencias varían según su naturaleza; es necesario implementar un enfoque integrado y multisectorial para su prevención y eliminación. Eliminar y dar respuesta a la violencia hacia los niños es difícil en el contexto de la familia dado que esta es considerada la más privada de todas las esferas.

Los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para erradicar la violencia contra los niños. Tales medidas deben contener los siguientes elementos: un enfoque basado en los derechos del niño, las dimensiones de género de la violencia, prevención primaria, el papel central de la familia en las estrategias de cuidado y protección de los niños, factores de resiliencia y protección, circunstancias de riesgo, niños en situación de vulnerabilidad potencial, asignación de recursos, mecanismos de coordinación y rendición de cuentas.

Las acciones que se emprendan en aras de eliminar la violencia y específicamente la violencia intrafamiliar deben guiarse por los siguientes principios:

- La violencia contra los niños jamás es justificable.
- Toda violencia hacia los niños se puede prevenir.
- La vulnerabilidad de los niños a la violencia está relacionada con su edad y capacidad evolutiva. El principio del Estado de derecho debe aplicarse a los niños, en pie de igualdad con los adultos.
- Un planteamiento de la protección del niño, basado en la perspectiva de sus derechos, exige su reconocimiento como titular de derechos, con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y privacidad.
- En todos los procesos de toma de decisiones se debe respetar el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones se tengan en cuenta.
- El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las cuestiones que le conciernan o afecten, especialmente cuando sea víctima de actos de violencia, así como cuando se planeen medidas preventivas.

REFERENCIAS

- Arendt, H. (1974). *Los Orígenes del Totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Botero, C. y Guzmán, D. (2007). *El Sistema de los Derechos*. Bogotá D.C., Colombia: DeJusticia, Corte Constitucional.

- Comisión Interamericana de Derechos Humano. (5 de agosto de 2009). *Informe sobre el castigo corporal y los Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes*. Organización de los Estados Americanos. Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, recuperado de: <http://www.cidh.org/ninez/castigocorporal2009/castigocorporal.indice.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (16 de abril de 2001). *Informe Nro. 54/01: Caso 12.051 María de Penha Maia Fernandes*. Organización de los Estados Americanos, recuperado de <http://www.cidh.oas.org/women/Brasil12.051.htm>
- Comité de los Derechos del Niño. (21 de agosto de 2006). *Observación General No. 8, Comité de los Derechos Niño, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)*. Naciones Unidas, recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment8.html>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1989). *Recomendación General Nro. 12*. Organización de las Naciones Unidas para las Mujeres, recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (14 de noviembre de 2014). *Recomendación general Nro. 31: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta*. Naciones Unidas, recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/627/81/PDF/N1462781.pdf?OpenElement>
- Consejo de Derechos Humanos. (19 de abril de 2012). *Resolución 19/37 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos*. Naciones Unidas, recuperado de http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A-HRC-RES-19-37_ES.pdf
- Consejo de Europa. (Junio de 2008). *Abolición del castigo físico infligido a niños y niñas*. Council of Europe, recuperado de <https://rm.coe.int/168046d0ab>
- Consejo de Europa. (2009). *Una estrategia integral contra la violencia*. Council of Europe, recuperado de <https://rm.coe.int/168046eb7f>
- Convención sobre los Derechos del Niño*. (Junio de 2006). Naciones Unidas, recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (11 de marzo de 2008).

Sentencia C-256 [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-256-08.htm>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (14 de septiembre de 2016). *Sentencia C-496* [MP María Victoria Calle Correa], Salvamento de Voto: [M. Alberto rojas Ríos]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-496-16.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de agosto de 2002). *Opinión Consultativa: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Mayo a agosto de 2016). *Boletín Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 6*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin6spa.pdf>

Departamento de Derecho Internacional - Organización de los Estados Americanos OEA. (7 al 22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. Recuperado http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Departamento de Derecho Internacional - Organización de los Estados Americanos OEA. (17 de noviembre de 1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>

Departamento de Derecho Internacional - Organización de los Estados Americanos OEA. (09 de Junio de 1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem Do Para"*. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Diario El País. (11 de julio de 2017). *Se elevan los casos de violencia intrafamiliar en Colombia: Medicina Legal*. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/judicial/se-elevan-los-casos-violencia-intrafamiliar-en-medicina-legal.html>

Fernández, A. (2010). *La prevención del maltrato intrafamiliar a los niños*. Bogotá, D.C.: Leyer.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (5 de diciembre de 2016). *Campaña Para cada niño, #ENDviolence*. Recuperado de <https://www.unicef.org/spanish/endviolence/>

Galvis, L. (2006). *Las niñas, los niños y los adolescentes. Titulares activos de derechos*. Bogotá, D.C.: Ediciones Aurora.

Global Initiative. (2017). *La Iniciativa Global para Acabar con todo Castigo Corporal hacia los niños*. Recuperado de <http://www.endcorporalpunishment.org/prohibiting-corporal-punishment/introduction.html>

Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (17 de abril de 2013). *Observación general N° 15: El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. Recuperado de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.hx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhK-b7yhsq1kirKQZLK2M58RF%2f5F0vHCIs1B9k1r3x0aA7FYrehlsj%2fQwiEONVKEf8BnpvEXSl7WLPnaEMIpupYgu9Jcq5Jn-l6KhXRgZtqhSh9BZY9KH>

Oficina de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños. (2017). *Hacia un Mundo sin Violencia*. Naciones Unidas, recuperado de http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/hacia_un_mundo_sin_violencia_booklet.pdf

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos*. Naciones Unidas, recuperado de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (17 de abril de 2001). *Observación General Nro. 1: Párrafo 1 del Artículo 29: Propósitos de la Educación*. Recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2001%2f1&Lang=en

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (27 de noviembre de 2003). *Observación General No. 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*. Naciones Unidas, recuperado de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsiQql8gX5Zxh0c-QqSRzx6Zd2%2fQRsDnCTcaruSeZhPr2vZQMqmhlfEo7plKbVi-UohP68AqgUKSq8kLJXMNTlpf9VZbzCJMclV3cdZtYhaQ2op>

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (21 de agosto de 2006). *Observación general No. 8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)*. Naciones Unidas, recuperado de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vF1b6rTFNjw4eY3W5adlOuDMAWHHv5SI%2fmE3GtxI20VC8CAhXwC%2fSDnNTm9RZu7N-5JNQqtqDY5SB0dLtbePmPNff>

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (20 de julio de 2009). *Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado*. Naciones Unidas, recuperado de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vHKTUsoHNPBW0noZpSp5d6MOecQAKeVQ5zIM-W6E4Msxs4Ov3WZi2aEiJFXmn2EhSht8EgbO6IqGP47JXUhcPIP4>

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). *Consejo de Derechos Humanos*. Naciones Unidas, recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/HRCIndex.aspx>

Organización de las Naciones Unidas para las Mujeres. (1992). *Recomendación General Nro. 19: Violencia contra la Mujer*. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (18 de abril de 2011). *Convención sobre los Derechos del Niño: Observación general N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. Recuperado de http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf

Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (29 de mayo de 2013). *Convención sobre los Derechos del Niño: Observación general N° 14 - El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Recuperado de http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf

Organización de Naciones Unidas. (04 de abril de 2012). *Resolución 66/141 aprobada por la Asamblea General*. Recuperado de http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A_RES_66_141_Esp.pdf

- Organización de Naciones Unidas. (12 de abril de 2013). *Resolución 67/152 aprobada por la Asamblea General*. Recuperado de http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A_67_152_Esp_0.pdf
- Organización Mundial de la Salud - OMS. (28 de septiembre de 2017). *Preguntas más frecuentes*. Recuperado de <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>
- Órganos de las Naciones Unidas. (10 de abril de 1992). *Observación General 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacion%20Gral.%20%2020%20Art%207%20PDCP.html>
- Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Noviembre de 1999). *Observación general N° 13: El derecho a la educación (artículo 13)*. Recuperado de <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-13-derecho-educacion-articulo-13>
- Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños. (2010-2014). *Informe Anual de la Asamblea General sobre la violencia contra los niños*. Naciones Unidas, recuperado de <http://srsg.violenceagainstchildren.org/es/category/document-type/srsg-reports>
- Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños. (16 de marzo de 2017). *Violencia contra los Niños*. Naciones Unidas, recuperado de <http://srsg.violenceagainstchildren.org/es>
- Save the Children. (19 de noviembre de 2015). *Campaña Cambio de actitudes: 'No quieres que te vean así'*. Recuperado de <https://resourcecentre.savethechildren.net/library/changing-attitudes-no-quieres-que-te-vean-asi>

LA “CONTRADICCIÓN FUNDAMENTAL” EN EL MOVIMIENTO CRITICAL LEGAL STUDIES

Leidy Lizeth Flórez Sandoval¹

Recibido: Abril 23 de 2018

Aprobado: Mayo 31 de 2018

RESUMEN.

Como heredero del realismo jurídico estadounidense de principios del siglo XX, el movimiento Critical Legal Studies –en adelante CLS– enarbola la bandera de la indeterminación del Derecho. Sin embargo, va más allá de la tesis realista y sostiene que tal no obedece a un mero problema lingüístico o formal sino a una verdadera manifestación de una “contradicción” o una serie de contradicciones sustantivas que subyacen al liberalismo, entendido como tradición ideológica, económica y política sobre la que se ha construido el modo de vida estadounidense.

El objeto de este trabajo es describir en qué consiste esta “contradicción” desde la perspectiva de los miembros de CLS, así como de los autores que, tanto en Europa como en América Latina, la han analizado –si así ha sido–. Para lograrlo será menester previamente: i) trazar un esquema general que permita comprender, a grandes rasgos, lo que CLS es y defiende; ii) abordar los trabajos “paradigmáticos” al interior del movimiento CLS sobre la contradicción, particularmente los producidos por Duncan Kennedy; iii) revisar si en la literatura europea y latinoamericana esta idea ha tenido repercusión y, de ser así, cómo se ha efectuado su análisis.

Palabras clave: Critical Legal Studies. Contradicción Fundamental. Liberalismo.

¹ Abogada de la Universidad Industrial de Santander. Discente del Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: leez29hotmail.com

ABSTRACT.

As the heir of the early 20th century American legal realism, the Critical Legal Studies movement – from now on CLS - flies the flag of the indeterminacy of law. However, it goes beyond the realist thesis and argues that it does not obey a simple linguistic or formal problem but a true manifestation of a “contradiction” or a series of substantive contradictions that underlie the liberalism, understood as tradition ideological, political and economic over which has been built the way of American life.

The object of this work is to describe what is this “contradiction” from the perspective of members of CLS, as well as the authors who, both in Europe and in Latin America, have analyzed it - if this has been-. To achieve this purpose will be necessary previously: i) to draw a general scheme that allows to understand, broadly, what CLS is and defends; (ii) to study the ‘paradigmatic’ works to the interior of the CLS movement about the contradiction, particularly those produced by Duncan Kennedy; (iii) to check if in the European and Latin American literature this idea has had impact, of being like that, how its analysis has been carried out.

Key words: Critical Legal Studies. Fundamental Contradiction. Liberalism.

A “CONTRADIÇÃO FUNDAMENTAL” NO MOVIMIENTO CRÍTICAL LEGAL STUDIES

RESUMO

Como herdeiro do realismo jurídico norte-americano do início do século XX, o movimento Critical Legal Studies –doravante CLS- levanta a bandeira da indeterminação do Direito. No entanto, vai além da tese realista e argumenta que não obedece a um mero problema linguístico ou formal, mas sim a uma verdadeira manifestação de uma contradição ou de uma série de contradições substantivas subjacentes ao liberalismo, entendido como uma tradição ideológica, econômica e política na qual o modo de vida americano foi construído.

O presente estudo tem por objetivo descrever essa contradição do ponto de visto dos membros do CLS e dos autores que, na Europa e na América Latina, a analisaram. Para isso será necessário previamente: i) elaborar um esquema geral que permita compreender, em linhas gerais, o que o CLS defende; ii) abordar os trabalhos paradigmáticos do movimento CLS sobre a contradição, particularmente os que foram produzidos por Duncan Kennedy; iii) analisar se, na literatura européia e latino-americana, essa ideia teve impacto e, em caso afirmativo, como essa análise foi feita.

Palavras-chave: Critical Legal Studies. Contradição fundamental. Liberalismo.

1. INTRODUCCIÓN

Los análisis críticos del Derecho, en boga durante gran parte del siglo XX, suelen recibir el calificativo de «menos racionales» en los textos de estudio de Filosofía del Derecho, según los cuales, tradicionalmente, son dos las grandes teorías filosóficas que se han encargado del estudio del fenómeno jurídico: el iusnaturalismo y el iuspositivismo, así como múltiples interpretaciones que viran más o menos entre uno y otro.

Este trabajo es la respuesta al sentimiento de indignación personal que me produjo la idea de la «irracionalidad» endilgada al pensamiento crítico, originada en la tradición dualista moderna, que elimina la posibilidad de un espectro mayor en que es dable analizar el fenómeno jurídico, lo que conlleva la necesidad de ahondar en el estudio de teorías que no se enmarquen e una y otra esquina, no necesariamente para afiliarse a ellas, sino para ampliar el espectro acerca de lo que es y debería ser el Derecho en una sociedad como la actual. Las teorías críticas constituyen un aporte rico en multidisciplinariedad a las que deberíamos acercarnos un poco más.

En este orden de ideas, los estudios críticos del derecho estadounidenses, así como los análisis que desde América Latina y Europa se han realizado en esta misma senda, han contribuido, por ejemplo, al análisis crítico de la formación que estamos recibiendo en las facultades de Derecho y cómo la misma, no sólo es resultado sino a la vez origen de una «clase social», la de los abogados, que prolongan esquemas de poder propios del sistema económico y social que subyace a todo ordenamiento en el hemisferio occidental².

Este trabajo no abordará el estudio acerca del rol de las universidades y la formación profesional en Derecho; ahondará más bien en la forma en que una de estas vertientes críticas considera el fenómeno jurídico, cómo se denuncia la contradicción inherente al propio sistema económico y social en que se sustenta el Derecho, denuncia que sin duda constituye un elemento de partida para analizar, por ejemplo, el verdadero rol de la judicatura, así como el de los y las profesionales en derecho en el estudio y resolución de casos difíciles, cuya comprensión resulta cada vez más necesaria.

2. ¿QUÉ ES Y QUÉ PRETENDE CLS? UNA VISIÓN PANORÁMICA.

El rasgo característico de las teorías críticas del Derecho propias de

²Sobre este punto, vale citar los trabajos Kennedy (2009).

la última mitad del siglo XX³, tanto en Europa como en el continente americano⁴, es la conciencia acerca de la futilidad que representa formular el interrogante acerca de qué es el Derecho o cuál es su contenido. Su compromiso ideológico lleva a plantear otro tipo de preguntas que, autores como Nuñez Vaquero (2010), han sintetizado en dos: “¿Qué podemos hacer en el mundo como juristas? ¿Cómo podemos mejorarlo?”.

Dentro de las corrientes críticas que han intentado resolver estos interrogantes no resulta exagerado afirmar que la más llamativa es la de los *Critical Legal Studies* estadounidense. El contexto geográfico, político e histórico en el que surgió, así como las particularidades de su “funcionamiento interno”, hacen que quizá sea la más difícil de comprender, especialmente para quien se haya formado en la tradición del derecho continental europeo. Su complejidad irradia todos los aspectos de su “vida”. La diversidad de intereses intelectuales y temas de estudio, la alusión a trabajos provenientes de las más variopintas disciplinas del conocimiento, la consecuente utilización de metodologías de estudio social y jurídico igualmente diversas, y la propia estructura de su producción intelectual, generan más resquemor que interés en ciertos sectores de corte tradicional dentro de los teóricos del Derecho.

Un acercamiento a CLS, por más general que sea, lleva ineludiblemente a escudriñar en su origen histórico. Tanto para los autores que lo integran como para quienes se han dedicado a su análisis⁵ no hay duda de que la piedra angular sobre la que descansa la estructura del movimiento fue puesta en la primera *Conference on Critical Legal Studies* celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin en el año 1977, aunque la piedra en sí misma se descubrió en la década de los 60 en la universidad de Yale, donde un grupo de profesores (entre los que destaca, para los efectos de este estudio, David Trubek) miembros del *Law & Society Movement*, con posturas críticas en un escenario social revolucionado por el movimiento contracultural, organizó, gracias a la financiación de la Agencia para el Desarrollo Internacional, un *Reading group* sobre “filosofía de la ciencia social” como base para una teoría social del derecho. En este grupo participaron estudiantes y futuros cofundadores del movimiento CLS, entre los que cabe destacar a Duncan Kennedy y Mark Tushnet (Gordon, 2009).

En 1973, tras ser “despedido” de Yale junto con otros colegas de posturas disidentes frente al *establishment*, David Trubek obtuvo una plaza en la

3 Para una introducción al estudio de las corrientes críticas más representativas en el hemisferio occidental ver Pérez Lledó (1996).

4 En adelante, cuando se haga referencia a América se ha de asociar con la realidad geográfica que conglomeraba a tres subcontinentes: Norte, Centro y Sur, y no como sinónimo de los Estados Unidos, uno de los tantos estados que lo conforman.

5 Una referencia inevitable en este trabajo y en muchos otros que se han escrito en lengua castellana sobre el movimiento es la tesis doctoral, posteriormente editada como libro, del profesor Pérez Lledó (1996), de la que se han tomado varias de las referencias históricas reseñadas en este aparte. Ver, de igual forma, Kennedy (1992) y Gordon (2009).

Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin, donde casualmente terminó trabajado también Mark Tushnet. Desde allí mantuvo contacto estrecho con sus compañeros docentes y algunos alumnos, entre los que destaca Duncan Kennedy –convertido en profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard y quien había integrado una red en este centro universitario de la que hacía parte Robert. M. Unger-, lo que dio como resultado una pequeña red de colaboración y difusión académica de la que surgió la idea de organizar la conocida conferencia en estudios críticos del Derecho que congregó a académicos de todo el país y que generó en definitiva la conformación de los CLS (Pérez Lledó, 1996).

Según resalta Núñez Vaquero (2010), tres vertientes metodológicas estuvieron presentes en ese primer encuentro: i) La sociología empírica de *Law & Society Movement* (D. Trubek, L. Friedman, P. Selznick y P. Nonet, profesores de sociología de la Universidad de Yale); ii) la crítica ideológica del Derecho estructuralista-realista, con fuerte influencia, posteriormente del neomarxismo de cierto sector de la Escuela de Fráncfort (D. Kennedy, M. Horwitz y R. Unger, K. Klare y M. Kelman, profesores los tres primeros e investigadores los últimos de la Universidad de Harvard); iii) marxismo ortodoxo (Mark Tushnet) y serán estas las líneas que marquen el rumbo investigativo del movimiento. Sin embargo, *Law & Society Movement* fue objeto de duras críticas en las sesiones iniciales, debido a su conexión estrecha con los contenidos y el estilo de la nueva ortodoxia post realista de los años 50 y 60 contra la que precisamente dirigía la mayor parte de sus críticas el nuevo movimiento, lo que explica el por qué, sin duda, el momento en el cual surge CLS tal como se conoce hoy día fuese la segunda conferencia celebrada en Madison a finales del mismo año 1977, a la cual no asistieron los representantes más connotados de esta vertiente, y que fuera en ese momento en el que quedaron definidas las líneas de trabajo teórico y los intereses más o menos comunes entre los integrantes del movimiento (a los que se irán agregando, tal como resalta Kennedy (1992), durante las décadas de los 80 y 90 posturas postmodernas –deconstructivismo- y los *Critical Race Theory* y *Feminist Jurisprudence*).

Esta multiplicidad de visiones y estrategias metodológicas constituye parte del vasto universo CLS que, pese a la disolución, en los años 90 (Pérez Lledó, 1995), de las conferencias anuales que venían celebrando desde su fundación, han mantenido vivo el movimiento con una vasta producción intelectual a lo largo y ancho del territorio estadounidense y con colaboraciones e influencias notorias en algunos teóricos europeos y latinoamericanos que han cursado estudios de posgrado en las universidades donde más se ha afincado el movimiento –destacándose sin duda la Facultad de Derecho de Harvard-.

Del anterior recuento, y pese al temor de caer en generalizaciones contraproducentes, pero con la certeza de la necesidad de una caracterización de este tipo, puede afirmarse que CLS es, palabras más, palabras menos, un nicho de conocimiento y de acción política presente

en las principales facultades de Derecho estadounidenses⁶ “iniciad[o] y renovad[o] periódicamente por profesoras, profesores, estudiantas y estudiantes” (Kennedy, 1992, 283), ideológicamente de “izquierda”⁷, para quienes el Derecho es, en esencia, política –law is politics–⁸ y que por ello abordan el estudio del fenómeno jurídico como fenómeno político, lo que permite comprender el carácter fuertemente interdisciplinar y particular de sus estudios, que beben, fundamentalmente, de la sociología, la antropología, la historia, la psicología y los estudios literarios, y que metodológicamente viran desde el estructuralismo hasta las tesis deconstructivistas.

En línea con el postulado antes mencionado, y quizá debido a él, el movimiento ha prestado un especial interés⁹ al sistema de enseñanza del Derecho en Estados Unidos como reproductor de los esquemas de la ideología moral, política y económica dominante que favorece ciertos temas o contenidos curriculares sobre otros, así como sistemas de jerarquías y promoción tanto de estudiantes como de profesores¹⁰. Para CLS, si se admite que la facultad de Derecho condiciona la formación jurídica de los abogados y las abogadas en cierta concepción del mundo y de sus problemas, es posible comprender, por una parte, la forma en que abogados y abogadas, jueces y juezas, académicos y académicas, e, incluso, teóricos y teóricas del Derecho ejercen la profesión y, por otro, que al interpretar el Derecho vigente –entendido como tal el derecho positivo– se opte por esa postura ideológica.

Junto con su vertiente más política e ideológica, otra “ala” del movimiento, más jurídica (la denominada estructuralista-realista), ha retomado la tesis realista de la *indeterminación del Derecho* y la ha llevado a un nivel teórico superior, para afirmar que el derecho es indeterminado precisamente por la contradicción inherente a la ideología en que éste se afina, que no es otra que el liberalismo¹¹.

6 Aunque también se identifican como integrantes del movimiento profesionales de campos diferentes al derecho, tal como se observa en la literatura de *Critical Race Theory* o *Feminist Jurisprudence*, en la que la producción proviene en gran medida de estudiosos de otras disciplinas sociales.

7 “[CLS] Es de izquierdas, y sin embargo es profundamente crítico con el marxismo». Ya tenemos algo más: su componente marxista -que sólo es uno más- es el del neomarxismo crítico occidental que desarrolló la «crítica marxista al marxismo»: Lukács, Gramsci o la Escuela de Frankfurt. Más que el marxismo, es el espíritu de la Nueva Izquierda americana de los años sesenta lo que marca sus señas de «identidad colectiva» (Pérez Lledó, 1995, p. 138).

8 Esta primera característica común del movimiento es esencial para comprender lo que se abordará en adelante.

9 Son varias las líneas de estudio que han desarrollado autores del movimiento desde distintas perspectivas del pensamiento. Desde análisis sociológicos del derecho, pasando por estudios feministas o de *race theory*, entre otros muchos.

10 Para profundizar sobre este tema véase Kennedy, D., 2009, pp. 549-578

11 Sobre la que se profundizará más adelante.

En síntesis, CLS es: i) un movimiento esencialmente local surgido en los Estados Unidos como una crítica frente a la forma de abordar el fenómeno jurídico; ii) académico, no una manifestación o panfleto político al interior de las Facultades de Derecho. Ello no significa que sus integrantes se asuman como ideológicamente neutrales, en modo alguno lo son, pero tampoco son necesariamente activistas, ni CLS es un movimiento de acción social (Kennedy, 2009, p. 580)); iii) con una influencia interdisciplinar muy fuerte, pese a que la mayoría de sus miembros sean juristas; iv) una plataforma crítica frente a la supuesta neutralidad del Derecho –que inicia desde su enseñanza hasta su aplicación al caso concreto–, que no es más que una fachada tras la que se esconde un conflicto entre polos opuestos y contradictorios que subyace a la ideología en que se sustenta el Derecho y que permite que en ciertos contextos una misma norma jurídica sirva para justificar varias tomas de postura –estructuralismo-realismo–; v) una crítica pos ilustrada a la “gran teoría” que traiciona la idea de complejidad y la contingencia social y congela la posibilidad de imaginar órdenes alternativos. Es así como opta por teoría local en contraposición –prácticas teóricas a pequeña escala (Pérez Lledó, 1995, p. 138).

3. LA CRÍTICA INTERNA AL DERECHO. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO Y “INDETERMINANCY THESIS”.

La denominada “revuelta contra el formalismo jurídico” de tipo jurisprudencial¹² reinante en Estados Unidos desde mediados del siglo XIX se sustentó en gran medida en el realismo jurídico, cuyos miembros notorios¹³ fueron, en esencia, abogados –y, a su vez, profesores universitarios– que en muchos casos ejercían la profesión ante y en los tribunales, lo que explica en gran medida su visión sociologista, no normativista, del Derecho y permite comprender el porqué del ataque frontal a lo que consideraron “excesos del formalismo”.

El realismo se caracterizó, a grandes rasgos, por

su escepticismo acerca de la fuerza determinante de los precedentes jurisprudenciales, por creer que los jueces pueden fallar siempre lo que se les antoja y que, por lo tanto, deciden los casos a partir de sus intereses de clase o caprichos pasajeros. (Gordon, 2009, p. 521)

12 Tradición que se “basada en los principios del Estado de Derecho, de la división de poderes y de la subordinación del juez a la ley, y de otro lado, encontraba su expresión característica en un nuevo método de enseñanza que tenía como presupuesto implícito una concepción sistemática del Derecho. Me refiero al *case method*, que estudiaba el Derecho tomando como base, noya los precedentes, es decir, la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores, sino una selección preparada al efecto de casos particularmente importantes a los que se atribuía un carácter normativo”. (Treves, 1988, pp. 81-82).

13 Jerome Frank, Mark Llewellyn, Roscoe Pound, se encuentran entre los autores más conocidos de esta corriente de pensamiento.

El escepticismo frente a la “fuerza determinante de los precedentes jurisprudenciales” y, en un sentido más general, ante las reglas (y también -o sobre todo- ante los hechos, en cierto sector de estudiosos que defienden esta postura) sin duda constituye el punto de partida para comprender los análisis del movimiento respecto al Derecho, que podrían sintetizarse, siguiendo a Llewelyn, tal como fuera citado por el profesor Renato Treves (1988, p. 98), así: i) Concepción del Derecho como un proceso en continuo movimiento, que va de la mano con la tesis de la creación judicial del derecho; ii) la concepción del derecho como un medio para alcanzar determinados fines sociales; iii) la concepción de la sociedad como un ente que fluye más rápido que el Derecho; iv) divorcio temporal entre ser y deber ser para fines investigativos; v) desconfianza hacia las reglas y los conceptos jurídicos tradicionales, que pretenden describir lo que los tribunales y las personas hacen en realidad –escepticismo frente a las reglas-; vi) desconfianza adicional hacia la teoría que afirma que las formulaciones de reglas prescriptivas son el factor determinante en las decisiones judiciales; vii) desconfianza en las reglas verbalmente simples que engloban situaciones de hecho diversas y complejas, que lleva a la creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías estrechas, más de lo que había sido en el pasado; viii) valoración de cualquier parte del Derecho con base en sus efectos; ix) insistencia en que el ataque sistemático y programático sobre los problemas del Derecho, siguiendo las líneas anteriores, es necesario.

En ese orden de ideas, dos fueron las banderas o temas de interés de estudio en el seno del realismo. Por una parte, uno eminentemente crítico frente al formalismo clásico y su ilusión de certeza y predecibilidad del Derecho, que llevó a la formulación de la tesis de la indeterminación lingüística del Derecho y la consecuente de la discrecionalidad judicial; por otra, como derivado o consecuencia del anterior, uno de tipo constructivo, en el que se vio abocado un importante sector del movimiento y del que derivan dos importantes instrumentos: el *policy analysis*¹⁴ y la investigación sociológica empírica. Procederemos a explicar brevemente en qué consiste teóricamente cada uno de estos proyectos.

El Derecho –entendido aquí como el sistema de reglas positivas vigentes– es indeterminado. Esta afirmación tuvo importantes repercusiones fácticas para el momento en que se difundió, porque denunció una situación que trastocaba el tradicional sistema de equilibrio de poderes. El juez, según el realismo, actuaba discrecionalmente en la mayoría de los casos puestos bajo su consideración, precisamente a causa de la indeterminación ya denunciada. Así las cosas, el Derecho era, esencialmente, la decisión que tomaba éste.

Pero ¿En qué consiste exactamente la indeterminación del Derecho? Para dar respuesta a este interrogante es menester precisar que la característica ya denunciada del derecho se avizora, según el realismo, desde dos

¹⁴ Traducido frecuentemente como: “Análisis de conveniencia política” (Gordon, 2009, p. 503)

niveles: El primero, como vaguedad lingüística “intrínseca” en las reglas y conceptos jurídicos, debida a la textura abierta de los términos generales del lenguaje natural en que se plasman unas y otros, y su consecuente carácter flexible y abierto. Esta indeterminación, inherente a la regla o el concepto individualmente considerado, se multiplica cuando para el caso concreto hay varias reglas aplicables relevantes, ya que se presentan múltiples puntos potenciales de indeterminación -legal, no nos referimos aquí a la tesis de la indeterminación de los hechos- que se manifiesta a la hora de resolver un caso concreto.

Por su parte, el segundo nivel se ubicaba externamente y tenía que ver con el hábito de las reglas de “salir a cazar por parejas” que contienen soluciones contradictorias entre sí pese a que una y otra pueden perfectamente aplicarse al caso concreto. Esta segunda tesis fue la que retomó el movimiento del CLS para extenderlo en su argumentación.

La indeterminación así vista acarrearía, según los realistas, dos consecuencias. La primera, que en la práctica no era posible –contrario a lo que pregona el formalismo- predecir el sentido de las decisiones judiciales en casos similares, por lo que el *case method* perdía toda razón de ser, y la segunda, directamente relacionada con la anterior, que en la decisión relativa a la aplicación de la o las reglas el juez acudiría necesariamente a criterios externos, ubicados en un nivel superior, y a introducir con ello una categoría intermedia entre la o las reglas escritas y los hechos a los que se pretenden aplicar, que es en el que virtualmente se suele encontrar el juzgado o el tribunal de justicia.

A propósito de esta segunda consecuencia surgió el proyecto constructivista de los realistas, encaminado a dotar de mayor certeza al Derecho y reducir con ello su grado de indeterminación. La propuesta metodológica fue de tipo instrumental y tuvo dos vertientes: el recurso al *policy analysis* como estrategia para extraer los principios y objetivos de *policy* sociales que están detrás de las reglas y con ello determinar la respuesta que según estos objetivos era aplicable, por idoneidad, al caso concreto y, complementario de lo anterior, el recurso a la ciencia social de corte empírico como método de análisis social.

CLS retomó el primero de los proyectos. Fue desde un principio especialmente crítico con el segundo, dado que, si bien tuvo inicialmente acogida, posteriormente no demoró en convertirse en un instrumento igualmente inocuo, en una especie de aplicación formalista del Derecho (Gordon, 2009, p. 521). Sin embargo, en los aspectos sustanciales sí tomó elementos para extender su tesis. Pretender dotar de certeza y disminuir con ello en gran medida el grado de indeterminación del derecho recurriendo a los principios y a los *policies* sociales conduce a la consideración de cuestiones genuinamente políticas y morales¹⁵ que sólo traslada de nivel el problema de la indeterminación, no lo resuelve. Este es sin duda el aporte de CLS a la discusión sobre el tema, y consiste en

15 La teoría de la adjudicación de Dworkin, por citar un ejemplo, parte de esa apreciación.

(...) extender el tema realista de los “paired oppositions” mostrando cómo estos conflictos no sólo aparecen en el sistema de reglas, sino también en el sistema de policies y principios en los que aquellas se inspiran, lo que lleva nuevamente al problema que quizá sea central para los realistas: el juez ha de tomar opciones que no están dictadas por el Derecho.

Parte de la “solución” al problema de la indeterminación comienza, según lo considera un importante sector de CLS, por reconocer que la contradicción en los niveles normativo y político-moral son meras manifestaciones de la oposición existente entre los presupuestos sobre los que descansa la ideología que subyace al ordenamiento jurídico, al menos en los Estados Unidos: el liberalismo.

Del anterior planteamiento puede desprenderse la siguiente consideración, común a las diversas vertientes que al interior del movimiento se han desarrollado en torno a esta tesis:

(...) filosófica, moral y políticamente el Derecho contemporáneo está simultáneamente comprometido con polos opuestos de presupuestos e ideales irreconciliables, y los conflictos en los materiales jurídico-positivos no son sino manifestaciones de esas contradicciones situadas en niveles mucho más profundos. En último término, lo que subyace son las contradicciones del «pensamiento liberal», entendido éste en un sentido amplísimo, a veces prácticamente coextensivo con la visión del hombre y del mundo y con la forma de racionalidad que llamamos «moderna» o «ilustrada». (Pérez Lledó, 1992, p. 141)

Algunos de los pares de opuestos que han sido evidenciados por los integrantes de CLS al interior del liberalismo serían, en términos bastante vagos, y según la clasificación realizada por Pérez Lledó (1995), los que a continuación de enuncian: “contradicción fundamental”, individualismo vs. Altruismo (Kennedy); la “antinomía de la razón y del deseo” y la “antinomía de las reglas y los valores” (Unger); la contradicción entre el “discurso intencionalista” y el “discurso determinista” (Kelman), esencialmente.

Así las cosas,

El problema del liberalismo consistiría, en este sentido, en que en su seno estarían presentes dos lógicas o espíritus contrastantes, lo que llevaría a la imposibilidad de determinar de manera neutral el contenido del derecho. Esta tensión, sin embargo, no produce un puro caos sin sentido; antes bien, los juristas expertos son capaces de prever con cierta fiabilidad qué y cómo van a decidir los tribunales. (Núñez Vaquero, 2010, p. 420)

Conforme lo expuesto, de los análisis sobre los pares de opuestos atrás mencionados hemos de profundizar en el primero. La escogencia

de las posturas de Kennedy tiene que ver, por un lado, con el carácter más o menos completo de sus estudios y un mayor acceso a bibliografía seleccionada y, por otro, con lo que representaron y siguen significando esos trabajos al interior del movimiento.

4. LA “CONTRADICCIÓN FUNDAMENTAL” EN LA PRODUCCIÓN INTELECTUAL DE DUNCAN KENNEDY.

La expresión “contradicción fundamental” aparece plasmada por primera vez en *The Structure of Blackstone’s Commentaries* (1979), un estudio realizado por Kennedy sobre los comentarios de un jurista inglés del siglo XVIII que sirvió como material de enseñanza y síntesis del pensamiento jurídico tradicional en el mundo jurídico anglosajón de la época. A partir de la revisión de los contenidos temáticos de los comentarios, Kennedy pretendió, y así lo explicitó en la introducción de su trabajo, iniciar

(...) al lector en un método de comprensión del significado político del pensamiento legal, un método que podría ser llamado estructuralista, o fenomenológico, o neomarxista, o los tres juntos. (Kennedy, 1979, p. 211-212)

Para Kennedy “las relaciones con otros son al mismo tiempo necesarias para e incompatibles con nuestra libertad” (Kennedy, 1979, p. 213). De ahí que la “contradicción fundamental” aluda a “nuestros sentimientos dolorosamente contradictorios acerca del estado actual de las relaciones entre las personas en nuestro mundo social” (Kennedy, 1979, p. 213). Va, por ende, más allá de la existencia de dos polos opuestos –liberalismo y altruismo– tiene que ver más con la forma en que concebimos y nos relacionamos con el mundo exterior; esa y no otra es la auténtica contradicción lógica, que persiste en la medida en que disminuye el grado de abstracción del análisis para terminar reflejándose, implícitamente, en la forma y contenido de reglas y estándares normativos del derecho positivo estadounidense.

En este punto del discurso sin duda vendría bien una explicación del propio autor sobre lo ya expuesto, que se encuentra en los *Commentaries* en las siguientes palabras, traducidas por Pérez Lledó (1995), así:

He aquí una formulación inicial de la contradicción fundamental: la mayoría de los participantes en la cultura jurídica americana creen que el objetivo de la libertad individual es al mismo tiempo dependiente de e incompatible con la acción coactiva colectiva que es necesaria para alcanzarlo. Los otros (familia, amigos, burócratas, tipos culturales, el Estado) son necesarios para constituirnos como personas: ellos nos proporcionan la materia [stuff] de nuestro yo, y nos protegen de forma crucial contra la destrucción. Incluso cuando nos parece que estamos más solos, los demás están con nosotros, incorporados a nosotros mediante procesos lingüísticos, cognitivos y emotivos que son como cuestión simplemente biológica, aspectos colectivos de nuestra individualidad.

Además, no siempre estamos solos. A veces tenemos experiencias de fusión con otros, en grupos de dos o incluso de dos millones, y es una experiencia más buena que mala (...). Pero a la vez que nos constituye y nos protege (...) el universo de los otros nos amenaza con aniquilarnos y nos impulsa hacia formas de fusión que son claramente más malas que buenas. Innumerables sometimientos, grandes y pequeños abandonos del yo a los otros, son el precio de cuanta libertad experimentemos en sociedad.

Se observa en el fragmento citado que la idea de una “contradicción fundamental” se encuentra en niveles profundos, y que fue la culminación de los planteamientos acerca de la oposición intrínseca en el sistema moral, político y económico denominado liberalismo en que se sustentaba el derecho positivo estadounidense vigente para entonces, que, según esta tesis, oscilaba entre el opuesto individualista y el altruista, y que fuera planteada y ampliamente expuesta en *Forma y Sustancia en la adjudicación del Derecho Privado estadounidense* (1976)¹⁶, de modo que no puede comprenderse un texto sin el otro, son mutuamente complementarios.

Una lectura de los dos trabajos permite comprender al lector lo que de manera somera se ha dicho acerca del movimiento. En primer lugar, son textos con un alto contenido de estudio jurídico más que filosófico – que dentro del movimiento tiene una notable excepción en los planteamientos de Unger en *Conocimiento y Política*, enfocados, uno de un texto histórico, que hace parte de la tradición jurídica angloamericana (*Commentaires*) y otro que analiza el derecho privado estadounidense, particularmente en lo que podríamos denominar “derecho de obligaciones” (*Forma y sustancia*); en segundo lugar, el análisis se realiza a partir de una descripción general de los objetos estudiados, con los que se van introduciendo ciertas categorías que llevan a la construcción posterior de una argumentación que permite evidenciar cómo tras las reglas o estándares –principios- de derecho positivo se esconden pares de opuestos que llevan al planteamiento de la existencia de una única contradicción ideológica, propia del liberalismo, entre el individualismo –la opción de libertad del yo- y el altruismo –el bienestar de los otros-

Ya hemos dicho que el trabajo en el que Kennedy desarrolla su pensamiento respecto a la contradicción entre individualismo y altruismo es *Forma y Sustancia*. Este trabajo es un interesante análisis jurídico-político del derecho privado estadounidense, escenario en el que Kennedy se movía como pez en el agua, dado su desempeño profesional como docente en esta rama del Derecho. Lo que expuso el autor en este trabajo se puede sintetizar en los términos que siguen.

El análisis de las normas o directivas jurídicas debe realizarse partiendo de

16 Existen varias traducciones del original disponibles en la página web del profesor Kennedy <http://duncankennedy.net/bibliography/chrono.html>. Para este trabajo se utilizaron simultáneamente las versiones en lengua castellana –parcial- e italiana, las cuales se encuentran enlistadas en la bibliografía.

sus dos componentes: uno formal y uno sustancial. La cuestión de forma en que deben emitirse las normas permite distinguir entre reglas –con las cualidades de generalidad, rigidez, precisión, imparcialidad, abstracción, enlistadas por Mesa (2002) - y estándares – más flexibles, aplicables *ad hoc*-. Asimismo, existen posturas morales y políticas sustantivas opuestas con una retórica propia a la hora de abordar los problemas: individualismo Vs. Altruismo. Las posturas relativas a la forma tienden a corresponderse con la sustancia: los estándares suelen justificar contenidos altruistas mientras las reglas hacen lo propio con actitudes individualistas. El conflicto entre ambos opuestos está en una situación de bloqueo, no parece haber una línea clara que defina cuándo se está ante una postura u otra, no hay polos definidos, se admiten elementos de una y otra, se presenta una relación de contingencia entre los dos. Por contera, el uso que se haga de reglas o principios en favor de uno u otro polo dependerá de los objetivos sustantivos que se persigan.

¿Qué significa entonces reconocer la existencia de la contradicción fundamental? Según Kennedy, en primer lugar, permite avanzar en la caracterización de los conflictos morales y prácticos que subyacen al Derecho, aunque no los disminuya. En segundo lugar, permite reconocer que no es posible equilibrar valores ni reglas individualistas y altruistas según el principio de equidad, excepto en “el sentido tautológico de que podemos, de hecho, decidir si tenemos que hacerlo”(AA.VV., ¹⁷ no hay equilibrio, es precisamente el tipo de unidad de medida abstracta que está excluida por la contradicción. En tercer lugar, en cualquier sistema jurídico las actitudes individualistas –especialmente manifiestas al apelar a la aplicación de reglas- responden a interés concretos que se erosionan y pueden perder el terreno ganado. El individualismo no es un triunfo ya logrado. El papel del abogado, del juez, del jurista frente a un sistema en el que este polo es el dominante resulta fundamental para lograr posturas altruistas, sin que ello comporte en modo alguno el caer en ideologías extremas, como el totalitarismo, al que tanto se le teme en el contexto estadounidense. Finalmente, este reconocimiento permite a su vez asimilar que el juez no puede tener un comportamiento eminentemente racional; no puede evitar que en “el momento de la verdad” cambie de modalidad para tomar la decisión. Quizá este último reconocimiento se sintetice en el siguiente enunciado: “en términos de individualismo, el juez ha comenzado súbitamente a actuar de mala fe. En términos de altruismo, se ha encontrado a sí mismo”¹⁸

5. ¿ES EXPORTABLE LA TESIS DE LA CONTRADICCIÓN FUNDAMENTAL? PROPUESTAS DESDE EL EXTERIOR.

Previo a cualquier análisis, y lejos de pretender volver a lo ya tocado en páginas anteriores, preciso es atender a un rasgo característico de CLS, consistente en “(...) la búsqueda dirigida a establecer contactos en otros países con aquellos grupos que puedan tener actitudes e inquietudes

17 AA.VV., *Sociología Jurídica, Teoría y Sociología del Derecho en Estados Unidos*. op. cit., p. 187

18 KENNEDY, D., *Forma y Sustancia...* op. cit., p. 185-187

similares y con los que mejor puedan llegar a entenderse, y **no como un intento de abrir sucursales o secciones de CLS en el extranjero**" (Subrayado fuera del original).

La intención de los miembros de CLS no es exportar teorías, por dos razones sencillas: porque sus constructos teóricos son eminentemente locales –no hay construcción de grandes teorías generales con la virtualidad de ser aplicables a todos o a la mayoría de contextos posibles– y, como consecuencia de lo anterior, sus pretensiones no van más allá de la búsqueda de conocimiento, de compartir –dar y recibir– conocimientos similares a los suyos.

Este rasgo del movimiento es fundamental para comprender en qué medida las críticas externas tienen la suficiente fuerza y provienen del estereotipo construido alrededor, no sólo de este movimiento sino de las teorías críticas como corrientes alternativas, pues descansan, en la mayoría de las ocasiones, en este punto¹⁹. Naturalmente no se pretende con lo dicho atacar a quienes esgrimen estas opiniones, es comprensible que una persona que pretende elaborar una teoría aplicable al mayor número de personas y situaciones vea con desconfianza posturas que no se mueven por tal ambición.

Dicho lo anterior, de la revisión de la literatura sobre CLS es dable concluir que, pese a que en la mayoría de análisis se trata el tema de la "contradicción fundamental" ello se realiza a modo explicativo, descriptivo²⁰ y en muchos casos como elementos de discursos políticos²¹ o netamente de análisis ideológico del derecho²², pero lo cierto es que sí se ha abordado su estudio, tanto en Europa como en Latinoamérica, pero no del modo o con la profundidad con que se ha hecho en el caso estadounidense.

6. CONCLUSIÓN.

Explicar el origen y rasgos característicos del movimiento CLS es una labor de especial complejidad, dado el carácter diverso y multidisciplinar de sus estudios.

Ante este panorama, lejos de dejarlo de lado, la labor de todo jurista intelectualmente inquieto habría de consistir en despojarse de prejuicios y etiquetas y adentrarse en el descubrimiento del todo o parte de este universo complejo llamado CLS, sin que ello signifique en modo alguno

19 Críticas sobre este punto se encuentran en LOSANO, M., *La ley y la azada: Orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y Sudamérica*, Derechos y Libertades, No. 8, 2000. P. 278

20 CASAMIGLIA, A., *La retórica de CLS. Impresiones de un lector español*, Doxa, No. 11, 1992. p. 295-310

21

22 BOVINO, A. y COURTIS, C., *Por una dogmática conscientemente política. Desde otra mirada: textos de teoría, crítica del derecho*, COURTIS, C. (comp), 2a ed, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

una aceptación acrítica de las consignas por ellos proclamadas, pero sí un conocimiento aproximativo, necesario para poder defenderlas o atacarlas, máxime cuando sus constructos críticos se dirigen precisamente contra modelos "tradicionales" o sus deformaciones, como sucede en el caso de CLS, directo heredero del realismo jurídico estadounidense, crítico del formalismo en boga durante los últimos años del siglo XIX y las primeras décadas del XX.

Sin duda alguna la construcción teórica de la o las contradicciones en el seno del liberalismo, en el campo jurídico, constituye un aporte a la ciencia jurídica contemporánea que ha de partir necesariamente de la necesaria conexión entre ideología política, moral y económica y derecho positivo.

El aporte del movimiento, particularmente desde la tesis de Kennedy, es meramente exploratorio, no ofrece una solución concreta. Pese a ello (la aparente inocuidad de la producción teórica) sí queda en el viento un llamado a la acción dirigido a quienes ejercen a diario el Derecho: que sean conscientes de la existencia de esas contradicciones y actúen en pro de aplicaciones que viren hacia el polo "débil", el altruismo, en favor de causas en los que sea indispensable.

Finalmente, el hecho de identificar como de izquierda al movimiento en su conjunto no quiere decir que propugne por la caída del liberalismo. Significa, por el contrario, comprender las estrategias de cambio que el propio sistema ofrece. La actuación de CLS en su conjunto pretende modificar aspectos estructurales del liberalismo sin que ello torne necesaria o ineludible una transformación de este modelo ideológico.

BIBLIOGRAFÍA.

- Atienza, M. (2007). Una propuesta de Filosofía del Derecho para el mundo Latino. DOXA. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (30), pp. 661-663.
- Bovino, A. y Courtis, C. (2009). Por una dogmática conscientemente política. En C. Courtis. (Comp) (2 ed), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (pp. 303-342). Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Cárcova, C.M. (2009). Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. En C. Courtis. (Comp) (2 ed), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (pp. 19-39). Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Casamiglia, A. (1992). La retórica de CLS. Impresiones de un lector español, doxa, no. 11, 1992. (295-310)
- Gordon, R. W. (2009). Nuevos desarrollos de la teoría crítica. En C. Courtis. (Comp) (2 ed.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (pp. 501-518). Buenos Aires, Argentina: Eudeba.

- _____. (2009). Cómo “descongelar” la realidad legal: una aproximación crítica al derecho. En C. Courtis. (Comp) (2 ed.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (pp. 519-548). Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Kennedy. D. (1979). *The structure of Blackstone’s Commentaries*. *Buffalo Law Review* (205), pp. 211-212. Recuperado de http://duncankennedy.net/documents/photo%20articles/the%20structure%20of%20blackstone_s%20commentaries.pdf
- _____. (2001) “Forma y Sustancia en la adjudicación del Derecho Privado”, *Sociología Jurídica, Teoría y Sociología del Derecho en Estados Unidos*, Villegas, M.(Ed), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá
- _____. (1992). *Forma es sostanza nella giurisprudizione di diritto privato*, A. Carrino, (Trad). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- _____. (1992). Notas sobre la historia de CLS en Estados Unidos. *Doxa* (11), pp. 283-291.
- _____. (2009). La educación legal como preparación para la jerarquía. En C. Courtis. (Comp) (2 ed.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (pp. 549-578). Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- _____. (2009). ¿Son los abogados realmente necesarios?”. En C. Courtis. (Comp) (2 ed.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho* (pp. 579-593) Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Losano, M. (2000). La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y Sudamérica. *Derechos y libertades* (8), pp. 275-324.
- Mesa, D.A. (2002). Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento “Critical Legal Studies”. *Criterio jurídico* 1 (2), pp. 129-159.
- Núñez Vaquero, A. (2010). Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica. *Anuario de filosofía del Derecho*. (26), pp. 413-434.
- Pérez Lledó, J.A. (1996). *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos.
- _____. (1996). Teorías críticas del derecho. En E. Garzón Valdés, y F.J. Laporta. (Eds.), *El derecho y la justicia* (pp. 87-105). Madrid, España: Trotta.

_____. (1995). Critical Legal Studies y el comunitarismo. *Doxa* (17-18), pp. 137-164.

Treves, R. (1988). *La sociología del derecho, orígenes investigaciones, problemas*. Barcelona: Ariel.

LA QUIMERA DEL ESTADO EN LATINOAMÉRICA

Carlos Arturo Duarte Martínez ¹

Recibido: 2 de mayo de 2018

Aprobado: 31 de mayo de 2018

RESUMEN

En este escrito se analiza la configuración del Estado-nación, del Estado de derecho y del Estado social de derecho en Latinoamérica. Se demuestra que la adopción de estos modelos políticos, de raíz europea-occidental, no ha tenido en cuenta la realidad latinoamericana, de allí que ninguno de ellos haya tenido una validez real y completa, merced al modelo feudal de su vida colonial, al carácter autoritario, mesiánico, populista y vertical de sus gobernantes, a la debilidad fiscal y a una división internacional del trabajo de corte extractivista.

Palabras clave: Latinoamérica, poder público, Constitución, democracia.

THE CHIMERA OF THE STATE IN LATIN AMERICA

ABSTRACT

This document analyzes the context-setting of the nation-state, the rule according to higher law, and the social rule of law in Latin America. It is demonstrated that the adoption of these political models of western-European roots has not taken into account the Latin American reality, hence none of them has had a real and complete validity, due to the feudal

¹ Abogado y especialista en Derecho público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB). Candidato a magíster en Derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Docente auxiliar y coordinador académico de la especialización en Derecho disciplinario de la UNAB. Empleado judicial en el Tribunal Administrativo de Santander. Correo: cduarte3@unab.edu.co

model of its colonial life, the rulers' authoritarian, messianic, populist, and vertical character, the fiscal weakness, and an international division of extractive labor.

Key words: Latin America, Public power, Constitution, Democracy.

A QUIMERA DO ESTADO NA AMÉRICA LATINA

RESUMO

Este artigo analisa a configuração do estado-nação, do estado de direito e do estado social do direito na América Latina. Mostra-se que a adoção desses modelos políticos, de origem europeu e ocidental, não leva em conta a realidade latino-americana, de modo que nenhum deles teve uma validade real e completa, graças ao modelo feudal de sua vida colonial, ao caráter autoritário, messiânico, populista e vertical de seus governantes, à fraqueza fiscal e a uma divisão internacional do trabalho extrativista.

Palavras chave: América Latina, poder público, Constituição, democracia.

INTRODUCCIÓN

En su discurso al recibir el Nobel de Literatura, García Márquez (1982), uno de los insignes representantes del *boom latinoamericano*, describe con crudeza la historia socio-política del subcontinente y reconoce que ella también es valorada en su galardón. Se da un golpe en el pecho y confiesa que, ante esa “realidad descomunal”, en su oficio de escritor ha tenido que pedirle “muy poco a la imaginación, porque el desafío mayor para nosotros ha sido la insuficiencia de los recursos convencionales para hacer creíble nuestra vida”. Se refiere a esa vida que ha maravillado a Europa a través de la novela, con la que se explaya el ser latinoamericano en el mundo, y que ha recogido cinco premios Nobel de literatura.

La misma fascinación despertó en los franceses, primero, y en los italianos, belgas y españoles, después, la llegada de *los escarabajos de la montaña* a las competencias ciclísticas europeas en los años ochenta. Ellos, inventores del ciclismo, no podían concebir que unas personas tan pequeñas y con piernas tan delgadas como agujas, pudieran escalar las cuestas de un *hors catégorie* con una relación que enlaza un piñón de 19 dientes. Los suyos, de anchas espaldas y gran altura, los debían seguir con piñones de 23 y 25 dientes. Pronto se dieron cuenta de que no se puede de otra manera, sin asfixiar las piernas, afrontar los Andes colombianos, cuyos puertos exigen esfuerzos sostenidos de más de una hora y media, y cuyas extensiones pueden duplicar y triplicar a los de los Alpes y Pirineos.

Estas referencias a aspectos propios de Latinoamérica, en temas universales

como la literatura y el deporte, plantean un germen de duda sobre la forma de organización social llamada “Estado”. Frente a este, según Tilly (1992), no vale una teoría universal, aunque se haya querido adoptar en la antigua América española, desde que el fuego de los mosquetes y el filo de las espadas la separó del Reino español y la lanzó a la vida republicana.

La idea de Estado en Latinoamérica ha sido construida desde los cánones europeos. Las figuras e instituciones estatales se han trasplantado a nuestros países sin considerar muy bien las propias vivencias. Sin embargo, es bien sabido que la realidad desborda las formas legales, por lo que bien puede preguntarse si existe Estado en Latinoamérica y si son las repúblicas latinoamericanas Estado-naciones, Estados de derecho y/o Estados sociales de derecho. Frente a una respuesta negativa, será preciso preguntarse entonces si existen elementos propios de las organizaciones políticas latinoamericanas y si serán estos tan fascinantes como sus escritores y ciclistas.

Para responder estas preguntas, primero se abordarán de manera sucinta –con el peligro de las generalizaciones– los fenómenos científicos, culturales, políticos, económicos y belicistas que formaron al Estado, al Estado de derecho y al Estado social de derecho en Europa. Luego, se evaluarán los que se han presentado en Latinoamérica para establecer si convergen o no con la experiencia europea.

1. LUCES Y FUEGO EN EUROPA

1.1. El Estado-nación

La cortina medieval que cubrió a Europa durante casi diez siglos empieza a caer con el surgimiento de las primeras universidades laicas que, apartadas de las abadías y las *scholas* catedralicias o episcopales, abren al conocimiento un horizonte alejado de los dogmas católicos. La reinterpretación de los griegos clásicos, cuya preservación se debe, paradójicamente, a dichos espacios religiosos, da lugar a tomar por extraños los argumentos de autoridad religiosos. Si bien el surgimiento de las primeras universidades medievales europeas coincide con el de la escolástica, será esta superada al surgir inquietudes acerca del conocimiento, principalmente de cómo acceder a él, si desde la experiencia o desde la razón.

De otra parte, personas que no trabajan la tierra empiezan a encargarse de comercializar los excedentes de producción, lo que no consumen quienes siembran, y surgen oficios para crear lo que la tierra no da. Con el tiempo, estas labores se hacen más complejas y, con ello, aparece la especulación, el acaparamiento y la acumulación de capital. El mercantilismo entra en auge. Además, la riqueza de los súbditos llama la atención de los reyes. La intervención del monarca en la economía se decanta por el recaudo de impuestos; así se hace más rico y fuerte, lo que le permite no depender de la nobleza para ejercer el poder y acudir a la guerra. Su poder no es

ya nominal, sino real². El rey puede financiar su ejército y así tener el monopolio efectivo de la fuerza (Naranjo, 2006).

La asunción de un poderío militar permite a los reyes dar unidad territorial a su reino. La guerra que pacifica el interior de los Estados da legitimidad al poder del monarca y abre las fronteras a nuevas conquistas: las Islas Canarias, Navarra y, finalmente, el nuevo mundo en el caso español. A la unidad política de territorios sigue, a fin de consolidar el Estado-nación, la unidad socio-cultural: los súbditos deben tener identidad religiosa, idiomática y cultural con el monarca, con lo que se diversifican las poblaciones, que antes estaban unidas por la iglesia católica. La razón de Estado lleva a destruir el orden medieval, de allí que para Bastida (2001):

La inauguración del Estado como institución plenamente independiente trajo consigo la introducción de un nuevo modo de concebir la política. El Estado es la negación de la ciudad de Dios [...]. El súbdito [...] se convierte en ciudadano y la relación mutua de protección y lealtad se transforma en el único fundamento que origina la sociedad. Al agustinismo político le sucede [...] el maquiavelismo, el realismo político. (p.29).

Así, el absolutismo monárquico desplaza los designios ciertos e inmutables del catolicismo como el fundamento de la unidad y obediencia al Estado y su Derecho positivo.

Todos estos cambios que trajo la existencia del Estado-nación confluyeron en el genovés Cristóbal Colón, quien, descreído del dogma católico de que la tierra es plana, con el interés de abrir nuevas rutas comerciales que permitieran el intercambio económico con oriente y financiado por el absolutismo español, descubre el “nuevo mundo”. Con esto, se vincula América con la historia del mundo occidental (Vela, 2010).

1.2. El Estado de derecho

En Inglaterra, la integridad del territorio se alcanza pronto en el proceso de consolidación como Estado-nación, por obra de Alfredo El Grande. Sin embargo, solo Enrique VIII, miembro de la Dinastía Tudor, logra el monopolio de la fuerza, típico de un Estado-Nación, en un periodo en el que Inglaterra se desarrolla como potencia política y militar.

El capitalismo avanzó más rápido en tierras inglesas, gracias a la Revolución Industrial. El poder económico de los liberales ingleses se materializa paulatinamente en prerrogativas políticas y civiles: en el siglo XIII hacen firmar al monarca Juan Sin Tierra la Carta Magna, en el XIV logran ser escuchados en la Cámara de los Comunes y en el siglo XVII entran en guerra con la Corona, incluso llegan a juzgar y decapitar a Carlos I, su monarca. Tras el interregno de la Mancomunidad de Inglaterra y

2 En la edad media el poder del Rey residía en buen parte en la riqueza y apoyo de los nobles.

luego de la restauración de los Estuardo, el liberalismo inglés da el golpe definitivo al absolutismo al derrocar a Jacobo II, para luego establecer una monarquía parlamentaria con Guillermo de Orange, quien firmó la *Bill of Rights* (Pisarello, 2014).

Los procesos revolucionarios burgueses, que entrañan la tensión entre la autoridad y el individuo, logran a sangre y fuego erigir una esfera privada inaccesible para el Estado, que cobija con dignidad y derechos a las personas, como límites al poder público. Se afirma desde entonces que los intereses del Estado no pueden ir en contra de los del individuo; es más, los segundos deben determinar a los primeros. Al Estado le corresponde entonces velar por la seguridad de las personas y de sus bienes, defender el cumplimiento de los contratos entre los comerciantes, procurar una administración de justicia expedita y abstenerse de intervenir en materia económica, el culmen del liberalismo económico. Surge así el Estado de derecho; su seña, adicional al Estado-nación, es el control del ejercicio del poder público por medio de la ley, en donde esto se confía a una pluralidad de organismos. La idea del Estado de derecho se esparce por la Europa continental desde finales del siglo XVIII (Vela, 2015b).

La gran acumulación de dinero, que posibilita a los burgueses extraer el poder público de las monarquías, se da por la ética protestante. A través del trabajo, ahorro y enriquecimiento, la burguesía del norte de Europa incrementa su poder económico, mientras que el sur católico sigue, por un considerable tiempo, formas precarias de producción de riqueza (López, 1983). Asimismo, el liberalismo económico alcanza el poder con apoyo de la Ilustración, movimiento intelectual que promueve la defensa del individuo y su dignidad como límite al poder estatal, de modo que el ser humano pueda “hacer uso público de la propia razón en todos los terrenos” (Kant, 2012, p.9). Sumado a la erradicación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público, el resultado de este movimiento se sintetiza en el tránsito que se hace del individuo como un sujeto de deberes, al cual se le castiga por incumplirlos, a un sujeto titular de derechos. Esos derechos están representados por la ciudadanía, idea ilustrada que funda la Nación.

Cabe destacar que la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en 1789, pieza fundamental de restricción del poder del Estado,

se construyó en torno a la consolidación del derecho de la propiedad como una estructura de derecho natural equiparable a la igualdad, libertad y la seguridad, pero ella sí, en todo caso, tangible y realizable, mientras que los otros derechos no eran más que manifestaciones exultantes de una quimera. (Gómez, p.21).

Esta prelación del derecho a la propiedad conduce a que se establezcan límites a otros derechos con fundamento en la amplitud del patrimonio de las personas, como el sufragio censitario. Con el tiempo, el fetiche a la autonomía de la voluntad, a la propiedad privada y al proceso legislativo

estropea al Estado de derecho.

1.3. Estado social de derecho

Todo el siglo XIX fue un campo abierto para el capitalismo. La Revolución Industrial se consolida en toda Europa del norte y en los Estados Unidos de América. Pese al éxito económico, se presentan circunstancias no previstas cuando el liberalismo se propone como un modelo hacia la felicidad; las industrias, como medios de producción, caen en manos de muy pocos y, porque el consumo de bienes y servicios no alcanza un alto nivel que lleve a la economía a sostenerse por sí sola, la *mano invisible* no puede hacer ajustes automáticos para traducir en beneficio común la riqueza de los ciudadanos. Al capitalismo le siguieron la exclusión y las desigualdades (Vela, 2015b).

En este escenario, recuerda Vela (2012), Keynes y Heller plantean que es necesaria la intervención del Estado para poner a salvo de crisis el modelo económico capitalista, que no es perfecto, y para satisfacer las necesidades de los excluidos y desiguales, los más débiles en lo económico y social. Heller (2011) señala que ningún otro modelo económico ha creado tanta riqueza en la historia de la humanidad como el capitalismo, pero esa actividad económica hace desiguales a los hombres, de allí que la función estatal no se pueda disociar de la economía. Surge así el constitucionalismo social, que habilita la “intervención del Estado en esferas que hasta entonces le habían sido vedadas, como la producción económica, la organización de la empresa privada o simplemente el mercado de bienes y servicios” (Herrera, 2017, p.174).

La intervención del Estado en la economía implica sin duda una profundización de la democracia, en tanto ofrece nuevas garantías para la vigencia de una real ciudadanía. A lo público le interesan los problemas que puedan presentarse en los asuntos individuales de las personas excluidas de los beneficios del capitalismo. El Estado no solo asume la protección de los derechos civiles, sino la satisfacción de los derechos sociales. Aquí el individuo es visto no solo como titular de derechos sino también sujeto de necesidades que por sí mismo no puede satisfacer. Esos asuntos individuales que le niegan el disfrute de su dignidad humana resultan siendo interés del Estado.

En este orden de ideas, desde el inicio de la vida estatal se entiende que las personas no son iguales, algo que el Estado de derecho infravalora, puesto que la igualdad se predica a partir de la ley; es decir, la igualdad es supuesta y no real. Es por esto que el Estado social de derecho emprende como propósito lograr la igualdad material. En realidad, como resalta Bernal de Tugendhat (2008), “[e]s imperioso reconocer que el liberalismo presupone más individuos capaces de ser ciudadanos libres de los que existen en la práctica” (p.296).

Así, mientras la distinción de lo público y privado en el Estado de derecho

se materializa para el ciudadano en derechos civiles y políticos, sobre todo en el derecho de propiedad, la configuración del Estado social de derecho conlleva el reconocimiento de derechos sociales que, asegurados en las Constituciones, son expresión del acuerdo democrático sobre “lo que es *no* decidible: [...] porque no puede ser no decidido” (Ferrajoli, 2004, p.275.). Es necesario tomar decisiones positivas para satisfacer dichos derechos, lo que genera “unos costos y esos costos se deben pagar de alguna forma, esa forma, en esencia, es a través de los impuestos” (Bateman *et al*, 2009, p.67).

Sin embargo, en la actualidad, el Estado social de derecho enfrenta fenómenos económicos que desdibujan su identidad garantista y conducen, como resalta Chevallier (2011), a redefinir las funciones estatales y a adoptar, en el ámbito del Derecho laboral, medidas “que buscan esencialmente retrasar la edad de jubilación, para prolongar el período de cotizaciones y reducir los pagos” (p.116). Pisarello (2014) advierte que esos cambios no pueden ser contenidos ni por

las teorías que postulan la prohibición de retrocesos en materia social, ni [por] las que defienden la existencia de un contenido esencial en los derechos democráticos que en ningún caso debe desnaturalizarse, ni [por] las que plantean, de modo más general, la existencia de líneas rojas que ninguna política de ajuste estructural debería traspasar. (pp.16-17).

Así, importantes cambios en la organización política estatal ocurren en la actualidad en occidente.

2. LA IDEA DE ESTADO EN AMÉRICA LATINA

2.1. ¿La América española dentro del Estado-nación español?

Nada indica que las colonias de España en América participaran en la formación y consolidación del Estado-nación español entre los siglos XV y XVIII. La vida de los criollos, nativos y africanos se desarrolla en condiciones diferentes a las que presentaba la metrópoli para los españoles. La América española no vive el mercantilismo en su plenitud merced a las fuertes restricciones impuestas por la corona desde la Casa de la Contratación de Indias. Se les obliga a comerciar sus productos solo con España y no directamente entre las colonias, lo que impide que sus gentes lleguen a acumular grandes riquezas. Las pequeñas mercaderías se agotan en el consumo interno; además, la dinámica del colonialismo lleva a que los principales productos de comercio que salen de las indias sean metales preciosos, los que, junto con los productos agrícolas de interés para Europa, son recogidos mediante la Flota de Indias. Estos viajes regulares permiten asegurar el monopolio de comercio implantado desde la Casa de Contratación de Indias y proteger el comercio de metales preciosos de piratas y corsarios (Ots y Capdequi, 1969).

El principal objetivo de los gobernantes españoles en materia de política económica para las colonias es proteger la minería, de allí que impidieran el desarrollo industrial colonial. Por esto, “[s]e dificultó, en suma, por todos los medios el comercio directo entre unas comarcas y otras de los territorios coloniales, sobre todo cuando se trataba de artículos que pudieran hacer la competencia a los que España exportaba” (Ots y Capdequí, 1969, p.112). En síntesis, “Las indias fueron consideradas [...] como simple mercado completamente de la economía peninsular” (p.90).

Lo que sí tiene éxito en la economía colonial-española es el feudalismo por intermedio de las encomiendas y los resguardos indígenas. Nieto Arteta (1975) destaca que estas figuras demuestran la “unión de un poder político y la propiedad territorial [...] que es una institución feudal” (p.22). De otra parte, los conocimientos desarrollados por los imperios precolombinos que sucumben ante las oleadas de bandidos llegados de España son destruidos, y se imponen los dogmas católicos. En lo cultural, religioso y social, no hay articulación sino destrucción e imposición de los valores españoles.

En realidad, las colonias españolas son expresiones del poderío del Estado-nación español y no parte de él. Como indicó Mitre, citado por Ots y Capdequí (1969), “La América española no formaba cuerpo de nación con la Península, ni estaba ligada a ella sino por el vínculo de la corona” (p.344). Al nuevo mundo llega la barbarie como expresión de la civilización con el rótulo del colonialismo.

2.2. La apuesta de las noveles repúblicas por ser Estados de derecho

2.2.1. Siglo XIX

La falta de los elementos de Estado-nación que caracterizan a los países que surgen tras las guerras de independencia, peleadas por ejércitos independentistas, no por ejércitos nacionales, supuso para ellos múltiples contradicciones. Las jóvenes repúblicas resultan abocadas a la tarea de “construir el Estado antes de la nación y [...] extraer la nación del Estado” (Valencia, 2012, p.95). Sus líderes, como hijos de la Ilustración, con el propósito de seguir los ejemplos de los Estados Unidos de América y de la República francesa, abrazan la idea de constituir Estados de derecho; sin embargo, no hubo quien ejerciera un monopolio de la fuerza en los territorios liberados.

Esto condujo a que se presentaran proyectos monárquicos en la antigua América española. Agustín de Iturbide crea el Primer Imperio Mexicano, que se extiende desde la alta California, Nuevo México y Texas, en el norte, hasta Costa Rica, al sur, hasta sus límites con la Gran Colombia. Este régimen monárquico, que se funda en tres garantías (religión, independencia y unión) no dura ni un año. Iturbide no pudo legitimar su poder.

En el sur, consciente de la necesidad de establecer un orden político, Bolívar propuso, primero ante el Congreso de Angostura y luego en Bolivia, un régimen constitucional autoritario, con rasgos monárquicos inclusive. Esta fue una respuesta a la asunción por parte de Bolívar de una “tarea mesiánica con relación a las colonias hispanoamericanas: la fundación de una república disciplinada y virtuosa, calcada sobre el modelo romano, en los Andes sudamericanos” (Valencia, 2012, pp.101-102). Sabía que en los primeros años de la República colombiana era necesaria más autoridad que libertad.

Estos primeros intentos de lograr el monopolio de la fuerza resultaron infructuosos, puesto que los impulsos de los diferentes actores políticos llevaron a la desintegración de esos Estados. De esos proyectos imperiales surgen múltiples repúblicas. Debe aclararse que en el proceso independentista de las colonias españolas también está presente la Ilustración. Sin embargo, en punto de verdad, los líderes de las noveles repúblicas

se vieron obligados a adoptar el arquetipo liberal de régimen constitucional puesto que el mercado de ideas de comienzos del siglo XIX no ofrecía opción distinta de la democracia representativa si de asegurar dominación y hegemonía en el espacio nacional se trataba. (Valencia, 2012, p.86).

Así, al adoptarse la Ilustración por fama y no por total convicción, la tarea de construir Estados de derecho en Latinoamérica durante todo el siglo XIX y bien entrado del siglo XX resulta infructuosa en tanto el ámbito político no obliga a buscar un proceso de construcción de Estado, de respeto a lo individual y de distinción con lo público.

El presidencialismo como régimen de gobierno es importado por las jóvenes repúblicas, siguiendo los ímpetus norteamericanos. Sin embargo, nunca se consolida debido a los intereses disímiles de las oligarquías; la inestabilidad política generó presidentes fuertes y cámaras legislativas débiles, sin capacidad ni oportunidad para ejercer controles (Carpizo, 2009). El presidencialismo en Latinoamérica fracasa debido también a la presencia de proyectos personalísimos, mesiánicos y caudillistas de “hombres providenciales”; a algunos de ellos, García Márquez (1982) se refiere en *La soledad de América latina*. Las más enconadas discusiones políticas se deciden en los campos de batalla: el ejercicio de la política exige saber del oficio militar. Las tensiones latinoamericanas producen que se agregue el sufijo *-ista* al régimen presidencial, lo que perdura hasta hoy.

Por su parte, el liberalismo económico también tiene traspiés en su recepción latinoamericana. Los procesos socioeconómicos de los países de la antigua América española no pueden romper los lazos del modelo feudal: la tierra sigue siendo la principal fuente de riqueza y, por muchos años, es explotada por personas no libres. La luchada apertura de los mercados, en búsqueda de un comercio vivo y sin restricciones por los

liberales, aumenta los márgenes de desigualdad en las sociedades. Las nuevas repúblicas asisten desde un comienzo al concierto internacional sin herramientas para competir activamente y tener posibilidades de generar riqueza para sus gentes, de modo que puedan hacerse fuertes ante el autoritarismo desbordado de los gobernantes a fin de limitar el ejercicio del poder público (Vela, 2012). Por ejemplo, al finalizar la guerra de independencia, los colombianos eran dueños de 16 barcos mercantes y, un quinquenio más tarde, se aumenta la flota en 46 barcos, ninguno capaz de atravesar los océanos (Gaviria, 2012).

Los propósitos de libertad económica sirvieron al capital extranjero, cuyos deudores son, entre otros, las repúblicas hispanoamericanas; desde entonces, no duda en invadir y bloquear a algunos países latinoamericanos para proteger los intereses de sus nacionales o incluso forzar el pago de sus acreencias. Bien dijo López (1983):

El siglo XIX lo gastarán nuestras nacionalidades tratando de realizar vanamente el ideal del Estado gendarme, impasible ante los fenómenos de la vida económica, indiferente a la suerte de los indios, obligado a satisfacer apenas en la medida de sus recursos las más apremiantes necesidades colectivas, sin un criterio profundo de servicio público, ni un alto sentido histórico de la conservación de los valores nacionales ni de defensa de la integridad territorial de nuestro Estado, mientras la burguesía de las ciudades vivía planteando a los gobiernos por medio de los parlamentos el clásico dilema: o someterse o dimitir. (p.283).

En este contexto político y económico una limitación del poder en garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos es un auténtico delirio, por lo que el autoritarismo prima sobre las garantías jurídicas.

2.2.2. El siglo XX

La aplicación del capitalismo como modelo económico mundial profundiza la repartición internacional del trabajo entre países del norte y del sur. Si bien en estos últimos empiezan a surgir las industrias, son pequeñas, sectorizadas y sus productos no pueden competir en calidad y cantidad con los del norte. Nunca se da una verdadera revolución industrial: el proceso de industrialización camina a pasos pequeños (Vela, 2015b).

Puede decirse que las relaciones de dependencia de los países latinoamericanos, respecto del primer mundo, no se eliminan sino se transforman luego de la colonia. Al antiguo *colonialismo* se agregó el prefijo neo- como signo de la nueva relación imperial entre Europa y América latina; en esta, se reconoce la autonomía jurídica de los nuevos Estados, pero se ata su precaria soberanía en lo político a la imposición de formas de organización o de gobiernos y, en lo económico, a la “ayuda” o “cooperación internacional”, como manifestación de dependencia nacional (Díaz, 1997).

Sin que el capitalismo se aplique por completo en Latinoamérica, la

explotación de la tierra sigue teniendo un gran peso y la riqueza no se genera para todos los sectores. Las élites ricas no van a impulsar, en términos políticos, el reconocimiento de más derechos y libertades, ni a crear una distinción equilibrada entre lo público y lo privado. Frente a las pretensiones de extraer a las élites del poder público, estas prefieren, en lugar de una apertura transformadora del estamento social, los convenientes gobiernos militares que concentran el poder y la autoridad y, con ello, conservan el *statuo quo* señorial heredado de la colonia. En el siglo XX, los intentos de distinguir el poder civil del militar ceden el paso a la intervención de los militares en la política. Las dictaduras militares cunden a lo largo de Latinoamérica. Como señala el profesor Díaz (1997), en este escenario “[e]l poder se concentra y se incrementa, pero las libertades (derechos individuales) se reducen y limitan y los derechos sociales [...] sólo cubren a una minoría de la población” (p.97). Las dictaduras militares llevan al exilio a muchos escritores, quienes salen a conocer el mundo que conquistan tiempo después.

Estos problemas del liberalismo y de la democracia generan movimientos que abrazan la lucha armada con la idea de imponer regímenes socialistas. Los resultados son dictaduras más fuertes, más restrictivas de los derechos. Cualquier límite distintivo entre una esfera pública y privada es desconocido frente a los sectores populares, de modo que la esfera pública se superpone a la esfera privada. Pocos de estos movimientos insurgentes logran llegar al poder, pero otros más sí ponen en duda el precario monopolio del poder de los Estados latinoamericanos.

Si hay un momento histórico en que los regímenes políticos latinoamericanos se han encontrado lejos de ser Estados de derecho es este: el ejercicio del poder no tiene límites. Desbordadas, las autoridades cometieron acciones violatorias de los derechos de las personas para mantener los beneficios que el subdesarrollo trajo para las clases sociales privilegiadas.

2.3. Estado social de derecho

Sin que en América latina el capitalismo tuviera el éxito económico e industrial vivido en Europa y Estados Unidos, sí recoge sus peores consecuencias. La apuesta para hacer frente a los nuevos problemas, sin solución a los que ya existían, consistió, nuevamente, en copiar. A finales de los años ochenta y a lo largo de los años noventa, se da una serie de reformas en las constituciones de Latinoamérica, en las que se consagra la cláusula del Estado social de derecho. Se piensa que, si los países de Europa occidental, en su tránsito hacia la democracia después de las caídas de los regímenes totalitarios (fascismo, nazismo, franquismo o salazarismo), derivaron en la consagración de Estados sociales del derecho, lo mismo vale para que Latinoamérica salga de los oscuros regímenes militares y dictatoriales. Sin embargo, esto no ha sido posible, debido a que los procesos democráticos que exige ser un Estado social de derecho han encontrado diferentes límites.

En primer lugar, en el plano político valen varias aclaraciones. Como ha señalado Boeckh (2009) “es importante dejar de mezclar los procesos de paz con los esfuerzos de democratización” (p.49). Los acuerdos de paz se producen entre élites que tienen un alto grado de control sobre su base social. Los acuerdos políticos, que superan la Revolución mexicana, la Violencia en Colombia y las guerras de Centroamérica, no conducen a transformaciones democráticas.

El Estado social de derecho es un escenario apropiado para recibir y dar respuesta a demandas democráticas, elevadas por sectores excluidos –por lo que representa una pretensión igualitaria– y enfrentadas a sistemas políticos con alto grado de exclusión y privación. Sin embargo, las demandas democráticas en Latinoamérica resultan enfrentadas a regímenes populistas. El populismo, según Laclau (2005), asume una lógica política y un lenguaje de discurso que es impreciso y fluctuante, de modo que no puede determinar con claridad las demandas que va a abarcar y a excluir, a lo que se llega debido a que el sistema social en el que surge es heterogéneo, desarticulado y fluctuante. La misma realidad latinoamericana es la cruz de sus gentes. El populismo asume una demanda popular, “con una centralidad inesperada y se vuelve el nombre de algo que la excede, de algo que no puede controlar por sí misma y que no obstante se convierte en un destino al que no puede escapar” (Laclau, 2005, p.151).

En Ecuador, por ejemplo, la neoliberalización de la economía generó protestas de la sociedad civil para participar en el debate público, a fin de introducir asuntos excluidos, cuestionar temas que se asumen implícitos y lograr una democracia participativa con descentralización administrativa como herramienta de autogobierno democrático. Aquellos movimientos rompen la hegemonía liberal, no se enmarcan en la teoría de la democracia liberal y buscan cambiar las instituciones que sustentan los procedimientos del Estado de derecho. Sin embargo, el Gobierno de Rafael Correa, con el que se dilapida el neoliberalismo en Ecuador, no desarrolla del todo ese movimiento social destacado y genera un “otro institucionalizado” cuyas demandas no son tenidas en cuenta (Andrade, 2009).

En Venezuela, se planeó seguir hacia el socialismo en paz. Se enarboló la democracia participativa como escenario para la toma de las decisiones públicas más importantes, lo que tuvo por un tiempo relativo éxito en cuanto a los resultados, pero fracasó cuando la renta petrolera se redujo y sus procedimientos electorales resultaron deficientes para la toma de decisiones públicas. Venezuela con Chávez cae en una suerte de “autoritarismo electoral”, debido a que, si bien se convoca al pueblo a elecciones y comicios, dichos escenarios son manipulados por el régimen populista, en detrimento de los derechos civiles y políticos (Marquéz, 2009). Ya con Maduro el sistema político venezolano es incapaz de sostenerse ante el conflicto institucional generado entre el Gobierno chavista y la Asamblea Nacional de mayoría opositora, como consecuencia de la típica ausencia de “válvulas de escape” del hiperpresidencialismo

latinoamericano.

En Colombia, el último país latinoamericano que tuvo un conflicto armado interno, se ha apostado por lograr un completo control territorial por parte del Estado sobre las guerrillas comunistas, como factor de consolidación. Dicho propósito estuvo mediado por el autoritarismo, el populismo y la autocracia de un presidente como Álvaro Uribe, quien promovió la deslegitimación de las guerrillas al mostrarlas sin ningún compromiso político y con un fin de acumulación económica, fundado en el narcotráfico, con quienes solo vale la pena entrar en guerra total (Donato, 2010). En dicha empresa se valió de su carisma y una retórica mesiánica para identificar al enemigo de la seguridad del Estado, a saber, todo aquel que no lo siga (Castro, 2010). Al eliminar cualquier naturaleza política de ese enemigo, sea armado o civil, se presencia una lucha en contra de simples delincuentes comunes; esto, sumado a la violación de los derechos humanos y al notable desinterés de la satisfacción de los derechos sociales.

Como advierten Espinosa & García (2013), todo este proceso no ayudó a consolidar la presencia del Estado en el territorio, como tampoco a garantizar los derechos de sus habitantes, pues la institucionalidad estatal sigue siendo débil, debido a que en los territorios “recuperados” por la política de la seguridad democrática la intervención militar no ha sido seguida por el establecimiento de autoridades locales con márgenes de actuación, ni el disfrute de unas contiendas electorales libres, ni la existencia de jueces y órganos de control fuertes. Por el contrario, dichos escenarios institucionales han sido cooptados por el clientelismo (incluso armado, a partir de reductos o grupúsculos de no desmovilizados) y las élites locales.

Asimismo, la tensión entre seguridad del Estado y libertad se presenta en otros países latinoamericanos debido al surgimiento de fuertes grupos de narcotraficantes que ponen en jaque a los Estados en el monopolio efectivo de la fuerza.

En segunda instancia, en el plano económico, la tardía consagración del Estado social de derecho, en donde ciertos aspectos de lo privado vuelven a ser públicos, coincide con la entrada del neoliberalismo como doctrina económica impuesta desde el primer mundo, respuesta a la recesión inflacionaria de los años setenta y que exige privatización, desregularización y globalización de lo económico (Díaz, 1997). Si bien esto último no ha llevado a la desaparición del Estado, los institutos propios del Estado social de derecho no han podido atacar con fuerza suficiente los problemas de desigualdad socioeconómica para satisfacer el nuevo catálogo de derechos sociales y así dar plena vigencia a la dignidad humana.

Esta situación ha generado discrepancias entre los elementos ideológico-social y material-neoliberal del *novo* modelo estatal, lo que de por sí demuestra cierta vigencia del Estado social de derecho, que, en todo

caso, aún no puede plantarse como la parte fuerte en dicha tensión, capaz de resolverla a su favor. Es así debido a que el neoliberalismo en Latinoamérica se asume como la “ideología imperante del capitalismo en su fase económica” (Díaz, 1997, p.510) que ha traído beneficios a los mismos sectores minoritarios privilegiados.

Velasco (2007) apunta al respecto que el problema de distribución de la riqueza en Latinoamérica parte esencialmente de la tensión que surge entre el fundamento político y el económico de los Estados y sociedades modernas; esto es, entre la democracia y el capitalismo. Esta tensión genera consecuencias gravosas en las sociedades latinoamericanas, puesto que no son homogéneas ni igualitarias.

Lo anterior tiende a persistir porque:

la carga tributaria en América Latina es notablemente baja, incluso comparada con la de países en igual nivel de desarrollo [...] [l]a debilidad fiscal del Estado limita su capacidad para mantener la ley, proveer canales para la participación democrática, atender las demandas sociales y promover el desarrollo económico. (Velasco. 2007, pp.136-137).

Es difícil cambiar este escenario, puesto que los medios formales democráticos de la región no tienen el alcance de interferir “con la desigual distribución del poder socioeconómico”, el cual es detentado por las élites económicas.

Para hacer compatibles la democracia y el capitalismo en Latinoamérica, Velasco (2007) propone dar dos pasos: primero, “liberarse de la ilusión de que la democracia es sólo o predominantemente un asunto de procedimientos”, lo que implica reconocer que ella tiene una dimensión sustancial además de la formal, que impone límites y exigencias básicas al Estado y a la sociedad para una real vigencia de los derechos. Segundo, “diseñar propuestas redistributivas y estudiar sus condiciones de posibilidad”; esto es, intervenir efectivamente en la economía, aumentando la carga tributaria entre los más capaces en términos económicos. Tercero, sin recursos financieros difícilmente se podrá satisfacer los derechos sociales, por lo que es necesario adoptar “un modelo más equitativo de desarrollo económico”, que priorice no el gran capital, sino el pequeño elemento productivo de la sociedad. El Estado debe preocuparse por influir positivamente en la creación de riqueza de los pobres y desiguales.

2.4. ¿Hacia una propia identidad?

El siglo XXI trajo la expedición de la Constitución venezolana de 1999, ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009, que se caracterizan, según Pisarello (2011) por: activar el poder constituyente a través de movilizaciones populares; consagrar mecanismos de democracia directa; adoptar un neopresidencialismo, con un marcado carácter reeleccionista que opera en detrimento del poder legislativo; prever un catálogo de

derechos fundamentales, con previsiones ajenas a la tradición occidental, en el que se hace un reconocimiento expreso a los valores indígenas y a los derechos de la naturaleza; establecer la tutela judicial de todos los derechos; regular modelos de “economía social “solidaria” y “plural”” con una activa intervención del Estado; prohibir “ejercicios antisociales del derecho de propiedad”; empoderar a los sectores populares y movimientos sociales y atenuar la influencia de las castas oligárquicas. Sin embargo, la práctica constitucional se ha caracterizado por reconocer un papel importante a las fuerzas militares en la resolución de los conflictos sociales, promover un ejercicio centralista, personalista y vertical del poder y no romper la división internacional del trabajo de sentido extractivista para Latinoamérica.

Las anteriores son las primeras manifestaciones identitarias de Latinoamérica en el fenómeno del constitucionalismo; sin embargo, su declive podría seguir al de los movimientos políticos populares que las generaron.

3. CONCLUSIONES

Como quedó expuesto, la vida colonial bajo dominio español no permitió a los latinoamericanos vivir en un Estado-nación. El absolutismo de la Monarquía española los hizo sujetos a un proceso de expansión y consolidación, pero no de integración. En lo económico los expuso a un régimen feudal y de explotación de materias primas en las que la riqueza no se quedaba en el nuevo mundo. Las identidades de los pueblos conquistados fue eliminada bajo la idea de la supremacía del ser europeo y su credo católico. Por ello, el fenómeno de ruptura de las colonias españolas respecto de la metrópoli no se enmarca como el paso de un antiguo Estado-nación a otro nuevo.

Desde entonces, los políticos que han ejercido el poder público han caminado por causas erróneas a fin de lograr el monopolio de poder y su ejercicio legítimo. El siglo XIX estuvo lleno de hombres providenciales, cuyos proyectos fracasaron uno tras otro a causa de sucesivas guerras en las que fueron incapaces de transformar el pasado colonial de sus territorios. El siglo XX fue encarado por un similar autoritarismo a través de dictaduras militares que respondían a intereses de las clases dominantes en contra de los ímpetus populares de trazar una gruesa línea entre lo público y lo privado y a través de gobiernos populistas en donde resulta indeleble la representación de otros u otros excluidos. El autoritarismo de los populistas no se logra mediante las armas, sino con la imposición de una supuesta voz mayoritaria que acalla a las minorías.

En lo económico la vida republicana de los Estados ha residido principalmente en la tenencia de la tierra y el modo colonial se ha perpetuado a través de sistemas de extracción de su producción y recursos naturales. La acumulación capitalista en Latinoamérica no ha sido un camino a la libertad, ni el lazo con el que se pone límites al ejercicio del poder público.

Participar en el mercado mundial capitalista, con un exiguo desarrollo industrial no ha hecho más que generar conflictos sociales, de gentes con necesidades insatisfechas que exigen mejores condiciones en términos de democracia y derechos, en medio de un auténtico neocolonialismo. La división del trabajo internacional, en donde Latinoamérica no percibe la mayor riqueza.

Además, la poca riqueza que se produce en estas tierras está mal distribuida, ante una organización estatal que no tiene los medios necesarios para satisfacer las aspiraciones de los derechos del Estado social. En medio de una tensión entre lo material y lo ideológico, entre lo económico y lo político, la pobreza no se reduce y la deuda externa aumenta. Como dice el profesor Vela (2015a),

Con la internacionalización de la economía de mercado [...] se expandieron las ideas de un liberalismo sin fronteras que fortalecieron la interdependencia económica, pero que [...] promovieron el declive de las instituciones estatales reguladoras de las finanzas, el comercio y del trabajo. (p.47).

Así, la actividad estatal en materia económica no ha sido eficaz en potencializar el bienestar social en el mejor sentido posible: que los excluidos del capitalismo no sean muchos. Los movimientos populares que intentaron romper ese modelo sistema económico están, además, de salida. Todo esto lleva a que, sin duda, los modelos de Estado no sean más que una quimera, un sueño de algunos que no ha podido ser realidad y un instrumento de otros que han sabido estructurar un orden político violento y sin límites, protector de los pocos propietarios de la riqueza, que valora lo europeo y elimina lo indígena, y que ha hecho hasta lo inimaginable para no cambiar. Desde luego, el orden político existente en Latinoamérica dista del lujo de sus escritores y ciclistas.

REFERENCIAS

- Andrade, P. (2009). La experiencia de democratización en Ecuador durante la era neoliberal. En Márquez, M. L. (Ed.), *Democracia y ciudadanía*. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.
- Bastida, X. (2001). *El silencio del emperador*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bateman, A., López, J., López, J. Vengoechea, J. (2009). *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibáñez.
- Bernal, C. (2008). Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. En *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Boeckh, A. (2009). Guerra democracia y paz: algunas consideraciones

- preliminares. En Márquez, M. L. (Ed.), *Democracia y ciudadanía*. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.
- Carpizo, J. (2009). Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina. En *Concepto de Democracia y sistema de gobierno en América Latina* (pp.1-34). Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castro, E. (2010). Tendencias autoritarias de la democracia colombiana. En Ángel, J. (Ed.), *Problemas de la filosofía, la política y la argumentación jurídica* (pp.155-152). Bogotá: Universidad Libre.
- Chevallier, J. (2011). *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Díaz, P. (1997). *Estado y tercer mundo*. Bogotá: Temis.
- Donato, Ó. (2010). Estado y revolución: el schmittiaismo conceptual de Uribe. En Ángel, J. (Ed.), *Problemas de la filosofía, la política y la argumentación jurídica* (pp.125-134). Bogotá: Universidad Libre.
- Espinosa, J. y García, M. (2013). El derecho al estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia. Bogotá: Dejusticia.
- Ferrajoli, L. (2004). Juspositivismo crítico y democracia constitucional. En *Epistemología jurídica y garantismo* (pp.265-282). México D.F.: Fontamara.
- García Márquez, G. (1982). *La soledad de América Latina*. Recuperado de http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/03/actualidad/1396552129_445979.html
- Gaviria, E. (2012). El reconocimiento de nuestra independencia y los intereses mercantiles anglosajones. En Barbosa, F. (Ed.), *Historia del Derecho público en Colombia* (pp.479-419). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, L. (2008). *Teorías de los derechos fundamentales*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Heller, H. (2011). *Teoría del Estado*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Herrera, C. (2017). *Confinés del constitucionalismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kant, I. (2012). *Contestación a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?* México D.F.: Taurus.

- Laclau, E. (2005). *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Social.
- López, A. (1983). *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Márquez, M. L. (2009). La democracia en el socialismo del siglo XXI en Venezuela. En Márquez, M. L. (Ed.), *Democracia y ciudadanía*. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.
- Naranjo, V. (2006). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.
- Nieto Arteta, L. (1975). *Economía y cultura en la historia de Colombia*. Bogotá: Ediciones Tiempo Presente.
- Ots y Capdequi, J. (1969). *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*. Madrid: Aguilar.
- Pisarello, G. (2011). *Un largo Termidor: La ofensiva del constitucionalismo democrático*. Madrid: Trotta.
- Pisarello, G. (2014). *Procesos constituyentes: Caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta.
- Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y los estados europeos (990-1990)*. Madrid: Alianza Editorial.
- Valencia, H. (2012). *Cartas de Batalla*. Bogotá: Panamericana.
- Vela, B. (2010). *Contribución al debate sobre la formación del Estado en colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vela, B. (2012). Una aproximación crítica al debate sobre la intervención del Estado en la economía en Colombia. En Barbosa, F. (Ed.), *Historia del Derecho público en Colombia* (pp.55-104). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vela, B. (2015a). Algunos elementos para el análisis del orden político en los países latinoamericanos. *No publicado*.
- Vela, B. (2015b). *Colombia no es una isla. Una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velasco, J. L. (2007). Democratización y conflictos distributivos en América Latina. En Ansaldi, W. (Dir.). *La democracia en América Latina, un barco a la deriva* (pp.131-153). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

LA CONSULTA POPULAR FRENTE A LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN MATERIA MINERA

Francis Janeth Balaguera Triana¹

Marid Viviana Bautista Galvis²

Sol Yahaira Hernández Duarte³

Recibido: 2 de Junio de 2018

Aprobado: 30 de Junio 2018

RESUMEN.

El presente artículo analiza cómo la dinámica interventora del Estado colombiano en las actividades económicas, ha incidido en el incremento de consultas populares en temas mineros. Ésta se presenta como un instrumento mediante el cual la comunidad hace frente al otorgamiento desproporcionado de títulos mineros que no cuentan con el requisito de participación de la comunidad afectada o beneficiada. Además, se proponen estrategias que el Estado debería adoptar para garantizar el bien común y el interés general acorde con los fines constitucionales de guiar la economía bajo parámetros del desarrollo sostenible.

Palabras clave: Democracia participativa, intervención estatal en la minería, consulta popular, licencia ambiental, contrato de concesión minera.

1 Estudiante de Derecho, V semestre Universidad Autónoma de Bucaramanga. Semillero de investigación "En pro de una cultura de la integración". Correo electrónico fbalaguera@unab.edu.co. Contacto 3183770788

2 Estudiante de Derecho, V semestre Universidad Autónoma de Bucaramanga. Semillero de investigación "En pro de una cultura de la integración". Correo electrónico mbautista866@unab.edu.co. Contacto 3156004106

3 Estudiante de Derecho, V semestre Universidad Autónoma de Bucaramanga. Semillero de investigación "En pro de una cultura de la integración". Correo electrónico Shernandez203@unab.edu.co. Contacto 3188249333

THE PEOPLE'S CONSULTATION AGAINST STATE INTERVENTION IN MINING MATTERS

ABSTRACT.

The present article analyses how the interventionist dynamic of the Colombian State in economic activities has influence the increase of popular consultations on mining issues. This is presented as an instrument through which the community confronts the disproportionate release of mining titles that do not have the participation requirement of the affected or benefited community. Moreover, there are some strategies proposed that the State should adopt in order to guarantee the common well-being and the general interest according to the constitutional purposes of guiding the economy under sustainable development parameters.

Key words: Participatory democracy, state Intervention in the mining sector, popular referendum, environmental licensing, mining concession contract.

O REFERENDO CONTRA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA MINERAÇÃO

RESUMO

Este artigo analisa como a dinâmica de intervenção do Estado colombiano nas atividades econômicas influenciou o aumento das consultas populares sobre questões de mineração. O referendo é apresentado como um instrumento através do qual a comunidade enfrenta a concessão desproporcional de títulos de mineração que não tem o requisito de participação da comunidade afetada ou beneficiada. Além disso, inclui propostas estratégicas que o Estado deveria adotar para garantir o bem comum e atender o interesse da população, de acordo com os propósitos constitucionais de orientar a economia sob parâmetros de desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: democracia, intervenção do Estado sobre a mineração, consulta popular, licença ambiental, contrato de concessão mineira.

1. INTRODUCCIÓN.

Este artículo hace parte del proyecto de investigación “La consulta popular frente a la intervención estatal en la minería”, en el marco del semillero

“En pro de una Cultura de la Integración” del Centro de Estudios Latinoamericanos, adscrito al Programa de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

La riqueza que posee Colombia de recursos minerales y el auge en los precios internacionales del mercado minero han propiciado la implementación de normas y políticas públicas que apuntan al fomento de la actividad extractiva de los recursos mineros, en ese contexto se expide el código de minas, Ley 685 de 2001, el cual otorga el carácter de utilidad pública e interés social a la actividad minera en todas sus fases, aspecto que le reconoce una protección especial.

En este marco, el desarrollo del sector minero presentó un incremento debido al auge de inversión extranjera y nacional en el sector, dejándole al Estado beneficios económicos provenientes de impuestos y regalías proporcionales a los precios de las materias primas y a la cantidad extraída. Sin embargo, el costo de transacción de los proyectos mineros deja, en las comunidades donde se ejecuta, consecuencias ambientales, sociales, económicas y políticas.

En principio, dichas afectaciones deberían minimizarse con la acción del Estado, puesto que, es función de él intervenir en pro del interés general, de tal manera que logre encontrar un equilibrio entre esta actividad económica y el desarrollo sostenible, para ello, cuenta con mecanismos que tienen por objeto impedir, mitigar o eliminar los efectos negativos de la minería, no obstante, la eficacia de los mismos se pone en duda en la realidad, lo que contribuye a que la comunidad recurra a otros medios, como la consulta popular, que si les garantizan medidas eficaces y concretas para la protección de sus derechos individuales y colectivos, que en ocasiones buscan, incluso, frenar proyectos mineros, derivando en un “boom de consultas populares”.

Debido al aumento en el uso de este mecanismo se han presentado argumentos con los cuales se pretenden desconocer la procedencia y obligatoriedad de los resultados de las consultas. Así, el presente trabajo permitiría mostrar que más que un problema sobre procedencia de la consulta popular en temas mineros o de oposición a la minería en sus territorios, dicho auge debe verse como un llamado de atención a la ineficaz intervención del Estado.

Por ello, la presente investigación tiene como objetivo analizar la relación existente entre la intervención estatal y el auge de las consultas populares en materia minera y para efectos metodológicos, con el fin de responder a la pregunta acerca de ¿Cuál es la relación existente entre la intervención estatal en la minería y el “boom de las consultas populares”? El abordaje de este problema se justifica en la medida de que la discusión sobre el tema minero ocupa la agenda de la discusión en distintos estamentos de la administración del Estado e incide de manera notoria en el desarrollo de la vida cotidiana de las comunidades afectadas.

El avance que se presenta permite concluir que debe fortalecerse la intervención del Estado en materia minera con el fin de garantizar la armonización de los principios económicos y del interés general.

Para llegar a la presentación de resultados el problema se abordó desde una perspectiva metodológica de tipo mixto (cualitativo y cuantitativo) y desde un método hipotético deductivo a partir de fuentes documentales.

El texto se desarrollará en cuatro secciones:

En la primera, se hace referencia a la promulgación de la Constitución Política de 1991 y a la trascendencia que esta asigna a los nuevos pilares que se establecen en torno a la intervención estatal en la economía, con el fin de lograr la garantía de un orden económico, político y social justo.

En la segunda, se describen aspectos teóricos de la intervención estatal en los diversos sectores de la economía, específicamente en el sector de la explotación de los recursos naturales, en lo concerniente a los mecanismos con los que cuentan las autoridades para cumplir dicho cometido y los vacíos que se derivan del mismo.

En la tercera, se aborda la procedencia y alcance de la consulta popular y se conceptualiza el fenómeno del *“boom de las consultas populares”*.

Y en la cuarta, se presentan unas recomendaciones de cierre a la luz del conflicto analizado que permiten al Estado Social de Derecho el cumplimiento de sus fines, con base en la Constitución Política de 1991.

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

¿Cuál es la relación existente entre la intervención estatal en la minería y el *“boom de las consultas populares”*?

Frente al problema de investigación se encuentra que hay una relación de causa-efecto, puesto que, el uso de la consulta popular en materia minera es un mecanismo para hacer frente a la ineficaz intervención del Estado en dicha materia.

3. METODOLOGÍA.

En el desarrollo de la presente investigación, se hace uso del método hipotético- deductivo en la medida que se parte de un hecho social como objeto de estudio, tal y como lo es *“el boom de las consultas populares”* en materia minera para darle explicación al mismo por medio de la construcción de una hipótesis que será la que oriente de manera sólida la investigación esclareciendo los fenómenos que dan origen al hecho. En forma conjunta, se utiliza el tipo de investigación científica confirmatoria, apoyada en las técnicas de investigación cualitativa y cuantitativa, en lo correspondiente a que por medio del análisis y comprobación de datos a través de cifras numéricas y la observación natural de los hechos sin ninguna medición, se aportan argumentos que contribuyen a fundamentar

la validez de la hipótesis planteada de relación causa y efecto que existe entre la multiplicidad de consultas populares y la intervención estatal en la minería.

La presente investigación busca esclarecer la relación existente entre la intervención estatal y el “boom de las consultas populares” en materia minera y por tanto, la metodología que sigue consiste en el análisis de las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales que enmarcan dicha relación. Asimismo, se realiza una revisión bibliográfica de libros, informes técnicos e institucionales y de noticias publicadas al respecto.

4. AVANCES, RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

A continuación, se presenta un avance del trabajo realizado. Por su orden se aborda el texto constitucional en materia de intervención estatal, posteriormente se hace referencia al papel del Estado en la economía y finalmente, al boom de las consultas populares como manifestación de la voluntad de la comunidad.

4.1 La intervención estatal en la Constitución Política

La historia ha demostrado que la intervención estatal es necesaria para regular los fenómenos económicos. Colombia desde 1936 acogió esta concepción, por medio del Acto Legislativo número 1 del mismo año, y con disposiciones legislativas posteriores reguló la intervención del Estado en diferentes sectores económicos (Restrepo Medina, 2010). Sin embargo, con la promulgación de la Constitución política de 1991 y con la adopción de un Estado Social de Derecho, se da un giro en los parámetros que enmarcan la intervención estatal, puesto que se adopta a la libertad económica y a la iniciativa privada como pilares de la nueva economía social de mercado, los cuales encuentran un límite en el bien común y el interés general. Dicho límite es la justificación para que el Estado intervenga por medio de las actuaciones de los poderes públicos y busque la armonización del bien común con los principios económicos.

Es así como la intervención del Estado en la economía no corresponde a una sola institución, sino que debe ejercerse concatenadamente entre las diferentes ramas del poder público, puesto que busca conciliar los diferentes intereses que se desprendan de la actividad económica, sin hacer prevalecer los unos sobre otros salvo que medie razón suficiente.

4.2 La intervención del Estado en la economía

La intervención del Estado en la economía es ejercida por distintos organismos del Estado en sus respectivos niveles, empero, para efectos metodológicos la intervención se clasifica o se manifiesta de manera global, sectorial y particular. (Corte Constitucional, C- 150/2003)

Es global, cuando versa sobre los pilares del modelo económico *in totum*, es decir, la libertad económica y la iniciativa privada.

Es sectorial, si recae en una determinada área, como, por ejemplo, la regulación que debe hacerse en los proyectos de explotación de los recursos naturales no renovables y en las contraprestaciones que estos generen, en pro de preservar el medio ambiente.

Y es particular, si apunta a una cierta situación, como cuando el Estado revoca los derechos adquiridos por un título minero dado el incumplimiento de lo pactado.

En este sentido, las licencias ambientales y los contratos de concesión minera son por antonomasia el reflejo de la intervención estatal en la minería, al ser los principales títulos otorgados por las autoridades en el marco de una actividad extractivista, como lo es la minería.

Las licencias ambientales son un prerequisite para la etapa de explotación del proyecto minero y constituyen una garantía para que la actividad se ejecute con base en el desarrollo sostenible. Por ello, para su otorgamiento, se ha de evaluar previamente el estudio de impacto ambiental.⁴ Según el artículo 204 del código de minas vigente, este documento debe contener las medidas de contingencia diseñadas por el titular del proyecto, la prueba de la información proporcionada a la comunidad acerca del alcance del plan a realizar y la constancia de haber tomado en consideración las propuestas de aquélla, garantizando así, la preservación del medio ambiente y la participación de las comunidades que se verán afectadas por el proyecto.

A pesar de ello, el desarrollo actual del estudio de impacto ambiental no responde a las exigencias que demanda la actividad minera, tal y como dan cuenta las solicitudes de las licencias ambientales presentadas en el período 2000-2013, de las que, de un total de 6.514 solicitudes, solo el 10.5% cumplía con el requisito de participación de las comunidades. Asimismo, dentro de este 10,5 % se hizo uso de la figura del tercer interviniente⁵ con un 6,3% y tan solo en un 2.5% y en 1.7% se recurrió a las consultas previas y audiencias públicas, respectivamente. (Defensoría del pueblo, 2015)

Los contratos de concesión minera son aquellos que se celebran entre el Estado y un particular, mediante los cuales se le otorga la facultad a este último, para que efectúe estudios, trabajos y obras de exploración de minerales, en determinadas zonas de propiedad del estatal y en contraprestación a través de regalías u otros peculios, regresa un porcentaje

4 Según el decreto 2041/2014 es el instrumento básico para la toma de decisiones sobre los proyectos, obras o actividades que requieren licencia ambiental.

5 El artículo 69 de la ley 99 de 1993 define la figura del tercer interviniente como el derecho que tiene cualquier persona natural o jurídica o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, a intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales.

de sus utilidades al Estado, sin que ello implique la transferencia del dominio del terreno. Este tipo de contrato tiene unas características propias y un objeto que lo identifica, el cual consiste en que el particular contratista debe en mayor medida procurar impedir, eliminar o mitigar el impacto de la actividad minera autorizada.

Sin embargo, el cumplimiento de este objeto se está viendo truncado, puesto que, para el mes de abril del año 2015 se encontraban vigentes 9.594 títulos, 5.084.084 ha, correspondientes al 4,5% de los 114 millones de hectáreas del territorio nacional, de los cuales 3.557 estaban en etapa de exploración, 2.273 en la fase de construcción y montaje y 3.764 en la etapa de explotación. Adicionalmente, de los más de 9.500 vigentes en el país, el 78% de los títulos, es decir 7.483, tienen algún tipo de incumplimiento y dentro de estos, en 350 títulos se encontró que no se contaba con licencia ambiental y, aun así, estaban explotando. (Defensoría del pueblo, 2015)

Lo anterior evidencia, primero, la falta de rigurosidad al momento de regular las diferentes etapas del proyecto extractivo y segundo, que el Estado no tiene el conocimiento adecuado del territorio sujeto a la utilización para la minería, lo que genera una carencia de planificación en el manejo de los recursos naturales contrariando así el mandato constitucional del artículo 80, y generando una entrega desproporcionada de los títulos mineros, tal y como las cifras lo demuestran.

4.3 El boom de las consultas populares como manifestación de la voluntad de la comunidad.

La ausencia de una intervención integral por parte del Estado ha generado lo que los medios han denominado como “El boom de las consultas populares”, en otras palabras, la consulta popular es una válvula de escape para los habitantes de los municipios, quienes son los afectados directamente por la entrega indiscriminada de títulos mineros. Estos pronunciamientos no solo tienen como finalidad oponerse a la minería, sino que también deben verse como un llamado de atención a la ineficaz intervención del Estado para que los requisitos que permitan el desarrollo de la misma sean más contundentes y rigurosos.

Sin embargo, se ha puesto en tela de juicio la procedencia de estas consultas a nivel local, por la connotación económica de la minería, los costos por la realización de la consulta y los requisitos mismos frente al alcance de la consulta popular.

El aporte de la minería a la economía colombiana, según el documento de la Política Minera Nacional (2016), representó entre 2010 y 2015 un promedio del 2.2 % del PIB y en lo referente a las exportaciones y a la inversión extranjera, los aportes fueron del 19.6% y 16% respectivamente. Además, contribuye a las finanzas públicas con impuestos de renta, patrimonio, predial, ICA e IVA, así como con las regalías. Incluso, solo con los recursos obtenidos por regalías entre este mismo período, que

ascienden a \$9.7 billones, se pueden financiar dos años completos del programa social Familias en Acción. Adicionalmente, esta actividad genera en promedio 215.000 empleos anuales. Situando a la minería en un tema de orden nacional.

De igual forma, la importancia de la minería en el país, ha sido constatada por la UPME, que en el año 2015 certificó el potencial que entre los diferentes minerales que tiene Colombia, el carbón térmico y metalúrgico coloca al país como el principal productor de carbón de Sur América, el cuarto país exportador de este mineral y el undécimo productor en el mundo, lo que lo convierte en un país tomador de precios internacionales. (Ministerio de Minas, 2016)

Respecto al alcance, tanto a nivel nacional como territorial, las consultas podrán versar sobre todos los ámbitos de la vida individual, familiar, social y comunitaria, pero, su procedencia estará limitada a las competencias de quien la convoque o de la esfera donde se lleve a cabo. (Corte Constitucional, C-150/2015)

Lo anterior puede poner en tela de juicio la viabilidad de la consulta popular a nivel local, porque, en principio, se podría deducir que en lo referente a minería la competencia es de índole nacional, teniendo en cuenta que los calificados para autorizar la etapa de explotación de un proyecto minero, por medio de la concesión de licencias ambientales, son el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y las Corporaciones Autónomas Regionales en las situaciones establecidas en la ley general ambiental.

Como un ejemplo de este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia T-123/09 considera como acertada la negativa de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca para desatender el carácter vinculante de la consulta popular adelantada en el municipio de Nemocón, puesto que las decisiones que debe adoptar esta entidad en materia ambiental “trascienden la esfera estrictamente municipal y se proyectan en un escenario regional de mayor envergadura”. (Corte Constitucional, T-123/09)

Sin embargo, la Ley 136 de 1994 es clara al respecto, al imponer de manera expresa a los municipios la obligación de realizar una consulta cuando el desarrollo de un proyecto de naturaleza turística, minera o de otro tipo amenace producir un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, disposición que se fundamenta en la facultad de los mismos para reglamentar los usos del suelo, acorde con lo establecido en la Constitución Política en el artículo 313 #7. En ese orden de ideas, la consulta popular es la opinión que una determinada autoridad solicita a la ciudadanía sobre un aspecto específico de interés nacional, regional o local, que, dada su naturaleza de derecho fundamental, sus resultados adoptan un carácter obligatorio que conlleva traducirlos en acciones

concretas. (Corte Constitucional, C-180/1994)

De lo expuesto hasta el momento es posible visibilizar la tensión que surge entre la competencia privativa del Estado para otorgar y revocar títulos mineros frente al derecho de las entidades territoriales a convocar a la comunidad para decidir sobre el uso de sus suelos. No obstante, “el concepto de unidad del Estado colombiano no puede ser utilizado como pretexto para desconocer la capacidad de autogestión de las entidades territoriales, y a su turno, la autonomía de las entidades territoriales no puede ser entendida de manera omnímoda, hasta el punto de hacer nugatorias las competencias naturales de las instancias territoriales centrales.” (Corte Constitucional, C-145/2015).

Por lo tanto, para no menoscabar ni un extremo ni otro, se debe entender la unidad del Estado y la autonomía de los entes territoriales en conjunto, es decir, que el Estado no debería iniciar proyectos mineros desconociendo la voluntad de la comunidad, ni ella puede desconocer los lineamientos establecidos a nivel nacional.

5. CONCLUSIONES

La intervención del Estado en la economía es una potestad que indudablemente repercute en el ámbito social, por ende, es necesaria para armonizar el bien común con los principios económicos. Aunque las cifras presentadas en la investigación revelan una insuficiencia en la intervención del Estado en materia minera y poder cumplir la finalidad para la cual fue instituida, ello no debe traducirse en un modelo económico que carezca de control estatal, sino que se constituye en un supuesto para reformarla. Su reestructuración debe estar encaminada a dar cabal cumplimiento a los fines constitucionales de guiar la economía sin sobrepasar los límites de la protección ambiental.

En ese orden de ideas, es menester que exista una veeduría más rigurosa por parte del Estado en la actividad minería que tenga como criterio base el desarrollo sostenible y se materialice en una planificación en materia territorial que permita identificar y clasificar las áreas de potencial extracción minera para que los títulos mineros dejen de otorgarse de manera desproporcionada y se genere un cambio cuantitativo en los títulos que se autoricen para explorar y explotar.

Frente a las licencias ambientales, es necesario que dejen de otorgarse como una simple directriz nacional y se tenga en cuenta la participación de la población potencialmente afectada o beneficiada. Es decir, que al momento de evaluar la autoridad el estudio de impacto ambiental, tenga en cuenta dos criterios que serían determinantes para la entrega o no de la licencia, el primero, que se realice la socialización del proyecto minero y que la información proporcionada sea de fondo, y el segundo, que se conjuguen las modalidades utilizadas para la socialización, es decir, que además de una audiencia pública se realice una consulta popular.

La ausencia de una intervención integral por parte del Estado en materia minera, como se expresó en el desarrollo del artículo, ha presentado a la consulta popular como una válvula de escape para los habitantes de los municipios donde se ejecutan o van a ejecutar proyectos de explotación minera, sin embargo, la respuesta a estos pronunciamientos ha sido el desconocimiento de los mismos por argumentos económicos que demuestran que la minería hoy en día se constituye en una importante fuente económica por lo que debería ser manejada por las autoridades nacionales, pero que no pueden ser óbices para desconocer la manifestación popular y las afectaciones ecológicas que se generan en el medio ambiente, porque es un garantía del “ser humano vivir e interactuar dentro de un medio ambiente sano que le permita desarrollar su existencia en condiciones dignas, sin que este último esté amenazado por la actividad extractiva estatal.” (Corte Constitucional, T-622-16)

En cuanto a la tensión que surge entre la competencia privativa del Estado para otorgar y revocar títulos mineros frente al derecho de las entidades territoriales a convocar a la comunidad para decidir sobre el uso de sus suelos, si bien hay una confusión normativa frente a quién es el competente, no es un problema de normas sino de que las actuaciones de las autoridades estén precedidas por la garantía al interés general, la participación popular y la preservación del medio ambiente.

Esto permitiría lograr la materialización de las cláusulas del Estado Social de Derecho y que no queden en una mera eficacia simbólica.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cabrera, M., Espitia J., Fierro J., Negrete R., Pardo L., Rudas G., & Vargas F. (2013). *Minería en Colombia; Fundamentos para superar el modelo extractivista*. Recuperado de <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2013/05/mineria-en-colombia-fundamentos-para-superar-el-modelo-extractivista2013.pdf>

Código de Minas Colombiano [CMC]. Ley 685 de 2001. Agosto 15 de 2001. (Colombia).

COLPRENSA., (Junio 11 de 2017) *¿Las consultas contra minería y petróleo amenazan la economía?* El colombiano. Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/negocios/economia/consultas-populares-contra-mineria-y-petroleo-e-impacto-en-la-inversion-en-colombia-NA6705168>

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 150/03. (MP. Manuel José Cepeda Espinosa: Febrero 25 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-035/16. (MP. Gloria

- Stella Ortiz Delgado: Febrero 8 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-123/14. (MP. Alberto Rojas Ríos: Marzo 5 de 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-145/15. (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez: Abril 6 de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-150/15. (MP. Mauricio González Cuervo: Abril 8 de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228/10. (MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Marzo 24 de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-389/16. (MP. María Victoria Calle Correa: Julio 27 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-567/06. (MP. Eduardo Cifuentes: Enero 27 de 2006).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-123/09. (MP. Clara Inés Vargas Hernández: Febrero 24 de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-445/16. (MP. Jorge Iván Palacio Palacio: Agosto 19 de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622/16. (MP. Jorge Iván Palacio Palacio: Noviembre 10 de 2016).
- Decreto 3573 de 2011. Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales –ANLA– y se dictan otras disposiciones. Septiembre 27 de 2011.
- Defensoría del Pueblo. *La minería sin control, un enfoque desde la vulneración de los DD. HH*, 2015. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/InformedeMinerIa2016.pdf>
- Dietz, K., (2018.) *Consultas populares mineras en Colombia: Condiciones de su realización y significados políticos. El caso de La Colosa*. Colombia Internacional (93): 93-117. DOI: <https://dx.doi.org/10.7440/colombiaint93.2018.04>
- Gonzales, J., (Marzo 22 de 2018) *En 2017 se realizaron 7 consultas populares y hay 54 pendientes*. La República. Recuperado de <https://www.larepublica.co/especiales/minas-y-energia/en-2017-se-realizaron-7-consultas-populares-y-hay-54-pendientes-2613185>
- Jáuregui, D., (Abril 12 de 2018) *La Corte Constitucional decidirá cuál será el futuro de las consultas mineras*. Asuntos legales. Recuperado de <https://>

www.asuntoslegales.com.co/actualidad/corte-constitucional-decidira-el-futuro-de-las-consultas-mineras-2713078

Ley 134 de 1994. Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana. Mayo 31 de 1994. DO. No. 41373.

Ley 136 de 1994. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Junio 02 de 1994. DO. No. 41.377.

Ley 1757 de 2015. Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. Julio 6 de 2015. DO. No. 49565.

Ley 388 de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. Julio 18 de 1997. DO. No. 43.091.

Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 22 de 1993. DO. No. 41146.

Ministerio de Minas. Política Minera de Colombia; Bases para la minería del futuro, 2016. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado de <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/698204/Pol%C3%ADtica+Minera+de+Colombia+final.pdf/c7b3fcad-76da-41ca-8b11-2b82c0671320>

Restrepo M., (2010). Colombia. *Redefinición normativa de la regulación y el control de la actividad económica en el caso colombiano*. Universidad del Rosario. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n121/n121a11.pdf>

Restrepo, J., & Torres, J. (2007) Colombia. *Análisis sobre el proyecto de ley 010/07 Senado “por el cual se modifica la ley 685 de 2011, Código de Minas. Contraloría delegada para el sector de minas y energía*. Recuperado de http://www.senado.gov.co/attachments/117_analisis__2__de_contraloria_al_codigo_de_minas.pdf

Rodríguez, C., (2015) Colombia. *Las nuevas fronteras de la justicia constitucional: la democracia ambiental y las consultas populares en conflictos socioambientales*. (Memorias del encuentro constitucional por la tierra). Corte Constitucional de Colombia.

Rodríguez, D., (Abril 13 de 2018) *Es legal y constitucional que municipios convoquen a consultas populares sobre minería e hidrocarburos*.

- Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/es-legal-y-constitucional-que-municipios-convoquen-a-consultas-populares-sobre-mineria-e-hidrocarburos/>
- Rojas Díaz, D. (2013). *Licencias ambientales en Colombia: límites o autorizaciones para el uso de los recursos naturales*. (Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia). Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/39891/1/6699693.2013.pdf>
- Rudas G., Espitia J., Mena J., Pardo L., Fierro J., Olivero J., Caballero K., Guerrero A., Vargas F., Negrete R. (2013) *Minería en Colombia; Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos*. Recuperado de <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/01/mineria-en-colombia-contraloria-vol-ii.pdf>
- Sánchez, V., (Octubre 09 de 2015) *Consulta Popular: la decisión del pueblo es obligatoria*. Revista Semillas. Recuperado de <http://www.semillas.org.co/es/consulta-popular-la-decisi>
- Silva, S., (Octubre 1 de 2017) Consultas populares, ¿por qué el malestar? El Espectador. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/consultas-populares-por-que-el-malestar-articulo-715906>
- Uprimny, R., & Rojas, N. (2015) Colombia. *Constitución, industrias extractivas y territorios*. (Memorias del encuentro constitucional por la tierra). Corte Constitucional de Colombia.

PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA INVITADO JUAN SEBASTIÁN GUTIÉRREZ RUEDA Y DE SU OBRA

Para este número de la revista Temas Socio- Jurídicos se escogió una muestra de la obra de Juan Sebastián Gutiérrez Rueda artista santandereano nacido en Bucaramanga, quien se inició en el mundo de la pintura de forma autodidacta en el año 2013 mientras finalizaba sus estudios de Derecho en la Universidad Industrial de Santander. En la actualidad cuenta con una extensa obra de pinturas en óleo sobre lienzo. Además de abogado de la UIS, Juan Sebastián es Especialista en Derecho de Familia la UNAB.

Por medio de sus pinturas este artista busca recrear el inconsciente de manera figurativa, representando los dilemas existenciales, el dualismo de la realidad y los conflictos internos del espíritu, por medio de una técnica que fusiona el surrealismo, el realismo fantástico y el expresionismo.

En su trayectoria como artista ha expuesto en el museo del Minuto de Dios en homenaje a Rafael Pombo y en la Galería zonal L en Bogotá, D.C. También ha presentado dos exposiciones en el municipio de Zapatoca, en el centro cultural del Oriente de la Ciudad de Bucaramanga y recientemente en la Gobernación de Santander. Algunas de sus obras pueden ser vistas en su perfil de instagram www.instagram.com/sebastian_cerbero/?hl=es-la

En este volumen se incluyen:

Portada: Divagaciones: Óleo sobre tela. Dimensiones: 65 cm x 90 cm

Tres peces ciegos nadan en círculos para plasmar el constante devenir de ciertos pensamientos. El pez de fuego, representa las ansias de vivir que se traducen en el miedo a la muerte y la necesidad de encontrar un sentido o significado a nuestra existencia. El pez turquesa, simboliza nuestros sueños y anhelos, los cuales aunque podamos ver claramente, rara vez llegan a materializarse y por lo general se desvanecen en el tiempo. El pez dorado, es una alusión al dinero, el cual nos deslumbra y seduce con la vana promesa de hacer realidad todos nuestros caprichos,

a pesar de que en ellos nunca logremos encontrar la felicidad. Estas ideas que recurrentemente surcan nuestras mentes, se nos presentaran en el transcurso de nuestras vidas bajo distintas formas, que nos impedirán percatarnos que nuestro proceso de comprensión de estos aspectos no es lineal, por lo cual siempre llegaremos a un mismo punto.

Conexión ancestral: Óleo sobre tela. Dimensiones: 70 cm x 100 cm

La mística que nos lleva a conectarnos con el mundo de lo espiritual y con formas más elevadas de nosotros mismos, nos permite identificarnos con un plano que trasciende lo corpóreo, al cual solo podemos acceder a través de niveles más elevados de conciencia, en donde nuestra esencia se conecta con formas más simples de vida y logra identificarse como una pequeña parte del universo que se encuentra interconectada en un todo fragmento y disímil, que a pesar de su multiplicidad de partes sigue siendo uno mismo.

Revista

Temas

Socio-Jurídicos

FORMATO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre / Name	
Cédula / Identificación number	
Dirección / City	
Departamento / State	Código Postal / Zip Code
País / Conuntry	
Teléfono / Phone Number	
Profesión / Profession	
Institución / Employer	
Correo Electrónico / E-mail	
Dirección de envío / Mailing Address	

Mayores informes
Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Avenida 42 N° 48 – 11 PBX (7) (57) 6436111 - 6436261
Bucaramanga – Colombia
temassj@unab.edu.co

Último ejemplar recibido / Last issue mailed:
Año/Year Volumen/Volume fecha/Date

EDITORIAL

PROPUESTA PARA UNA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA Y DEMOCRÁTICA EN LA FORMACIÓN DE LOS FUTUROS JUZGADORES CONSTITUCIONALES EN MÉXICO

Omar Alejandro Elizalde Herrera

Gabriela Aguado Romero

Teresita de Jesús Arroyo Córdova

LA GLOBALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL CORPUS JURIS INTERAMERICANO Y SU CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MATERIA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Aida Elia Fernández De Los Campos

LA “CONTRADICCIÓN FUNDAMENTAL” EN EL MOVIMIENTO CRITICAL LEGAL STUDIES

Leidy Lizeth Flórez Sandoval

LA QUIMERA DEL ESTADO EN LATINOAMÉRICA

Carlos Arturo Duarte Martínez

LA CONSULTA POPULAR FRENTE A LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN MATERIA MINERA

Francis Janeth Balaguera Triana

Marid Viviana Bautista Galvis

Sol Yahaira Hernández Duarte

PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA INVITADO JUAN SEBASTIÁN GUTIÉRREZ RUEDA Y DE SU OBRA



Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

E-mail: temassj@unab.edu.co

ISSN 0120-8578

