



JUSTICIA,  
SOBERANÍA,  
DEMOCRACIA E  
INTEGRACIÓN  
EN AMÉRICA

Hernán Rivadeneira J.  
EDITOR

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Justicia, soberanía,  
democracia e integración  
en América

**Universidad Andina Simón Bolívar**

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426  
uasb@uasb.edu.ec • www.uasb.edu.ec

**Ediciones La Tierra**

La Isla N27-96 y Cuba • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 256 6036, 320 1091 • Fax: (593 2) 256 6036, ext. 16  
ediciones\_latierra@yahoo.com

Hernán Rivadeneira J.

EDITOR

# Justicia, soberanía, democracia e integración en América



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



Quito, 2011

## Justicia, soberanía, democracia e integración en América

*Hernán Rivadeneira*, editor

Primera edición:

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar: 978-9978-19-480-5

Ediciones La Tierra: 978-9978-320-72-3

Quito, septiembre de 2011

Impreso en Ecuador • Printed in Ecuador

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

© Ediciones La Tierra

Coordinación editorial: Quinche Ortiz Crespo

Impresión: Ediciones La Tierra, La Isla N27-96 y Cuba, Quito-Ecuador

Esta publicación recoge las ponencias presentadas en la XV Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas realizada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los días 23, 24 y 25 de septiembre del 2010.

# Índice

Presentación	7
Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana <i>Eugenio R. Zaffaroni</i> (Argentina)	13
Democracia en integración <i>Carlos Gaviria</i> (Colombia)	23
La soberanía nacional y el derecho a la autodeterminación frente a la expansión de bases militares estadounidenses <i>Vanessa Ramos</i> (Puerto Rico)	35
Consecuencias de los tratados de libre comercio sobre los derechos internos de cada nación y su sistema jurídico <i>Arturo Fournier</i> (Costa Rica)	45
Lucha contra la impunidad <i>Elsie Monge</i> (Ecuador)	75
Cómo entender los procesos Constituyentes de los últimos años en la Región Andina <i>Hernán Rivadeneira J.</i> (Ecuador)	83
Colombia, país en observación: propuestas por la dignificación de la justicia y la abogacía <i>Ernesto Amezquita</i> (Venezuela)	97
Del Poder Constituyente en Chile <i>Graciela Álvarez R.</i> (Chile)	105
Cambios de paradigma en el desarrollo constitucional del Ecuador <i>Julio Echeverría</i> (Ecuador)	113
La violencia en Colombia <i>Adolfo Amarís</i> (Venezuela)	121

La tutela judicial efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela <i>Jesús Orangel G.</i> (Venezuela)	139
Independencia judicial en el Ecuador <i>Rubén Bravo</i> (Ecuador)	149
Antecedentes históricos de la vocación anexionista de los Estados Unidos <i>Leónidas Colapinto</i> (Argentina)	159
Insurgencia en Colombia y derecho internacional humanitario <i>Carlos Meneses</i> (Costa Rica)	171
América Latina: el cóndor sigue volando <i>Martín Almada</i> (Paraguay)	199
Régimen constitucional de biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles, y recursos naturales <i>Agustín Grijalva</i> (Ecuador)	209
El derecho de la información en América Latina <i>Damián M. Loreti</i> (Argentina)	231
La seguridad democrática y sus implicaciones para los abogados defensores de los derechos humanos en Colombia <i>Edwin Rubio M.</i> (Colombia)	253
Hacia un pacto social en el continente <i>A. Raudilio Martín S.</i> (Cuba)	261
La criminalización del trabajo precario: otra perversidad del neoliberalismo <i>Rubén Castro O.</i> (Ecuador)	269
Los procesos de integración en América Latina <i>Delia Basualdo</i> (Argentina)	287
La supranacionalidad en los esquemas de integración de América del Sur <i>José Piedrahita</i> (Ecuador)	297
Anexo	309



## Presentación

La XV Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas (AAJ),<sup>1</sup> celebrada en Quito en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, entre los días 23 y 25 de septiembre del 2010, bajo el lema “Justicia, soberanía, democracia e integración en América”, reunió a participantes y personalidades de Argentina, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Cuba, Ecuador, Paraguay, Perú, Puerto Rico y Venezuela, para atender a un programa de actividades con debates en mesas temáticas y conferencias magistrales.

El programa se inició con la imposición del Doctorado Honoris Causa al magistrado y profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni resuelto por las autoridades de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, tomando en cuenta su destacada trayectoria como jurista y catedrático universitario.

En la mañana del primer día de labores se analizaron cuatro temas: la mesa 1 discutió los procesos Constituyentes en Latinoamérica y el Caribe; las experiencias de Bolivia, Ecuador y Venezuela; el desarrollo de nuevos procesos Constituyentes en otros países latinoamericanos y caribeños; democracia y participación popular. La mesa 2, la crisis económica mundial y su impacto en nuestras sociedades; consecuencias de las nuevas formas de explotación del modelo neoliberal. La mesa 3, los aspectos críticos de de la administración de justicia; memoria, verdad y justicia; la lucha contra la impunidad. Y la mesa 4, el derecho a la autodeterminación; la

---

1 Organización no gubernamental con estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC –por su nombre en inglés–) y representación permanente ante la ONU en Nueva York y Ginebra.

soberanía nacional frente a las doctrinas de guerra preventiva y soberanía limitada; las bases militares como expresión del dominio imperial en Latinoamérica y el Caribe.

Se presentaron varias ponencias, la mayoría de las cuales constan en este libro, y se propició una amplia discusión entre los participantes, afiliados a la AAJ, profesionales, profesores, jueces, funcionarios públicos, trabajadores y estudiantes, la misma que enriqueció las ponencias presentadas.

Se escucharon, además, las conferencias magistrales del profesor ecuatoriano Ramiro Ávila, “El derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”; del presidente de la Rama Ecuatoriana de la AAJ, Hernán Rivadeneira Játiva, “Los procesos constitucionales en la Región Andina”; del jurista Arturo Fournier de Costa Rica, “Impacto del Tratado de Libre Comercio sobre los derechos humanos y los derechos sociales”, y del magistrado colombiano Carlos Gaviria, “Democracia en integración”.

Con igual metodología, se conformaron cuatro mesas de trabajo para analizar diversos temas. En la mesa 1 se discutió: la soberanía del Estado sobre las riquezas y recursos naturales; la biodiversidad y el agua; resguardo del medio ambiente y el cambio climático; responsabilidad por los daños ambientales; derechos de los pueblos originarios. En la mesa 2: derechos humanos y mecanismos de protección de ellos; seguridad y derechos humanos; el incremento de las penas y el sistema penitenciario como expresión de la selectividad del derecho penal; los derechos sociales, económicos y culturales; acciones en contra de toda forma de discriminación; balance de la situación de la mujer en el continente a los quince años de la Plataforma de Beijing; derechos a la información y a la libertad de expresión y la responsabilidad de los medios de comunicación. En la mesa 3: la justicia social, el derecho del trabajo y la seguridad social. Y en la mesa 4: los procesos de integración y de asociación en América; el ALBA, la UNASUR, el MERCOSUR y otros mecanismos frente a los tratados de libre comercio impulsados por los Estados Unidos, y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños.

Pudimos escuchar, adicionalmente, las conferencias magistrales: de nuestra presidenta continental, Vanessa Ramos, “El derecho a la autodeterminación, la soberanía nacional frente a las doctrinas de guerra preventiva y soberanía limitada, y las bases militares como expresión del domi-

nio imperial”; del Defensor del Pueblo del Ecuador, Fernando Gutiérrez, “Derechos de la naturaleza”; de la hermana Elsie Monge, “La lucha contra la impunidad de los delitos de lesa humanidad en el Ecuador”, y del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, “Criminología mediática y los discursos de inseguridad ciudadana”.

La casi totalidad de las ponencias y conferencias se recogen en este libro, las mismas que permitirán nuevas reflexiones sobre los problemas analizados y servirán como sustento en la cátedra universitaria y en las actividades públicas y privadas relacionadas con tales propuestas. Naturalmente, daremos también continuidad a los ejes temáticos de esta Conferencia en las próximas reuniones que prepara la AAJ, tanto en cada uno de los países, como en las de alcance continental.

Hemos querido destacar la problemática de la justicia, la misma que en casi todos los países está en debate, con el convencimiento de que se trata de un asunto estructural y fundamental para nuestras sociedades. La pluralidad de la administración de justicia (constitucional, ordinaria, laboral colectiva, electoral, indígena), si bien no permite concretar la necesaria unidad jurisdiccional, determina una serie de especificidades que deben fortalecerse en base a crear condiciones de infraestructura, de capacitación y, sobre todo, de procedimientos éticos indispensables para su saneamiento y aceptación general.

Los procesos Constituyentes, especialmente en los países del Área Andina, tuvieron un espacio de reflexión amplio. Fue muy interesante reconocer que los planteamientos del denominado “neoconstitucionalismo” deben evaluarse en las vivencias institucionales y aplicarse, sin son válidos, tomando en cuenta la realidad de cada uno de los países.

En cuanto al tema de la soberanía, quienes intervinieron en las propuestas y discusiones nos entregaron un panorama desolador y crítico, dadas las condiciones en que se desenvuelve la vida de nuestros pueblos, bajo los designios de una potencia hegemónica que interviene política, económica y militarmente en casi todos los países de su periferia, a pretexto de su influencia multilateral, de sus intereses manifiestos y de su afán de dominación.

La situación de los derechos humanos en el Continente tiene varios vértices: así por ejemplo se explicitaron los acontecimientos ocurridos en

regímenes despóticos de varios de nuestros países; se patentizaron varias referencias a la necesaria promoción y protección de los derechos fundamentales como base esencial de la democracia; se destacó la defensa de la dignidad humana; fue expuesta la interdependencia entre derechos humanos, democracia, desarrollo y participación social; se recordaron las normas constitucionales en las cuales aparece la incorporación de los derechos colectivos para los pueblos indígenas y los afrodescendientes; al respecto, también se hizo mención a que son derechos de aplicación directa, para lo cual se hace indispensable que los ciudadanos conozcan la naturaleza y contenido de los derechos y los conviertan en parte de su accionar cotidiano, con todo lo cual, se dijo, estaremos próximos a la consolidación de una democracia directa, radical y participativa, en mejores condiciones para la aplicación de la justicia social, pues, sabemos que los derechos humanos son anteriores a la existencia misma del Estado, aunque su contenido debe ampliarse, incorporando nuevas formulaciones de acuerdo a la realidad de los tiempos que vivimos, y de las exigencias de la vida social, sin descartar sus características básicas en cuanto a que los derechos humanos son integrales, universales e indivisibles; por lo tanto, no pueden considerarse como más o menos importantes. Por otra parte, se estableció que su protección compete a la comunidad internacional y a sus organismos especializados, pues, ante la violación de los derechos no es aplicable ni siquiera el principio de soberanía de los Estados ni el de no injerencia en los asuntos internos de otro Estado. La acción del juez español Baltazar Garzón para lograr el juzgamiento de los crímenes y latrocinios del dictador chileno Augusto Pinochet es un ejemplo patético de las nuevas dimensiones de la protección de los derechos humanos en el mundo actual.

En fin, los resultados de la Conferencia son evidentes: en los diversos ámbitos nacionales se han propiciado nuevas inquietudes y tenemos varias noticias acerca de las buenas impresiones sobre la calidad de los ponentes y conferenciantes, así como en la oportunidad de participación amplia en los foros y debates que se abrieron.

Nuestro reconocimiento al señor Rector y a las demás autoridades de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, quienes facilitaron sus mejores recursos humanos y materiales para el cumplimiento de los objetivos de la Conferencia; a los miembros de la AAJ que se integraron en

la organización, desarrollo y éxito de la reunión; a los diversas entidades ecuatorianas auspiciantes: el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo, y el Colegio de Abogados de Pichincha; a los participantes nacionales y extranjeros; a los conferenciantes y ponentes, y a todos quienes colaboraron con los organizadores de esta magna Conferencia.

Este libro cumple con el propósito de perennizar el producto de la Conferencia y con el anhelo de que se continúe el trabajo de relación y compromiso con las causas de la justicia, democracia, desarrollo e integración.

*Hernán Rivadeneira Játiva*





## Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana

*Eugenio R. Zaffaroni\**

Me sorprende la Constitución ecuatoriana de 2008, con la consagración de la personalidad de la naturaleza. Realmente toda la dimensión de esta consagración del nuevo constitucionalismo, acompañado por la Constitución de Bolivia de 2009, no la podemos sintetizar en pocas páginas, tampoco aunque quisiera manifestarla en toda su extensión, porque abre un nuevo camino de pensamiento, una cantidad de perspectivas de las que no somos totalmente conscientes.

La vinculación jurídica del ser humano con el mundo subhumano, o sea con las otras formas de vida, siempre ha sido algo complejo, realmente se ha pretendido que los animales tienen virtudes y defectos. El ser humano ha clasificado a la vida animal con las virtudes y defectos que le atribuyó él, y que son exclusivamente humanos.

Lo más curioso del caso es que luego hizo una clasificación de los seres humanos en virtud de esas jerarquizaciones del mundo animal, ya sea para denostar a sus propios semejantes o para exaltarlos. Esto hasta derivó en un momento dado en una ciencia: la fisiognómica, desarrollada en el siglo XVI; de la fisiognómica pasamos a la criminología, con Lombroso, etc. Esta jerarquización de la vida animal conforme a valores humanos ha servido a lo largo de la historia para legitimar el colonialismo, y es muy interesante cómo se dio tal curiosa y, por cierto, antojadiza vinculación.

Desde la tradición griega hasta el presente se ha hecho la pregunta si los seres humanos somos unos convidados más a participar en la naturaleza, o si tenemos como función la de ser propietarios, administradores o, de alguna manera, ejercer un dominio privilegiado sobre la naturaleza.

---

\* Tratadista de derecho penal, académico y magistrado argentino.

La disputa se mantiene en toda la antropología filosófica y, naturalmente, esto no lo podemos sintetizar aquí, pero la separación tajante entre cuerpo y alma, y el desprecio del cuerpo —que fueron los elementos de preparación del desarrollo del capitalismo y que dieron lugar a la concepción escolástica del mundo, que permitió el surgimiento de la Inquisición y, por ende, el resurgimiento de todo el sistema penal—, al mismo tiempo relegaron al animal a la condición de puro cuerpo, es decir, el humano estaba completamente diferenciado del animal porque el alma era una posición exclusiva del humano y por ende, debía despreciar el cuerpo, no preocuparse por el cuerpo, por el sufrimiento que tuviese en la tierra, porque su destino estaba en un alma que tenía una trascendencia extramundana.

Cuando en el siglo XIX se produjo la conversión materialista del planteo medieval, es decir, todo es cuerpo, se extrajeron consecuencias contradictorias: por un lado, el pragmatismo de Bentham con su búsqueda de mayor felicidad, reconocía que los animales son seres sensibles y convocaba a su respeto y al reconocimiento de sus derechos. Por otro lado, Spencer, quien concibió la justicia subhumana conforme a la ley de la selección natural, concluyó que era menester hacer lo mismo con los humanos. El concepto spenceriano es el que en definitiva va a dar lugar a un materialismo burdo, grosero, legitimante, primero del colonialismo y, después, de la llamada ideología racista.

No nos olvidemos que en cuanto a la jerarquización de los animales, para Spencer continuaba dentro la propia especie humana y, en consecuencia, los grados de sensibilidad que le atribuye a los animales se consideraban también para los seres humanos y se sostenía entonces que los salvajes tenían menor sensibilidad, al igual que el criminal nato de Lombroso, por lo que, como tenían menor sensibilidad, había que darles más duro naturalmente.

He sabido que la clase de los industriales y comerciantes, adoptó el reduccionismo biologista cuando logró la hegemonía; es decir, en la segunda mitad del siglo XIX, pero durante el siglo XVIII, en su ascenso para el desplazamiento de las clases dominantes del antiguo régimen, se valió del contractualismo. En el contractualismo era inconcebible que participasen los animales, por lo cual este contractualismo se basaba en el racionalismo básicamente de René Descartes, que sostenía que los animales eran máquinas carentes de alma.

En el derecho penal, la cuestión de la personalidad del animal se planteó especialmente en torno de la tipificación del delito del maltrato a animales; es decir, todo eso hizo olvidar lo que había pasado antes y sobre todo los procesos de la edad media y que se continuaron en la edad moderna, hasta que desaparecen recién en el siglo XVIII, aunque parezca mentira.

La jerarquización de los animales está presente en toda la heráldica. En algún momento el rey de los animales fue el oso, después la iglesia se quejó porque parece que el oso tiene algunas conductas sexuales que no son simpáticas –que yo no conozco, nunca me dediqué a estudiar lo que hacen los osos, la privacidad de los osos–, y entonces fue reemplazado por el león.

Cuando se plantea ya modernamente, vuelve el problema ya con el tema de la protección al animal contra el maltrato. Es algo que tiene un origen histórico más antiguo en el derecho consuetudinario anglosajón; se plantea luego en el derecho continental europeo, lo cual presenta un problema: ¿cuál es el bien jurídico tutelado que se afecta con el delito de maltrato al animal? Hay varias obras que se ocupan de esto en detalle, con tres posiciones diferentes: sintéticamente diría que unos sostuvieron que el bien jurídico era la moral pública, las buenas costumbres; es decir, el sentimiento de piedad del ser humano, que se veía lesionado por la conducta de maltrato al animal; otros sostuvieron que es un interés moral de la comunidad, porque el maltrato al animal sería un indicio de tendencia a la crueldad con los propios seres humanos; y, finalmente, está la posición que sostiene que se trata de una lesión al medio ambiente. Las tres tienen inconvenientes.

La primera deja afuera de la tipificación o de la prohibición los actos de crueldad a los animales que se hagan en privado o en secreto; la segunda, convierte al delito de maltrato de animales en un delito de tendencia y en un tipo de tendencia bastante remota y muy difícil de verificar en todos los casos; la tercera deja afuera toda la fauna urbana. De alguna manera se ha llegado a sostener o a sugerir que lo que afecta es la imagen del ser humano como administrador de la naturaleza, pero referirse a la imagen del ser humano como un bien jurídico tutelado en el derecho penal abre un campo absoluto o terriblemente peligroso, porque puede esto despla-

zarse a otros planteamientos y, en consecuencia, llegar a borrar o eliminar lo que ha sido una conquista después de una larguísima lucha, pletórica de sangre, que es la de establecer la diferencia entre delito y pecado, o entre moral y derecho.

A nuestro juicio, el bien jurídico en el delito de maltrato de animales no puede ser otro que la salud y el bienestar del propio animal. Se puede argumentar: ¿cómo el animal puede ejercer estos derechos? Tenemos varios seres que no pueden y que nunca podrán ejercer derechos y que sin embargo son objeto de tutela jurídica penal: oligofrénicos profundos, fetos, descerebrados, dementes en los últimos estadios, son seres que no podrán nunca ejercer sus derechos, pero no por eso les negamos esos derechos. Negarle ese derecho es el equivalente a aquel argumento que sirvió de ideología básica para la masacre nazi-fascista, o lo que ocurrió en Francia, en los manicomios, durante la Segunda Guerra Mundial.

La condición del animal como sujeto de derechos es materia de una amplia bibliografía. No puedo detenerme en este punto. En este momento, en el mundo, hay incluso por lo menos dos bibliotecas muy especializadas en la cuestión. Esto ha llegado a tener un desarrollo bastante considerable: el ingreso del concepto del animal como ente tutelar de derechos se produce no por la vía del derecho penal sino curiosamente en el derecho continental europeo por la vía del derecho civil. El nuevo Código Civil o la nueva versión del Código Civil suizo, vigente desde el 1 de abril de 2003, o el parágrafo 90 del Código Penal alemán, establecen que “los animales no son cosas, serán tutelados mediante leyes especiales, se le aplican los preceptos correspondientes a las cosas solo en la medida en que no se disponga lo contrario”.

¿Qué significa esto de encontrar un nuevo sujeto de derecho, de ampliar los sujetos de derechos? Realmente, la ampliación de los sujetos de derechos en el orden jurídico es algo que se está produciendo en los últimos 200 años y soy demasiado generoso. Estamos asistiendo a un proceso de ampliación de sujetos de derechos, me basta recordar la negación del carácter de sujeto de derecho de los esclavos en la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que precipitó la guerra de secesión, a partir de ahí empieza a reconocerse el carácter de sujeto de derecho a otros seres humanos, que se les había negando.

Finalmente, es muy reciente la consagración internacional de que todos los seres humanos somos sujetos de derechos. En definitiva, tal determinación es del año 1948. Tiene pocos años, estamos a tiro de piedra en la historia.

Nos puede asombrar que haya resistencias al reconocimiento de seres no humanos como sujetos de derechos, cuando hemos tardado tanto en reconocernos a nosotros mismos como sujetos de derechos. Diría que las Constituciones del Ecuador, de Bolivia, el neoconstitucionalismo latinoamericano, dan un paso más adelante: introducen el tema en el derecho constitucional y hacen, en ese sentido, un enorme aporte al derecho constitucional comparado. Creo que es un aporte latinoamericano, en el más extenso sentido de la expresión.

El constitucionalismo no se agota en meras normas, no es un sistema de normas, no cualquiera puede hacer una Constitución para cualquier país, no se puede encargar una Constitución. Una Constitución que funcione realmente tiene que estar inmersa dentro de una cultura.

En el constitucionalismo de Europa occidental, de Europa continental, se destaca una figura contemporánea, que es la del profesor Peter Häberle, quien defiende la teoría culturalista del derecho constitucional. Toda su obra está dedicada a la dimensión cultural del derecho constitucional. En este sentido afirma que hay una cultura constitucional Europea y trabaja en pos de una cultura constitucional mundial. Cuando invocamos en las nuevas Constituciones a la Pacha Mama ¿qué queremos decir?, por supuesto, no faltará algún débil mental que dirá que esto es un simple recurso de carácter folclórico, anecdótico y sin ninguna trascendencia. Débiles mentales hay siempre, no los podemos evitar, hay que tratarlos con piedad también, derecho humano ante todo.

La Pacha Mama, la Madre Tierra, es una figura de toda nuestra región, va adoptando distintos nombres, va teniendo distintos acólitos, va asumiendo distintas versiones. Tonantzin era –o es– la Madre Tierra de la cultura mexicana. En el santuario de Tonantzin se le presenta la Virgen de Guadalupe a un indio. Justamente, sobre los restos del santuario de la Madre Tierra se edifica el santuario de Guadalupe. Guadalupe es un signo de la Madre Tierra, es un signo sincrético, signo sincrético con el cual el cura Hidalgo proclama hace 200 años la independencia de México y con el cual entraron a México los soldados revolucionarios de Emiliano Zapata.

Tonantzin cambia de nombre, es nuestra Pacha Mama, tiene algunos acólitos que se meten por el lado de Paraguay para defender los bosques, que se mete por el lado de Bolivia, para defender las vicuñas, se mete en el territorio argentino y nutre el símbolo de una mujer muerta de sed en el desierto, pero sigue amamantando al niño y todo esto se trata del reconocimiento de la Madre Tierra. Esta amplitud que hacemos al reconocimiento de personería jurídica, de personalidad jurídica a la naturaleza, es un paso más que damos, el primer paso del constitucionalismo latinoamericano, como contribución al constitucionalismo mundial. La Carta Política de Querétaro en 1917 fue expedida en contra de los juristas. En la Convención de Querétaro, los juristas no querían incluir los derechos sociales, los derechos de segunda generación, que inaugura la Constitución de Querétaro. Fueron los diputados campesinos quienes impulsaron y consagraron en la Constitución mexicana de 1917 esos derechos. Fue el reconocimiento de la personería jurídica, de la personalidad jurídica de los que hasta entonces habían estado excluidos, y siguieron excluidos durante muchos años en nuestras repúblicas oligárquicas provenientes del siglo XIX.

Fue la primera ampliación de personalidad reconocida en el constitucionalismo latinoamericano y que se proyectó al constitucionalismo mundial, a partir de la Carta del Weimar (Alemania) de 1919. Este es un segundo paso, es un momento más de la ampliación de un reconocimiento de personalidad jurídica, pero tiene una importancia planetaria, por decirlo de alguna manera. Podría decirse que lo que ustedes se encuentran haciendo no es más que reconocer un arquetipo del que ya se habló hace muchísimos años, pues, el concepto de la Madre Tierra es ya un arquetipo universal.

Pero esto se hace en un particular momento del mundo, es un momento en el que desde el pensamiento filosófico, jurídico y antropológico mundial se nos plantean gravísimos problemas. Se nos está advirtiendo que la forma de explotación del planeta está molestando al planeta. Existe una hipótesis que sostiene que el planeta es un ente vivo, no en el sentido de un organismo, no en el antiguo sentido organicista, sino un ente vivo en el sentido de Varela y Maturana, es decir, un sistema del cual formaríamos parte, un sistema caracterizado por la capacidad de reequilibrarse y reproducirse.

Según aquella tesis debe rechazarse de plano la metáfora de la nave espacial tierra, no somos pasajeros de ninguna nave espacial y menos tripulantes de la nave espacial. En el peor de los casos, seríamos algunos náufragos que estamos ahí o algunos polizontes. Pero lo cierto es que formamos parte de un sistema, estamos vinculados al sistema, necesitamos de la vida de los otros seres vivos que habitan el sistema y ellos necesitan de nosotros en alguna medida.

Hay una interacción permanente, y esta visión se diferencia claramente del spencerianismo, porque hace una reinterpretación de la evolución de Darwin, una interpretación que es la que están llevando a cabo, está difundándose cada vez más en el mundo de la biología. La vida en este planeta nace como vida microscópica y, a diferencia de lo que postula o de lo que pretendió difundir el ingeniero de ferrocarril Heriberto Spencer, inspirador y teórico de todo nuestro colonialismo y de todo el colonialismo planetario, a diferencia de ir avanzando a través de catástrofes y de luchas, la nueva biología está verificando que el avance de la vida se ha dado a través de simbiosis, es decir de cooperación. Si bien, por cierto, en un momento algún agente arremete a otro, hay un cierto momento en que se produce una simbiosis, se introduce en el otro, logra una forma de convivencia y se modifican ambos de una manera más compleja. Seríamos, entonces, el producto de un proceso increíble, enorme, de complejización a lo largo de millones de años, nuestro cerebro sería el resultado de un proceso de muchos millones de años, de complejización bacteriana. Si eso es verdad, lo cierto es que la tierra se habría tomado un tiempo –que en sus 4.000 millones de años no es mucho– para provocar este ser que somos nosotros, más o menos inteligentes, que como dijo un autor: no es racional, pero tiene la posibilidad de llegar a serlo.

Somos de alguna manera hermanos de todo lo otro, primos, no sé. Hoy nos está diciendo una biología que retoma a Darwin desde otra punta y que rechaza la hipótesis de una evolución a través de lucha, de destrucción y de catastrofismos. Curioso, porque esto viene de Europa, esto lo dicen los europeos y desde aquí les podríamos decir: ¿qué novedad no? Miren, tenemos la Pacha Mama que decía lo mismo, fueron ustedes que la destronaron y nos interrumpieron ese proceso y ahora estamos tratando de restablecerlo, pero estamos tratando de reestablecerlo en un momento

peligroso, más allá de las irresponsabilidades y de las investigaciones falsas que se estén difundiendo y dicen: no pasa nada. Pero las muestras del deterioro ambiental están a la vista. Hay quienes dan más tiempo, menos tiempo, el tema del ascenso del nivel de los mares en EUA se está considerando como cuestión de seguridad nacional.

Hay tres hipótesis: una más alarmante, una menos alarmante y otra más conservadora; pero, de cualquier manera, incluso en esta última variable no se deja de reconocer la verdad y la realidad del fenómeno. Todas se basan en cálculos de lo que habrá de suceder en el curso de este siglo. Este es un siglo interesantísimo, haré mi máximo esfuerzo para tratar de abarcar mi análisis hasta el final del siglo. Voy a ver si lo consigo, es un poco difícil, porque la película se pone demasiado interesante y demasiado acelerada.

La destrucción que hemos hecho en la vida planetaria en el curso del siglo pasado es muy grande y el nivel de destrucción en una economía depredadora no cesa. Lo que nos dice Labloc da para pensar: si nosotros pensamos en términos geológicos, y la vida del planeta la representásemos en algo así como en una semana, nosotros aparecemos en el planeta en los últimos cinco segundos del domingo, cinco segundos antes de la media noche del domingo, y la historia comienza menos de un segundo antes de la media noche del domingo. Labloc dice: bueno, si es cierto que hay un sistema, que la Tierra es un sistema, que somos parte del sistema, realmente parece que la estamos molestando mucho, y este sistema puede en cualquier momento toser, estornudar o quizá simplemente carraspear y eliminar este elemento molesto que le ha aparecido, esta especie de urticaria que le representamos nosotros; total, dice, no tendría ningún inconveniente de tomarse algunos millones de años –que para ella no son muchos– y construir otro bicho inteligente. Claro, lo curioso es dónde golpea esto y quién reacciona ante esto. Lo interesante es que la reacción viene de teólogos, –no de todos los teólogos, naturalmente, hay cada uno de los que es mejor cuidarse–, pero de algunos teólogos latinoamericanos y, particularmente, de Leonardo Boff, que toma el tema de la contradicción, es otra cosa; es decir, si uno tiene una concepción creacionista, ¿cómo va a haber un Dios que crea un ser humano a su imagen y semejanza, que está destinado a suicidarse, molestando al planeta? No sería un Dios muy

racional que haga eso. Entonces, esa contradicción que desde la teología no se puede responder es analizada por Leonardo Boff, quién plantea: cuidado que estamos en ese riesgo, y asume la tesis de Labloc y propone un ecumenismo, una ética planetaria, etc. Es bastante interesante lo que Boff elabora en sus trabajos, pero incluso dice: cuidado que hay algunos biólogos como Monot, el investigador de los desiertos, que ya encontró un candidato a reemplazarnos, los cefalópodos del fondo del mar, que realmente se salvarían de cualquier cosa; porque no tenemos capacidad de destruir la vida planetaria, lo que si podemos llegar a destruir, al paso que vamos, son las condiciones de supervivencia de la especie humana en el planeta. El planeta va a seguir viviendo, afortunadamente no tenemos capacidad para destruirlo, entonces, los cefalópodos del fondo del mar pueden llegar a ser inteligentes dentro de algunos millones de años y, en consecuencia, hasta podrían llegar a descubrir algún cefalópodo crecido y arqueólogo quien podría llegar a descubrir que hubo una generación o una especie de gigantes tontos que se suicidaron.

Frente a esto realmente creo que la reflexión toca ciertos límites, pero parece que el discurso jurídico siempre tan estrecho, tan mezquino, tan limitado, cuando uno se abre a eso, parece que se le fue la mano. Estamos viendo síntomas, signos: que si no somos racionales podemos llegar a serlo. Por supuesto, esto de reafirmar y hacer un acto de fe en este sentido tiene una gran ventaja, que si uno acierta lo aplauden y si se equivocó no va a quedar nadie para criticarlo, de modo que vale la pena apostar a esto.

Hay algo curioso, viene la teoría europea del mundo central y nosotros desde acá les decimos: ¿qué novedad no? Parece que, si tomamos el criterio de Spencer, ingeniero de ferrocarriles, su concepción de la historia –hay muchos que me van a insultar, pero no importa– en el fondo no difiere mucho de la del viejo Hegel; claro, Hegel era un filósofo, el otro, un ingeniero de ferrocarriles. Esta es una diferencia notoria, pero que ellos avanzaban en la civilización como una flecha civilizadora, es el concepto de los dos, no hay nada diferente cuando Hegel nos dice que nosotros no tenemos historia que solo tenemos futuro, no hay nada diferente cuando dice que los africanos eran lo más cercano que había al animal, no hay nada diferente cuando toma los conceptos de los enciclopedistas franceses y dice que hasta nuestras montañas están equivocadas porque corren de

norte a sur en vez de correr de este a oeste y entonces cortan los vientos y acá todo es húmedo y por eso todo se pudre. No tenemos animales fuertes, y que hasta el ser humano, cuando lo traemos acá, hasta medio se pudre y se debilita por la humedad. Eso es Hegel, eso es la flecha de la historia, una civilización que avanza como flecha y en la punta de la flecha está sentado él; claro, siempre es incómodo estar sentado en la punta de la flecha, pero bueno, los dos se sientan en la punta de la flecha, Hegel y Spencer, uno filosóficamente, y el otro, ya sabemos. No voy a discutir la penetración filosófica, la ontología, la fenomenología. La idea es la misma, y mientras la flecha avanza, deja al margen los “gays”, del espíritu que va avanzando, con él a la cabeza claro, deja al margen todas las civilizaciones inferiores, va dejando al margen a los judíos, a los árabes, se quedan primero los chinos, nosotros no entramos en Hegel directamente.

Y hoy resulta que nuestra América Latina, este continente en el que todo eso que Hegel dejó al margen de la historia, se va sincretizando; porque todo, tarde o temprano, todos los marginados de la historia, todos los echados del mundo de alguna manera vinimos a este continente e interactuamos casi en el mismo idioma; entonces, hoy, desde aquellos que estaban en la punta de la flecha y a nosotros que nos fueron tirando al margen, les decimos: miren, que todo esto que ustedes fueron tirando al margen es lo que, en definitiva, decía lo mismo que ustedes están diciendo hoy.

Feliz coincidencia esperemos que sirva para algo, pero el Ecuador y Bolivia tienen el enorme mérito de haber consagrado esa coincidencia, por primera vez en el derecho constitucional comparado de nuestros días.



# Democracia en integración

*Carlos Gaviria\**

El fenómeno del nuevo constitucionalismo latinoamericano es ante todo un fenómeno político. He escuchado muchas afirmaciones que han salido de los labios de las personas que me han precedido en el uso de la palabra y algunos han tocado el tema, digamos, de manera tangencial; han dicho que la Constitución no es solo un sistema de reglas jurídicas, sino fundamentalmente un documento político, yo diría: la Constitución es un documento político.

Lo que tiene de apasionante el tema es que justamente en el camino se cruzan lo deontológico, lo normativo y lo fáctico, lo político y el derecho. Y yo, que he tratado varias veces problemas jurídicos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, sobre el nuevo constitucionalismo, sobre el pluriculturalismo, etc., en este artículo voy a tratar también o voy a reflexionar sobre un tema que es fundamentalmente político, pero también. secundariamente jurídico.

No voy a sentar tesis, no voy a dogmatizar, simplemente voy a ofrecer una reflexión sobre un tema que me viene preocupando desde hace un tiempo, especialmente de un tiempo para acá, y lo presento más bien como una hipótesis de trabajo, dentro de un marco conceptual, en el que todo está por hacer, del que todo está por profundizar, por elaborar.

Hace dos o tres años leí un libro de Ralf Darendorf que se llama *Hacia un nuevo orden mundial*, y él, desde un punto de vista absolutamente ortodoxo, liberal –yo creo que es liberal, dice que inicialmente fue un sociólogo alemán, pero que en este momento tiene la nacionalidad inglesa, y ejerce un cargo importante en la Universidad de Oxford. Entonces, no

---

\* Candidato a la Presidencia de la República, académico y magistrado colombiano.

ofrece motivo alguno de sospecha en cuanto a las reflexiones que hace—, en su libro, que no es muy extenso. Dice más o menos lo siguiente: “El derecho laboral se está acabando paulatinamente. La relación de trabajo se está deslaboralizando”. Hasta hace poco, dice él, teníamos trabajadores, empleadores y empresarios, que se reunían a discutir los términos de una convención. En la medida en que los sindicatos están cada vez más disminuidos, más debilitados, donde todavía existen, las convenciones laborales no son ya el escenario para discutir nuevos derechos para los trabajadores, porque el campo se ha venido restringiendo significativamente; por ejemplo, en Colombia, no se puede discutir —y yo pienso que Colombia no es el país único— el tema de las pensiones dentro de una convención colectiva de trabajo. Dice Ralf Darendorf que los trabajadores tenían la esperanza de mejorar sus ingresos, de mejorar sus condiciones de vida en una convención de esa naturaleza, pero eso es ya prácticamente realidad del pasado.

En este momento los pobres del mundo, continúa Darendorf, tienen escenarios episódicos, casi casuales. Se reúnen a protestar en el Foro de Davos o en el Foro de Sao Paulo, eventualmente ahí se juntan porque ya no hay digamos una vinculación orgánica sino más o menos casual. Y se pregunta si la tecnología todos los días está desplazando la mano de obra. Michael Gorbachov hizo una reunión en un exclusivo hotel de California, a la que invitó a 500 empresarios del mundo, para tratar asuntos relacionados con la tecnificación de la industria y con la mano de obra, y algún empresario llegó a hacer esta afirmación: yo en este momento tengo una empresa que tiene 20 mil trabajadores, pero yo podría reducir esos 20 mil trabajadores a 80, pues, ha avanzado tanto la tecnología en materia de producción, especialmente en el campo en el que yo trabajo —decía él— que bien podría reducirlo de 20 mil a 80. Algo más, los vinculo sin siquiera conocerlos, a través del internet me llegan las hojas de vida, yo los selecciono y de esa misma manera los despidio; este es un caso en una empresa, pero tanto Gorbachov como Darendorf se planteaban este problema: bueno, y ¿qué va a ocurrir si la tecnología sigue desplazando la mano de obra? Las leyes laborales ya prácticamente no existen porque en todo el mundo se practica lo que se llama la “flexibilización laboral”.

Yo en Colombia, siendo senador, asistí a dos hechos casi simultáneos: la aprobación de la llamada ley de flexibilización laboral, que terminó con

una regulación especial sobre remuneración, que disfrutaban los trabajadores por trabajos, por horas extras, diurnas, nocturnas en los días dominicos, días dominicales, días festivos, etc. Esta ley estaba orientada a atraer a Colombia mayores inversionistas con una lógica que podría presentarse crudamente de este modo: “vengan a invertir a Colombia, que en Colombia pagamos los peores salarios del mundo”, y posiblemente no son los peores salarios del mundo, pero sí compite en igualdad de circunstancias con muchos países en ese sentido. Y unos veinte días más tarde se aprobó la Ley de la Seguridad Jurídica para los Inversionistas, que consiste en que el Estado les garantiza a los inversionistas mantener las condiciones tributarias por espacio de 20 años. Dos leyes bastante complementarias y que marchan exactamente en una misma dirección.

Darendorf desde su punto de vista ortodoxo, liberal, pero de un sociólogo agudo, se pregunta ¿qué va a pasar con los trabajadores que ya no van a ser necesarios siquiera? Así que se les mantiene artificialmente porque la tecnología ventajosamente los puede reemplazar. Y qué va a pasar con estas personas que ya no tienen esperanza —y cada vez en mayor número— de mejorar sus condiciones de vida. Y la conclusión de la obra —que él no hace explícita de una manera tan cruda como yo voy a hacerlo, pero utiliza las palabras— dice que en el mundo, para los sectores más débiles de la población, la esperanza se está acabando. Y lo malo es que donde se acaba la esperanza es donde surge el terrorismo, eso lo dice Darendorf, una preocupación que expresa él desde su punto de vista ortodoxo, liberal, etc.

Existe una obrita muy bella de Immanuel Kant que se llama *La paz perpetua*, donde expone una hermosa utopía: la de un mundo tan interrelacionado que puede constituir una sola república, un mundo pacífico, justo, aun cuando Kant no hace demasiado énfasis en este segundo aspecto regido por un gobierno republicano, digamos que esa es una versión utópica y amable de la globalización, la menos utópica y menos amable es aquella de la que se ocupa precisamente Ralf Darendorf.

El mundo se está globalizando y yo creo que ninguna persona sensata rechaza a priori la globalización: que haya más estrecha relación, más solidaridad, podríamos decir, entre todos los países del mundo; que haya acceso de todo el mundo a las fuentes del conocimiento. Eso parece bastante promisorio. Pero lo que preocupa es que lo que se ha llamado glo-

balización es, simplemente, la alianza de los intereses prevalecientes en las sociedades occidentales para producir fenómenos como los que estamos viviendo y como este al que se refiere Darendorf: la globalización es un fenómeno inevitable, obedece a una ley social ineludible, de la misma manera que nosotros no tenemos esperanzas de que mañana no salga el sol, porque sabemos a qué leyes obedece su curso y el curso de la tierra, de la misma manera sería tan insensato sublevarnos contra el hecho de que salga el sol o contra la ley de la gravitación universal de Newton, como contra esta ley inexorable a la que obedece la globalización.

Es muy humano convertir en leyes inexorables decisiones eminentemente humanas que producen también ciertos fenómenos que para unos pueden parecer muy convenientes y para otros pueden aparecer desastrosos. Lo que simplemente puede interpretarse y, no solo puede interpretarse sino que es el producto de decisiones tomadas en los grandes centros de poder, se hace aparecer como producto de una ley inexorable hacia la que el mundo inevitablemente va. Esa suerte de mecanismo estratégico para hacer aparecer las cosas como no son o muchas veces como un mecanismo de defensa en aquellos campos donde somos más débiles fingimos que no hay más fortaleza sino que hay gran certidumbre.

Pienso en hechos como este: Espinosa quiso reducir la ética a la manera cómo reaccionan los geómetras. No hay una esfera de la persona humana tan incierta, tan compleja como la ética. Tomar decisiones correctas y tener un criterio claro de coerción es algo demasiado trágico y en el derecho ha ocurrido otro tanto: el derecho es una disciplina eminentemente problemática y se le ha tratado de atribuir una estructura epistémica axiomática. Así lo presentaban por ejemplo los exegetas del derecho: el juez lo que hace es silogismos, la Constitución recoge verdades eternas que por la sola luz de la razón las podemos captar; los derechos humanos, por ejemplo, que no aparecían como una conquista histórica sino como verdades axiomáticas absolutas, a históricas, porque rigen en todo tiempo y en todo lugar, del mismo modo para la humanidad. Y luego entonces la Constitución francesa de 1791, 1793 o 1795 y el Código Napoleónico de 1804 que recoge, materializa, singulariza o concreta esos postulados universales y por tanto también se traducen en verdades indiscutibles a las que el juez llega por el simple razonamiento.

Desde luego, uno puede dar el beneficio de la buena fe y pensar que simplemente es un error epistemológico atribuirle al derecho esa estructura, solamente cuando un autor dice que al derecho no le conviene o no cabe dentro de un pensamiento axiomático y que el derecho es una disciplina problemática, se empieza entonces a reivindicar una función completamente distinta para el juez. Al respecto, deseo llamar la atención sobre algunas cosas.

Mi amigo, Ramiro Ávila, con quien tengo no solo una gran amistad sino muchas coincidencias, realizó una crítica terrible a Kelsen, y yo quiero recoger algunas de esas críticas para mostrarlas de otra manera. En primer lugar, el positivismo kelseniano no es el positivismo de la escuela exegetica. Kelsen libró una lucha grande contra la escuela exegetica, hasta el punto de que justamente se me considera como un juez de avanzada y creo que algo logramos mediante la Constitución de 1991 en Colombia, algunos avances significativos, pero eso no significaba que yo abandone muchos de los logros de la teoría pública del derecho, porque Kelsen es el primero que, precisamente tratando de construir una teoría pura del derecho, extrae la hermenéutica de la teoría jurídica. ¿Por qué?, porque dice: no es posible darle al juez de antemano fórmulas para que falle. El fallo siempre va a estar constituido por ingredientes políticos, morales, éticos, de cosmovisiones, religiosos, incluso, porque dentro de su concepción de que la norma es simplemente un esquema abierto de interpretación de la conducta humana, dentro de la cual varias soluciones son posibles, todas ellas jurídicas, pero al juez le corresponde señalar cuál es la que él considera mejor, y al señalar cual es la que considera mejor lo hace en función a un factor ideológico, político, ético, en virtud de sus creencias, y por tanto fíjense: en el derecho hay paradojas muy bellas, esta es una paradoja, Kelsen, que precisamente trata de depurar la teoría del derecho de todo lo que no es derecho, le da entrada a este tipo de elementos a nivel del acto judicial y no por la puerta falsa, sino por la puerta grande, o sea, en toda decisión judicial hay una decisión política, el juez cuando falla no puede menos que elegir y erigir de acuerdo incluso con su propio criterio de justicia, que va a jugar ahí un papel muy importante.

Todas estas reflexiones apuntan a un mismo horizonte que es el hilo conductor de mi reflexión; recogiendo de Darendorf las preocupaciones de una persona liberal y capitalista con respecto al futuro del mundo, in-

cluso con respecto a los trabajadores, al futuro de los pobres y a la amenaza del capitalismo por el terrorismo —porque las palabras no son más, les decía, yo posiblemente las hago más explícitas—. Pero Darendorf dice: “donde termina la esperanza puede empezar el terrorismo”.

¿Qué es lo que quiero entretejer?: primero, existe el fenómeno de la globalización. Este fenómeno no es el producto de una ley inexorable al modo de las leyes de la naturaleza. La globalización obedece a decisiones tomadas en los centros de poder con objetivos sumamente claros, hasta el punto que no tenemos que hacer un gran esfuerzo para desvelar cuáles son los objetivos que existen detrás de la globalización. El Consenso de Washington, por ejemplo, es muy poco explícito en manifestar que es lo que se pretende, las directrices de la economía de mercado desbordadas, de lo que ahora se llama neoliberalismo, como es el caso de la aprobación de los tratados de libre comercio, los TLC y, específicamente, en Centro América y más específicamente en Costa Rica. Es evidente que la dirección que al mundo se le ha dado no es una dirección que deriva de las leyes naturales, ni de leyes inexorables, sino de leyes eminentemente políticas de la matriz norteamericana.

Porque es repudiable ese tipo de globalización, pues simplemente está logrando una alianza de los intereses predominantes en contra de los sectores más débiles de la población, que el propio Darendorf aprecia o percibe de esa manera.

Me parece, y esta es una hipótesis de trabajo importante, que la integración a modo de defensa de países que hasta ahora hemos llamado del tercer mundo, es una completa necesidad. Quiénes se van a integrar, cómo, sobre qué bases. Tenemos que saber que nosotros hacemos parte de un mundo excluido. Si nosotros proyectamos a nivel internacional lo que en las sociedades ocurre, donde hay sectores fuertes y sectores débiles, es evidente que nosotros hacemos parte del sector débil del mundo, pero ustedes saben que cuando digo nosotros me refiero por una parte al pueblo, o a quienes tenemos claridad de que en estos países existen sectores débiles que cada vez lo van a ser más, pero uno se pregunta por qué la clase dirigente colombiana o la clase dirigente ecuatoriana o la clase dirigente costarricense, etc., aplaude la globalización, porque ellos, a pesar de que se llamen Costa Rica, no son Costa Rica, y a pesar de que se llamen Colombia, no son Colombia, y a pesar de que se llamen Ecuador,

no son Ecuador; pero el truco funciona —yo he repetido muchas veces en mi país, con mucha frecuencia esto—, cuando la economía empieza a crecer de una manera significativa entonces la gente dice “como va de bien el país”, pero, si el país iría bien, existiría. Pienso concretamente en mi país, aquí tengo cifras por ejemplo sobre el coeficiente de Gini en casi todos los países latinoamericanos que dan cuenta del crecimiento de la riqueza a quienes aprovechan, a los que se llaman pomposamente el país, aunque en realidad son la minoría, siempre la minoría, pero ellos usurpan incluso la personería del país, somos el país, entonces la gran pregunta es esta: ¿Pero es que en estos países no existe democracia? Si en la democracia es el pueblo el que elige o el pueblo el que gobierna, si nos atenemos a la definición tan bella y tan simple de Lincoln, de que la democracia es el gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo, ¿esta no es la democracia?, entonces fíjense lo que pudiéramos llamar las trampas que no son difíciles de descubrir: llaman democracia a lo que a ellos les conviene que se llame democracia. Yo soy colombiano, y desde luego cuando he hablado en el exterior especialmente durante el régimen del presidente Uribe, tenía siempre la precaución de decir:

tengan presente que yo no estoy hablando mal de mi país, estoy criticando al gobierno de mi país por algo, porque yo quiero tanto a mi país, me siento tan solidario con él, que creo que merece un mejor gobierno y por eso criticarlo no constituye una traición a la patria, al contrario, cuando uno quiere a su país, no puede consentir con que su país esté mal gobernado o que el poder, el ejercicio del poder se oriente a donde siempre se ha orientado.

Ocurre una cosa muy simple: si la democracia existiera en realidad, si estos países que llamamos democráticos fueran realmente democracia, no ocurriría lo que hoy ocurre: que el coeficiente de Gini en Colombia, por ejemplo, es de casi el 60%, o sea, la distribución de tierras en el campo hoy llega casi al 89%. Todos sabemos que según tal coeficiente la equidad absoluta sería cero y la inequidad absoluta sería cien. ¿Somos democráticos y tenemos un coeficiente de 89?, pero entonces ¿no se dice que la democracia es el gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo? Como se sustituye sutilmente la construcción de auténticas democracias por una estrategia fina, muy inteligente, de simulación de democracia; entonces ¿se simula la democracia? ¿Cuáles son las características de un Estado de

derecho y por lo tanto de un Estado democrático? Entonces, la separación de poderes, y aquí no existe la separación de poderes, la independencia de los jueces y si yo les hiciera un análisis de la separación de poderes, y de la independencia de los jueces en mi país, yo creo que no hay que hacerlo porque en casi todos los países se viven situaciones parecidas, posiblemente no tan dramáticas como se han vivido en Colombia: interceptaciones a la Corte Suprema de Justicia para saber que hacen los jueces, como los puede desacreditar, o como los pueden presionar para que los fallos que están dictando no sean de esa manera sino de otra.

Cuando las decisiones no se toman en el Congreso, yo fui senador por cuatro años y tuve una experiencia bastante ingrata, porque sabía que los temas fundamentales que ahí se iban a tratar no dependían de un debate que ahí se hiciera, sino que ya en la Casa de Nariño se había tomado esas decisiones en un desayuno con los congresistas, donde se repartían puestos, bienestar familiar, las notarías, todos los puestos que ustedes quieran; entonces llegan a defender los intereses particulares: ¿esos son los intereses populares?, pero de manera impecable, ¿no existe separación de poderes?, claro que existe separación de poderes, ¿no existe independencia de los jueces?, existe independencia de los jueces, así el Presidente de la República tenga la desvergüenza de tomar un micrófono para insultar a los jueces que le abren una investigación a sus hijos porque lucran con decisiones tomadas por el gobierno de su propio padre, ¿eso es una democracia?

¿Qué ventajas o qué es lo que hay que admirar en el nuevo constitucionalismo? Partí de esta base: el nuevo constitucionalismo es un hecho político más que jurídico, también es secundariamente un hecho jurídico —ya voy a decirles por qué—, pero el nuevo constitucionalismo no ha surgido como invención de dos o tres juristas, o dos o tres jueces, sino que ha surgido —y especialmente el nuevo constitucionalismo latinoamericano— a propósito de nuevas Constituciones que se han expedido con sellos muy distintos a las Constituciones anteriores y que, desde luego, requieren de jueces también con una mentalidad diferente, democrática, abierta, etc. Pero que el nuevo constitucionalismo es un hecho fundamentalmente político. Y, ¿qué tiene que ver el nuevo constitucionalismo con lo que yo les digo?, a mi juicio mucho, porque el nuevo constitucionalismo apunta a crear sociedades más democráticas que las formadas con el antiguo

constitucionalismo; aquí se ha hablado de muchas de las características de las Constituciones latinoamericanas actuales, recientes del Ecuador, Bolivia, Venezuela, Colombia, etc., cuando se introduce por ejemplo instituciones tan importantes o se toman en cuenta factores de integración tan importantes como el pluri culturalismo, cuando se apuntan con estas Constituciones a la creación de instrumentos que sirvan para defender los derechos, porque dentro del constitucionalismo clásico nuestro, se podía leer toda la parte dogmática de una Constitución y se preguntaba: esto ¿cómo se defiende?, de ninguna manera, pero es que se esperaba que eso nunca sea violado. El habeas corpus, por ejemplo, el hábeas data. Cuando se introducen mecanismos de esa naturaleza –yo no soy optimista, no vayan a pensar que pienso que esta es la utopía realizada, ¡no!– se empiezan a dar pasos en ese sentido, de construir democracias que se parezcan mucho más que las que actualmente tenemos, que correspondan más a la definición que conocemos de lo que es un Estado democrático.

Entonces mi reflexión central es esta: la integración latinoamericana, sudamericana, es esencial, pero, ¡qué poco ganamos nosotros si hay una integración como la que hasta ahora hemos tenido!, que simplemente se incorporan al fenómeno de la globalización mundial porque en realidad los intereses protegidos son los intereses de las élites.

Hay un senador en Colombia que dice, con mucha frecuencia y con toda razón: hay gente que mientras más mal le va al país, mejor le va a ella; es decir, los intereses de las transnacionales no son los intereses de los empresarios nacionales. Vemos que la globalización para este tipo de sectores aparece sumamente conveniente, sumamente provechosa, y hay que hacerla aparecer, además, como un fenómeno inevitable, pero si se constituyen sociedades realmente democráticas, donde cuando se hable del país no se refiera uno a los sectores tradicionalmente privilegiados sino realmente a la masa popular, para la cual debe garantizarse que exista el derecho al trabajo, reconocido como derecho, o el derecho a la educación o el derecho a la vivienda digna o el derecho a la alimentación digna, todo lo cual apunta hacia una sociedad completamente diferente, máxime cuando se dispone entonces de instrumentos que sirvan para defender este tipo de instituciones. Pero una manera de descartar instituciones como los derechos económicos, sociales y culturales, ha sido esta, es que esos no son derechos, esas son políticas que el Estado traiza, que anuncia dentro

de la Constitución, para que algún día se cumplan, pero cuando la doctrina jurídica finalmente establece que son derechos y porque son derechos, estamos ante instrumentos mucho más idóneos para defender causas democráticas y causas populares.

Yo he pensado por ejemplo en la Constitución ecuatoriana donde se consagran los derechos de la naturaleza, y se consagran desde una perspectiva muy bella y muy novedosa, pero uno diría: eso sí que rompe con la concepción clásica y ortodoxa del derecho, pues, la naturaleza tiene derechos; pero entonces cuáles son los deberes de la naturaleza, porque generalmente el que tiene derechos también tiene deberes, entonces se problematizan cosas de esa clase. Pero fíjense como la teoría jurídica fina viene justamente en apoyo de causas de esa índole, yo pienso que cuando Alf Rosh, que escribió ya hace mucho tiempo, a mediados del siglo pasado sobre el derecho y la justicia, y cuando le dedicó un capítulo a analizar minuciosa y finamente desde una perspectiva empirista qué es el derecho subjetivo, no alcanzaba a vislumbrar las aplicaciones que eso podía tener y me parece que incluso, desde una perspectiva como la ecuatoriana, mucha gente no puede ver de qué manera la teoría jurídica viene en ayuda de una institución tan plausible como esa, como los derechos de la naturaleza, o sea, el derecho no lo es todo. Algo más, el derecho es un instrumento al servicio de una finalidad y de una finalidad social, pero eso de distinguir el derecho de las ciencias sociales no es en vano, ¡no!, cuando uno conoce muy bien el área en que trabaja y la ha delimitado conoce también con mucha mayor certeza, cuáles son los ingredientes que hacen falta para iluminar el objeto o el área pequeña donde uno está trabajando. Con todo esto, lo que quiero decir es que la interculturalidad y la interdisciplinaridad son necesarias, pero la teoría jurídica no es cosa secundaria, desde el punto de vista de las sociedades que nosotros queremos y de los instrumentos que nosotros necesitamos para construir ese tipo de sociedades.

En síntesis, frente a la globalización que favorece los intereses consagrados tradicionales, que además disuelven a los Estados nacionales en el mundo global, donde los intereses prevalecientes se incrementan mejor, creo que esa globalización está aclamando por una contra-globalización, que es justamente la solidaridad entre Estados o sociedades que están empeñadas en construir verdaderas democracias y, por tanto, defenderlas entre los derechos de las inmensas mayorías que han sido tradicionalmente

excluidas, discriminadas, segregadas y para eso es absolutamente necesaria una integración. Pero esa integración tiene que estar precedida de algo: la conformación interna de la sociedad democrática, de aquellas sociedades que nos interesan, porque si vamos a integrar sociedades totalitarias o autoritarias, como las que conocemos, estamos prestando un gran servicio a la globalización; pero si hay países con vocación democrática y que construyen gobiernos de esa naturaleza, como se está tratando de hacer en el Ecuador, Venezuela o Bolivia, etc., con todas las diferencias que podamos tener, y que nos guste o no Chávez o que Correa tenga problemas con los indígenas, son cosas importantes pero relativamente secundarias frente a un propósito claro de construir sociedades a contramano de las que se han construido, y que se llaman sociedades democráticas, sin ser sociedades democráticas. Es decir, desvelar la estrategia perversa que sustituye la conformación de sociedades democráticas, por la simulación de democracia; me parece que eso es un empeño que nosotros debemos tener y que la integración la necesitamos para eso, integrarnos entre los que tenemos los mismos propósitos, pero los mismos propósitos mirando hacia adentro a cada uno de nuestros países, de la misma manera que Inglaterra y Estados Unidos saben muy bien que los separa y que los une, como la Unión Europea a pesar de que no tiene intereses muy diferenciados de los EUA, por una parte, porque entre ellos también hay desde luego pugnas, se creó con una finalidad de esa naturaleza, hay más equilibrio en el mundo para ellos. Si EUA no es el amo absoluto, claro, pero fíjense, Europa es un buen ejemplo en este sentido, como con tantas diferencias tradicionales, culturales como las que ha tenido, hace semejante esfuerzo y va en camino de lograr una integración más o menos consolidada digamos; nosotros estamos en mora de hacer otro tanto, pero me parece que la meta es la construcción de sociedades democráticas hacia adentro e integración de esas sociedades democráticas que tienen muchas más homogeneidades en Latinoamérica que las sociedades europeas. Y como dentro de ese proceso el derecho es un instrumento valiosísimo, sin atribuirle el papel que tradicionalmente se le ha dado, de sustituto de la sociología, de la antropología y de las ciencias sociales, pero el derecho finalmente concebido tiene un papel que cumplir dentro de todo ese proceso.





# La soberanía nacional y el derecho a la autodeterminación frente a la expansión de bases militares estadounidenses

*Vanessa Ramos\**

Quiero expresar mi solidaridad con el pueblo ecuatoriano por su valentía al obligar al gobierno de los Estados Unidos a retirarse sin condiciones y entregar la base militar-aérea de Manta y expulsar a sus militares y mercenarios. Con este acto patriótico el Ecuador recuperó la soberanía que fue entregada a espaldas del pueblo bajo el pretexto de la lucha contra el narcotráfico, lo que hace posible que hoy continúe el camino hacia la justicia social y la paz. Así mismo, sigue reclamando justicia para que no queden impunes los crímenes cometidos por los personeros imperiales en territorio ecuatoriano. De esta manera, el Ecuador reafirma para las generaciones futuras los principios contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, art. 1 y art. 2, que es, fomentar entre las naciones relaciones basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal y el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros. Además, se reafirma el Pacto de Derechos Políticos y Civiles y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 1-1, que dice: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación” y art. 1-2: “Para el logro de sus fines todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional”; y otros tratados y convenios internacionales que protegen la igualdad soberana de los pueblos y el derecho a la autodeterminación.

---

\* Presidenta de la Asociación Americana de Juristas (AAJ) Continental.

Hoy el mundo se enfrenta a los designios de total dominación, control y hegemonía imperial de los EUA, mediante la imposición del aparato militar, que se demuestra con las 4.742 bases ubicadas en los EUA y las 844 bases militares alrededor del mundo –incluyendo las 7 siete instaladas en Colombia–, y estas son las cifras que sabemos oficialmente a través de documentos del Departamento de Defensa de los EUA, sumando un total de 5.586 bases desplegadas en alrededor de unos 130 ciento treinta países, apropiándose así de aproximadamente 29 veintinueve millones de acres de terreno. Pero, se calcula que el número real de bases militares sobrepasa el millar.

Es en este contexto en el que el Ecuador reafirmó su soberanía mediante el art. 5 de su Constitución, y cito “El Ecuador es un territorio de paz. No se permitirá el establecimiento de bases militares extranjeras ni de instalaciones extranjeras con propósitos militares. Se prohíbe ceder bases militares nacionales a fuerzas armadas o de seguridad extranjeras”.

¿Qué trajo y cuál fue el alcance del Acuerdo de 10 años de la base de Manta en el Ecuador, firmado en 1999?, pues, el despliegue de hasta 475 efectivos militares estadounidenses para operaciones de avanzada, más los mercenarios de la Dyn Corp., sin autorización del gobierno del Ecuador; el uso sin cobro del territorio ecuatoriano para fines de guerra; la libre circulación de aeronaves, barcos y todo vehículo de guerra en las tierras, mares y espacio aéreo ecuatoriano; inmunidad equivalente a la inmunidad diplomática al personal estadounidense y a los llamados contratistas, y supuso formar parte de la estructura estratégico-militar del Plan Colombia. Además, con Manta el Ecuador pasó a ser, en ese momento, un centro de control para dominar la zona amazónica y sus reservas de agua, controlar las reservas petroleras de Colombia, Ecuador, Venezuela, Perú y Brasil; formar parte de los sitios operacionales compartidos de seguridad (FOL/CSL),<sup>1</sup> junto a la base Comalapa en El Salvador, Reina Beatriz en Aruba y Hato Rey en Curazao. Otras nefastas consecuencias de la base en Manta fueron las violaciones de los derechos humanos de los ecuato-

---

1 Foreign Operating Location (FOL) y Cooperative Security Location (CSL). Los FOL funcionan mediante plataformas de inteligencia, pequeños aeropuertos para reconocimiento aéreo y conexión al Space Warfare Center (Centro Especial de Guerra).

rianos y ecuatorianas, la captura arbitraria e indiscriminada de migrantes ecuatorianos en aguas ecuatorianas; el hundimiento de barcos de bandera ecuatoriana, el aumento de la prostitución y la trata de personas, el abuso de los pescadores ecuatorianos, el aumento del desempleo y la pobreza, y la expropiación de tierras para la base, dejando a la población desplazada y sin tierra. En resumen, fue una cesión de la soberanía al imperio, expulsado a través de una heroica lucha por la dignidad y la soberanía de hombres, mujeres, indígenas, trabajadores, estudiantes, defensores y defensoras de los derechos humanos, que culminó en noviembre de 2009.

No olvidemos que la base Manta ayudó logísticamente en el ataque del presidente Uribe el 1 de marzo de 2008, contra un campamento de las FARC, violando la integridad territorial del Ecuador. La Asociación Americana de Juristas (AAJ) manifestó su rechazo a la violación de la soberanía e integridad territorial de la República del Ecuador por parte del gobierno del presidente Álvaro Uribe de Colombia, acto contrario al art. 2 § 4 de la Carta de las Naciones Unidas, que dice: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas” y al art. 21 de la Carta de la OEA, que lee: “El territorio de un Estado es inviolable; no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aun de manera temporal. No se reconocerán las adquisiciones territoriales o las ventajas especiales que se obtengan por la fuerza o por cualquier otro medio de coacción”. Las actuaciones de Uribe pusieron en riesgo la paz en la región y expandieron el conflicto colombiano a los países vecinos, particularmente al Ecuador y a la República Bolivariana de Venezuela.

¿Cuál es el escenario que proyecta el imperio para nuestra América y el mundo? Primero, continuar incrementado la instalación de bases para controlar los recursos naturales y minerales del mundo. En América, seguir el modelo de Manta, ahora ejecutado en el Acuerdo entre los EUA y Colombia para la instalación de siete bases militares, violando la soberanía de los pueblos en función de los intereses imperiales. La gran mentira que afirman es la lucha contra el narcotráfico o el terrorismo. ¿Desde cuándo se puede detener el tráfico de drogas con opciones militares? ¿Por qué no ir a la

raíz del problema, que, entre otros, es la demanda y el consumo en los EUA, la adicción, y la falta de programas de rehabilitación y prevención?

Vemos que en América el presidente Obama, premio Nobel de Paz con sangre en las manos, expande los tentáculos imperiales incrementando el número de personal y base militares en el mundo. ¿Por qué? Para reprimir movimientos populares y propuestas alternativas al neoliberalismo, asistir en golpes de Estado, mantener la hegemonía imperial y asegurarse los recursos petroleros, acuíferos, y naturales del mundo, la biodiversidad amazónica, el rico Acuífero Guaraní y el petróleo y gas en las Islas Malvinas, territorio argentino ocupado por el moribundo imperio británico, y punto de enlace entre la OTAN y los EUA, en la base militar Mount Pleasant, situada en las Islas. Para apoderarse de los recursos del mundo los EUA requieren de bases permanentes en todo el mundo y de gobiernos entreguistas. Por eso, los presupuestos militares aumentan y para el año fiscal 2011 se propuso US \$ 708 billones en el presupuesto de defensa, mientras el pueblo estadounidense sufre de un gran desempleo y recesión. Observen que Obama se ha rodeado de asesores militaristas e incrementó en más de 40% los efectivos militares en Afganistán que hoy ascienden aproximadamente a 134.000 efectivos, ha extendido la guerra a Pakistán y Asia Central, amenaza a Irán con un ataque nuclear o un ataque preventivo, apoya incondicionalmente a Israel, incluyendo el ilegal y brutal bloqueo contra Gaza, y mantiene un perfil bajo con el desalojo ilegal de palestinos en los territorios ocupados y Jerusalén. Observemos también la militarización de la frontera con México y la cruel cacería de seres humanos amparados nuevamente bajo el manto de la lucha contra el narcotráfico. Ahora en la frontera con México, usan los drones y aviones Predator, que tienen capacidad de vuelo de 30 horas consecutivas. Veán el apoyo a las élites oligárquicas y separatistas en Bolivia, la insistencia en continuar el criminal bloqueo contra Cuba y el colonialismo en Puerto Rico. Todo ello se hace en abierta violación del derecho internacional y el principio de igualdad soberana y no intervención en los asuntos internos. Conjuntamente con las transnacionales y grupos regionales como el G-8, intentan limitar a las soberanías nacionales. Indudablemente, el objetivo es muy concreto: es derrotar los procesos de transformación social, políticos y económicos en Latinoamérica, que se alejan, en diferentes grados, del modelo imperial y neoliberal, poniendo un énfasis en desestabilizar Venezuela, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Argentina, Uruguay, El Salvador y Nicaragua.

Es muy revelador el reciente Acuerdo entre el gobierno de los EUA y Costa Rica, para patrullar, por un espacio de diez años, las aguas costarricenses, una vez más, bajo el manto de la lucha contra el narcotráfico. Costa Rica es un país centroamericano que abolió su ejército en 1949, que reconoce el derecho a la paz, y fue donde se firmó la Convención Americana de Derechos Humanos. El Acuerdo firmado por la presidenta Laura Chinchilla, con la anuencia de la Asamblea Legislativa, irresponsablemente cede la soberanía del país y abre la puerta a su militarización permitiendo el ingreso de 13.000 soldados estadounidenses y el libre tránsito de 46 buques de guerra, incluyendo 2 portaviones, que traen consigo 180 helicópteros Sikorski Blackhaws, diseñados para la guerra submarina y operaciones de combate, 10 aviones McDonnell Douglas AV-8B Harrier II, avión de ataque terrestre con capacidad de ametralladoras, lanzacohetes, misiles, bombas de racimo, bombas sin guía, bombas guiadas por láser y bombas de napalm. Levanta sospechas que aviones de uso terrestre estén en Costa Rica para supuestamente patrullar el mar, confirmando que la verdadera intención es apoderarse de la América Latina para implementar el gran proyecto estratégico-militar-imperial, despojarnos de nuestros recursos, fomentar la desestabilización en la región, agredir y rodear a los países que no se sometan, derrotar a la República Bolivariana de Venezuela, mantener el bloqueo contra Cuba, y tener plataformas desde donde lanzar invasiones rápidas. Observamos también que la alarmante militarización de nuestra América, va en algunos casos acompañada de un nuevo estilo de colonialismo militar con fachada de ayuda humanitaria, como lo es la ocupación de Haití, facilitado por la tragedia del terremoto en enero de 2010; el golpe de Estado en Honduras, sin despliegue directo de tropas estadounidenses y con el apoyo logístico de la Base Soto Cano en Palmerola; la instalación de plataformas para las fuerzas de despliegue rápido, vuelos de reconocimiento y en el futuro un posible uso de aviones drones.

Por lo tanto, la doctrina Monroe y su sucesora, el Destino Manifiesto siguen intactas, pero con otro ropaje. Antes, en el siglo XIX se invocaban para comprar territorios como Luisiana y Alaska, con todo y habitantes, ocupar territorios de Océano a Océano despojando a las naciones indígenas, creando la guerra contra México, luego para anexar Hawái, siguiendo con la guerra cubano hispanoamericana en 1898, ocupando Puerto Rico, Filipinas y Guam, e instalando gobiernos títeres en Cuba y han segui-

do las numerosas invasiones a nuestros países, que el imperio considera su patio trasero, en Haití, Nicaragua, República Dominicana, Granada y otros pueblos. También es la doctrina de que se valió el imperio para justificar las sangrientas dictaduras en Argentina, Chile, Bolivia, Paraguay y otros países hermanos, y dar el visto bueno a la Operación Cóndor. Más recientemente, es la teoría de los golpes más, el fallido golpe en Venezuela en abril de 2002 y el golpe en Honduras en 2009. Ahora el Destino Manifiesto queda definido en el Plan Colombia, que ha desatado la destrucción de los bosques colombianos por la contaminación causada por las fumigaciones, y fomentado la parapolítica, desplazando a millones de campesinos, indígenas y afrodescendientes de sus tierras.

La AAJ ha prestado atención especial al caso de Colombia, es un Estado cliente de los EUA; el terrorismo de Estado sigue siendo una realidad en Colombia y el Plan Colombia es el laboratorio para provocar un conflicto regional, destruir la revolución bolivariana que se inició en Venezuela y deshacer los proyectos alternativos que van surgiendo en Latinoamérica, bajo el pretexto de la guerra contra el narcotráfico y el terrorismo. Una vez más la AAJ reafirma que la paz en Colombia solo se logrará mediante una solución política negociada al conflicto armado, libre de intervenciones de los EUA, el fin de la parapolítica, el fin de la impunidad, y un acuerdo humanitario. Colombia tiene derecho a la paz, sin la imposición de tratados de libre comercio, sin la entrega de su soberanía y sin bases militares extranjeras.

No debe sorprender a nadie que después de la clausura de la base Howard en Panamá, como resultado del Tratado Torrijos-Carter, el 2 de febrero de 1999; la derrota que el pueblo de Puerto Rico le propició a la Marina estadounidense mediante la desobediencia civil, forzando su salida el 1 de mayo de 2003 y la no renovación de Manta; se reactiva la Cuarta Flota el 1 de julio de 2008, que había estado inactiva desde 1950. Tampoco sorprende la firma de tratados en 2009 con el gobierno entreguista de Martinelli en Panamá para instalar 11 bases militares operativas para supuestamente controlar el narcotráfico. Mucho menos sorprende que a la luz de estos hechos, Colombia pasara a convertirse en el principal centro militar estadounidense bajo el gobierno del presidente Uribe, que subordinó la soberanía y dignidad del pueblo colombiano a los designios imperiales, con un acuerdo militar firmado el 30 de octubre de 2009, para instalar 7 bases militares estadounidenses y ubicarlas

en Palanquero (Base Aérea Germán Olano Moreno, Cundinamarca), Tolemaida (Fuerte Militar de Tolemaida, Cundinamarca), Malambo (Base Aérea Alberto Pawells Rodríguez, Atlántico), Apiay (Base Aérea Capitán Luis Fernando Gómes Niño, Meta), Larandia (Fuerte Militar Larandia, Caquetá), Bahía Málaga (Base Naval ARC Málaga, Pacífico) y Cartagena (Base Naval ARC Bolívar, Caribe). El Plan Colombia forma parte de la estrategia imperial para mantener la hegemonía en la región, ya que Colombia está localizada estratégicamente entre 2 océanos y cinco fronteras terrestres. Ya en Colombia operaban tres bases estadounidenses: la base de Arauca, estratégica para vigilar la zona petrolera de Venezuela, Larandia y Tres Esquinas. Así, el acuerdo refuerza la presencia militar en Colombia, impone la estrategia imperial de seguridad nacional, permite desplegar operaciones rápidas en la región, y autoriza a que 800 soldados estadounidenses y 600 contratistas operen en Colombia con inmunidad y sin que les apliquen las leyes colombianas. Muy parecido al Acuerdo de Manta, permite a los EUA acceso y uso de las instalaciones y ubicaciones convenidas, servidumbres y derechos de paso, libre de costos –art. IV-2 del Acuerdo–, y vinculen el Plan Colombia al hecho de que Colombia es el tercer país, después de Israel y Egipto, que recibe la mayor ayuda militar de EUA: US \$ 263 millones en 2010. No se puede pasar por alto que el presupuesto presentado por el Pentágono da una importancia particular a Palanquero, que incluye US \$ 46 millones para tal base y, si se analizan algunos documentos, no se trata de una base para “la guerra contra las drogas”, sino con alcance de movilidad aérea continua en toda Sudamérica, con una pista de 10.000 pies, espacio para 100 aviones y un sistema sofisticado de radar.

Así, este panorama demuestra que la República Bolivariana de Venezuela está rodeada por 13 bases militares ubicadas en Panamá, Colombia, Aruba y Curazao, ambas islas muy cerca de las costas venezolanas. A ello hay que añadir la Cuarta Flota, con sede en Mayport, Florida, que carga cabezas nucleares, responde al Comando Sur, se compone de las fuerzas navales, portaviones, submarinos, buques de guerra e incorpora los componentes navales de combate del Comando Sur, que están operando en Centroamérica, Sudamérica y el Caribe, y organiza ejercicios militares conjuntos con armadas de países latinoamericanos. Además, hay que añadir las bases militares e instalaciones de inteligencia que operan desde Puerto Rico. Venezuela también es víctima de una agresiva campaña mediática e intervención de las agencias de inteligencia estadounidenses.

Como punto de referencia, la estructura naval de los EUA se compone de 6 comandos<sup>2</sup> y 7 flotas navales. La media de cada flota es de 120 aviones, 60 tanques, 3 submarinos nucleares y 12 naves de escolta. El Comando Sur se extiende desde Guatemala hasta el Atlántico Sur, tiene su sede en Miami, cubre 31 países, las aguas adyacentes al Caribe, Centroamérica, Sudamérica y parte del Océano Atlántico.

No olvidemos que en otros países de Latinoamérica operan bases militares o los EUA están en gestiones para instalarlas. En Cuba, en el territorio ocupado de Guantánamo, opera la base naval estadounidense más grande del Caribe. En Perú las bases de Iquitos y Nanay operan en la zona Nanay-Amazonía. En Paraguay, está la base aérea Mariscal Estigarribia, cuya pista es más grande que la del aeropuerto de Asunción. Fuentes del Departamento de Estado y el Pentágono anunciaron que EUA acordó con Brasil en abril de 2009 crear en Río de Janeiro una base militar conjunta, otra vez, para controlar el tráfico de drogas, lo que permitirá consolidar el control de la zona del Atlántico Sur.

Para visualizar los niveles de agresividad estadounidense y su estrategia para controlar los recursos del mundo y accesos a las vías y rutas marítimas, veamos otros casos ilustrativos.

En el panorama mundial, EUA continua expandiéndose militarmente, permaneciendo, instalando o ampliando bases militares. En Irak instalaron decenas de bases y permanecen 50.000 efectivos en adición a los mercenarios al servicio de empresas de seguridad estadounidenses y los funcionarios civiles del Departamento de Defensa. En Europa hay instaladas 452 bases militares estadounidenses, de las cuales 435 se ubican en Alemania, donde radica el Estado Mayor del Comando Europeo y el Cuartel General del Ejército Estadounidense en Europa. En Japón, EUA mantiene 124 bases y en Corea del Sur, 87. Significativamente, EUA, que no es amigo de la independencia, reconoce la declaración de la independencia de Kosovo. Como Kosovo está en manos de las mafias y criminales de guerra, y tiene un fuerte presencia de la OTAN, EUA instaló la base

---

2 América: Comando Norte (USNORTHCOM) y Comando Sur (SOUTHCOM); Europa: Comando de Unión Europea (USECOM); Asia y parte de África: Comando Central (USCENTCOM), Comando Asia-Pacífico (USPACOM) y Comando de África (USACOM).

militar Camp Bondsteel, cerca de la frontera con Macedonia, destacando unos 10.000 soldados, con el fin de vigilar un futuro corredor energético para la traída de petróleo del Cáucaso y Asia central. Muy relacionada está la base aérea de Manas en la ex república soviética de Kirguizistán, que es el punto de tránsito para los suministros y personal a Afganistán y que el ex presidente Askar Akayev cedió a los EUA. En Guam, en el Pacífico, EUA planea una expansión militar y la Marina desarrolla un plan para ampliar operaciones hacia el interior del Ártico.

Por otra parte, las Fuerzas Armadas combinadas de los EUA, ascendieron a 1'478.160 activos en julio de 2010 y aproximadamente 833.000 reservistas en 2009, un total de 2'311.160 efectivos alrededor del mundo.<sup>3</sup> Los efectivos militares están destacados en por lo menos 135 países en el mundo. Recientemente, el presidente Obama secretamente desplegó fuerzas y 13.000 unidades especiales en alrededor de 75 países, con órdenes de allanar, destruir, asesinar, y operar drones, los mismos que con sus misiles, han causado la muerte a miles de civiles en Afganistán y Pakistán. De las 13.000 fuerzas especiales hay 9.000 entre Afganistán y Pakistán. Sabemos que violan la integridad territorial de Estados, alientan la subversión o secesión contra países que no se ajustan a los dictámenes de Washington. Además, se han infiltrado en Irán, lo que pudiera ser la antesala para provocar otro conflicto armado y un posible holocausto nuclear.

Las agresiones perpetradas contra la soberanía de los pueblos, han sido en muchos casos crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad. El caso de Irak y el trato cruel de los prisioneros, el trato y justicia selectiva en Guantánamo, los secuestros y las rediciones extraordinarias son varios de muchos ejemplos de las más crasas violaciones de los derechos humanos y violación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio de Ginebra, la Convención contra la Tortura y otros instrumentos sobre los derechos humanos. También se violan convenios internacionales relativos a la no proliferación, como el Tratado de Tlatelolco.

---

3 United States Air Force (USAF), "The Air Force in Facts and Figures", en *Air Force Magazine*, mayo de 2009, <[http://www.airforcemagazine.com/MagazineArchive/Magazine%20Documents/2009/May%202009/0509facts\\_fig.pdf](http://www.airforcemagazine.com/MagazineArchive/Magazine%20Documents/2009/May%202009/0509facts_fig.pdf)>; y documentos del DOD.

Con lo que el imperio no contaba era con la combatividad y lucha de nuestros pueblos para reafirmar y reclamar nuestra soberanía sobre nuestras tierras, mares, recursos y riquezas, reafirmar el derecho a la autodeterminación de los pueblos, reclamar la independencia de Puerto Rico y reafirmar la unidad latinoamericana y caribeña.

La historia nos ha enseñado que todos los imperios caen y los EUA no esperaban que en Colombia y en Costa Rica se levantara la ilegalidad e inconstitucionalidad de los Acuerdos con los EUA y ambos pueblos se han movilizado para repudiar la agresión, la guerra y la cesión inaceptable de la dignidad y la soberanía nacional. Ya retomamos la antorcha libertadora de Bolívar y pusimos en marcha proyectos soberanistas, como la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de América Latina (ALBA), la Unión de Países Suramericanos (UNASUR) y el Consejo de Defensa Sudamericano en marzo de 2009. Ya las transnacionales, brazos del complejo industrial-militar que necesitan de las bases militares para despoesernos de nuestros recursos, no nos engañan, y los pueblos se levantan para impedir que se saqueen sus recursos minerales, madereros, hidráulicos y naturales del Amazonas y se destruyan los ecosistemas en Brasil, Venezuela, Colombia, Paraguay, Bolivia y Perú y otros países hermanos.

Tenemos que estar alertas con los intentos o leyes que criminalizan el derecho a la protesta y las leyes de competencia extraterritorial, como la Ley Patriot, pues son un modo conveniente de imponer la política imperial, racista y colonialista. Pienso ahora en el pueblo mapuche de Chile y su lucha contra la militarización y usurpación de sus tierras.

Por otra parte, no subestimemos el peligro de un holocausto nuclear y recordemos lo que significa Hiroshima y Nagasaki, 60 años después. Nuestra América no puede ser la plataforma para la agresión ni puede permitir que los fines de guerra y destrucción del planeta prevalezcan sobre las Constituciones, las soberanías nacionales y el derecho humano a la paz. Unámonos a todas las voces y movimientos del mundo por la eliminación de bases militares extranjeras. Que Latinoamérica y el Caribe sean una región donde se consagre el derecho humano a la paz.

La AAJ continuará abogando por la igualdad, la justicia, la dignidad y una América y Caribe sin bases militares extranjeras.



# Consecuencias de los tratados de libre comercio sobre los derechos internos de cada nación y su sistema jurídico

*Arturo Fournier\**

## Introducción

### I. La globalización y el deterioro del Estado social de derecho

Un proceso que fue concebido para caracterizar la economía de mercado de nuestro tiempo y que consiste en un mundo sin fronteras, la gran aldea global, donde se uniforma legislación y prácticas comerciales, para que se muevan personas, bienes y servicios sin más trabas que las mínimas necesarias para mantener un ordenado tráfico de mercancías, que pretendía abrir puertas para impulsar una política económica, acabó siendo una correa de transmisión de la concepción neoliberal, y pareciera tender a trasladar el peso principal de la crisis económica mundial, a los países en desarrollo, con la finalidad de preservar las ventajas de los países más desarrollados, para no afectar sus ganancias e ingresos.

El factor fundamental de los cambios, fue el avance de la informática, la profundización de la comunicación global –en todo el mundo–, de ahí que algunos sectores llamaron “globalización” a ese proceso. Dichos cambios vinieron acompañados durante los años ochenta, por procesos de cambio llamados “ajustes estructurales”, Política de Ajuste Estructural (PAE), con lo cual se pretendió un cambio radical de la economía de los Estados centroamericanos.

---

\* Abogado, académico, presidente de la Rama Costarricense de la AAJ.

Producto de esos cambios, el mundo ha tendido hacia la integración, a la constitución de bloques comerciales, que den mayores posibilidades al crecimiento de la economía; pero como afirma el sociólogo holandés Wim Dierckxsens, se enmarca dentro de “una virtual crisis de crecimiento económico” con “un gran potencial productivo entre las grandes potencias económicas, pero contradictoriamente a la vez un frenado crecimiento económico”.

En la reunión de ministros y viceministros del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), celebrada en mayo de 1997 en Brasil, Costa Rica propuso un trato preferencial para los países pequeños del continente, mientras llega a cristalizar el ALCA, puesto que el Ministro de Comercio Exterior de ese entonces consideraba que existía una asimetría en las condiciones de los países menos desarrollados.

Esta petición coincide con la política que tiene el Poder Judicial de Costa Rica, de protección a los sectores menos aventajados o más débiles: “Se considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el Sistema de Justicia, los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico”.<sup>1</sup>

Lo anterior nos lleva a la disyuntiva que se le presentó al país y al resto del área centroamericana, más República Dominicana, de cómo proceder, qué alternativas teníamos ante los tratados de libre comercio (TLC), ¿cómo se desempeñarán nuestras débiles, subdesarrolladas y dependientes economías, frente a los integrantes de los grandes bloques, como el del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica; a los “tigres” del Asia, a la China continental y ante la Unión Europea?, ¿cuáles son los sacrificios que se nos pedirán?, y ¿cómo afectarán a nuestra realidad las nuevas relaciones de mercado, con sus ajustes estructurales?

En Costa Rica, donde se implementaba la política de Estado social-interventor instaurada durante los años de 1950 a 1980, al optar nuestros gobiernos por el neoliberalismo, y aceptar la decisión de implantar los

---

1 Afiche que tiene exhibido el Poder Judicial en muchas de sus oficinas públicas, para garantizar un pleno acceso a la justicia.

PAE, se nos exigió un cambio para las funciones del Estado, sin que hubiese el correlativo cambio en la legislación vigente, y lo que es más grave aún, en contradicción con los presupuestos esenciales de la Constitución política.

De este modo, a partir de 1982 –bajo un gobierno social-demócrata– y hasta 1992 –con otro de corte social-cristiano–, se aplicó una disminución y una reducción sensible –entre el 15 y el 20%– en el gasto estatal per cápita, que afectó especialmente a los sectores de educación, salud y vivienda; lo cual trajo como consecuencia un deterioro de los servicios que prestaba el Estado, significativamente mayor que la reducción en el gasto, y un cambio profundo del papel del Estado en la sociedad,<sup>2</sup> reflejado sobre todo en la promulgación de la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, las reformas a la Ley de la Moneda<sup>3</sup> y a la Ley Orgánica del Banco Central, principales instrumentos para impulsar la privatización de muchas actividades estatales.

La Defensoría de los Habitantes ha señalado que lo anterior estuvo aparejado con carencia o falta de equipo en varios servicios públicos, inadecuadas condiciones, que hicieron que no se prestara un servicio eficiente, y así de esa forma se empezó a justificar el desmantelamiento del Estado que se llevaba a cabo, los neoliberales hicieron énfasis en la necesidad de liquidar al Estado, por su ineficiencia, situación que aumentó las quejas de la población.

A pesar de las advertencias del ex presidente Carlos Manuel Castillo, uno de los principales ideólogos y precursores de esa política, después de impulsar la privatización y el desmantelamiento del Estado, al salir del gobierno dijo: “Al privatizar podemos, perder conquistas”.<sup>4</sup>

Se privatizaron ciertos servicios de salud, algunas clínicas y parte de la administración, sin embargo, el presupuesto de esos sectores privatizados siguió estando a cargo del Estado durante años, siguió siendo público

---

2 Han expresado en distintas ocasiones, ante los medios de prensa, diferentes diputados o gobernantes, durante varias administraciones, así como la Defensora Adjunta de los Habitantes (Ombudsman); “Es molesto que el BID nos imponga modificar una ley”.

3 La cual exigía el uso y respeto por el colón costarricense como moneda oficial del país.

4 Entrevista en el *Semanario Universidad*, 17 de marzo de 1995.

el gasto, pero para la repartición de las ganancias sí fue privado y desregularizado, sin posibilidades de que la Contraloría General de la República lo fiscalizara, a pesar de que en la mayoría de los casos el proceso de privatización estuvo aparejado con un deterioro y encarecimiento del servicio.

Es importante tomar en cuenta las necesidades laborales de la población, la obligación constitucional del Estado de velar por la más adecuada repartición de la riqueza. Sin embargo, el funcionamiento práctico de la “apertura”, puede verse reflejado en lo que sucedió en el año 1995, cuando el Presidente de la Cámara de Industrias afirmó que los miles de personas que se quedarían sin trabajo, no podían ser absorbidos por la empresa privada, porque esta “no tiene capacidad de emplearlos”.

Esta tendencia ha constituido un cambio profundo en relación con el papel del Estado en la sociedad, una tendencia a organizar la sociedad según los principios del mercado (más mercado, menos Estado), a pesar de que hoy en día, hasta las instituciones internacionales empiezan a reconocer el error de esa concepción.

Conforme avanza y se consolida el proceso mundial, todos los sectores están empezando a llegar a la conclusión de que la globalización, tal y como fue concebida, trajo serios deterioros a las economías de muchos países, y significó un duro golpe para los países pobres.

*The Wall Street Journal Americas*<sup>5</sup> publicó un revelador artículo sobre la desigualdad de ingresos como consecuencia de la globalización comercial, y cómo ha perdido terreno la mano de obra poco calificada, llegando a la triste conclusión de que, a pesar del avance de la ciencia, la técnica y la comunicación, el “crecimiento ha sido desigual”, razón por la cual no solo “los pobres siguen siendo pobres”, sino que son las “élites las que se benefician” de este proceso globalizador; y pudo comprobar cómo “los resultados desafían a la teoría”, porque si bien la globalización ha ayudado a ciertos sectores muy pobres en países como China o México, la competencia se aplica tirando hacia abajo.<sup>6</sup>

---

5 Edición del 28 de mayo al 37 de junio de 2007.

6 Goldberg, Universidad de Yale, y Pavcnick, Universidad de Dartmouth.

Pareciera que la tendencia general de la globalización es hacia la creciente desigualdad en la distribución de ingresos, aún en países de alto crecimiento económico, la cual se acentúa después de la liberalización económica, según ha podido comprobar el mismo Banco Mundial, el cual ha tenido que ir adecuando sus políticas y recetas, ante esta nueva situación de lento crecimiento económico para la región.<sup>7</sup>

## 2. Internacionalización o mundialización

Por las consecuencias negativas señaladas en el aparte anterior, algunas personas, científicos sociales y politólogos de Francia, prefieren llamar al proceso, como mundialización, para diferenciarse de las consecuencias negativas y discriminantes que ha traído consigo la globalización, para buscar la promoción de la productividad, la calidad del trabajo y, fundamentalmente, la incorporación de todos los sectores productivos al mercado mundial, con eficiencia, pero siempre conservando la identidad de los diferentes países.

Así, la nueva terminología incluye factores de todo tipo –no necesariamente los económicos ligados al capital financiero o especulativo– por medio de las palabras internacional y mundial, para dar a ver que es algo que sucede en todos los países del mundo y que los une internacionalmente, para así también poder dar paso a la generalización de la protección de los derechos humanos, de la educación, del medio ambiente y de la infancia, temas todos que debieran estar globalizados, como deben internacionalizarse y humanizarse las ventajas de la civilización mundial.

## 3. Crisis

Las nuevas condiciones mundiales han provocado una crisis en Costa Rica del modelo político y económico imperante durante la segunda mitad del siglo, incluidas las actividades básicas del “contrato social”, como la: educación, seguridad, distribución de la riqueza, desaparición o pérdida de la moral, la ética (sobre todo del pudor y la vergüenza, tanto

---

<sup>7</sup> Stiglitz, Perry, Olarreaga, Banco Mundial.

pública como privada), así también deterioro del estado de derecho, “porque gobernar ha consistido en evadir los problemas de fondo y porque los partidos se han tornado en maquinarias electorales, adictas al clientelismo y ajenas al bien común y al interés nacional”.<sup>8</sup>

El problema es grave, la crisis es profunda y estructural, afecta a todos los sectores productivos, razón por la cual Costa Rica había perdido seis lugares en el índice mundial, según estudios del Banco Mundial.

Vemos en las últimas décadas una reducción del papel del Estado, aplicada fundamentalmente en el campo del desarrollo social, y en menor medida en el campo económico, en donde con frecuencia, de una forma muy contradictoria con los principios neoliberales vigentes, más bien la intervención del Estado se acentúa, con miras a favorecer el proceso de apertura y crecimiento económico.

Algunos alegan que para poder llevar a cabo todo lo anterior, y no tener respuesta o control social, el proceso debe ir aparejado por una tendencia a la limitación, reducción o pérdida de los derechos socio laborales básicos con que tradicionalmente hemos contado los costarricenses, al amparo de la legislación social.

Antes se hablaba de las crisis cíclicas, ahora parece que el mundo moderno pone todo en crisis, como lo ha comprobado la seria crisis de los últimos dos años. Después de un par de décadas de vigencia de la globalización, ya el tema también pareciera haber entrado en crisis, y es cuestionado ya no solo desde la “acera de enfrente”, sino por sus mismos promotores. Ernesto Samper, ex presidente colombiano que la promovió en su país, recientemente manifestó a Radio Francia Internacional<sup>9</sup> que estamos en un mundo de globalización cerrada, por lo que tenemos que buscar un nuevo modelo social.

Un editorial del periódico *La República*<sup>10</sup> llamó la atención de que la nuevas políticas podían ser contraproducentes para nuestro país, “cuando en Latinoamérica la globalización ha venido agravando la desigualdad en la distribución de la renta y aumentando el número de personas excluidas

---

8 Editorialista Julio Rodríguez del periódico *La Nación*.

9 Reproducido en radio *Eco* de Costa Rica, el 9 de octubre de 2007.

10 22 de febrero de 2005.

del mercado laboral formal”, porque aumentan la vulnerabilidad de los sectores más pobres ante la precariedad del empleo y de los ingresos de los hogares.

Las crisis han acentuado una generalizada desestimulación del desarrollo institucional.

#### 4. Internacionalización o integración regional

El poder tener un sistema regional con crecimiento económico, ha sido uno de los anhelos que el área centroamericana ha tenido desde los albores de su independencia.

La integración centroamericana ha funcionado y retrocedido durante años. Muchos los acuerdos, convenios y tratados mantienen su vigencia, porque nunca fueron derogados, pero no funcionaron cabalmente, profundizándose la situación de injusticia y de miseria para las amplias mayorías, que culminó con las guerras civiles de los años ochentas. A partir de ese momento, se abrió un nuevo estilo de integración, basado en la búsqueda de caminos de pacificación y entendimiento interno, como condición sine qua non para volver a pensar en alguna integración, con un renacer de la unidad y el entendimiento regional, a través de reuniones periódicas de alto nivel, entre los presidentes y ministros.

Es en este período que surge el Protocolo de Tegucigalpa, el 13 de diciembre de 1991, para crear el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), como marco jurídico e institucional de la nueva etapa de integración global, con sus derivaciones como la “Alianza para el Desarrollo Sostenible de Centroamérica”, el Parlamento Centroamericano (PARLACEN),<sup>11</sup> verdadero germen del futuro Poder Legislativo de la región; al cual son electos diputados de los otros países, porque Costa Rica no se ha querido incorporar, ni le ha reconocido validez; o la firma de acuerdos con otras regiones como: marco de cooperación entre las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá y la Comunidad Económica Europea, que pretendió establecer un nuevo mar-

---

11 Vemos con alegría que este le otorgó un puesto de diputado centroamericano al depuesto presidente hondureño Zelaya.

co jurídico de relación económica con Europa, para “inserción de Centroamérica en el entorno económico mundial”, y que es el principal antecedente al TLC, que se negocia desde el año 2007 entre las dos regiones.

Vale la pena citar el Tratado de Integración Social Centroamericana, el cual reconoce que:

los aspectos sociales forman parte integral e inseparable del conjunto de medidas adoptadas por los países [...] en los campos político, económico, cultural y ambiental [...] basado en la premisa de que el ser humano constituye el centro y sujeto primordial del desarrollo, con el objetivo de que garantice el mejoramiento sustantivo de la calidad de vida de los pueblos centroamericanos [...] La importancia que reviste la participación activa de los diferentes grupos de la sociedad civil [...] para que nuestros pueblos convivan en un clima de equidad, justicia y desarrollo.

También se creó la Corte Centroamericana de Justicia, con asiento en Nicaragua.

Algo que los costarricenses consideramos negativo, es la integración militar, representada por la Confederación de Ejércitos Centroamericanos (CONDECA), y la firma del Tratado de Seguridad –léase militar– Centroamericana.

La integración no debe servir solo para reforzar el papel y la presencia del capital extranjero, tenemos que pensar en nosotros también; aún así y con todos los defectos, la perspectiva más clara, tiende definitivamente de nuevo hacia la unidad e integración, la cual tiene que seguir adelante, no solo en el terreno económico. No podemos darnos el lujo de seguir separados, debemos continuar con los tratados regionales y bilaterales, pero también empezar a uniformar y armonizar la legislación interna de cada país, con el derecho internacional que tenemos en común. El desarrollo, el dominio y el aprendizaje –no solo la importación– de la tecnología deben estar íntimamente ligados, a efecto de poder producir el desarrollo integral programado.

Recordemos que debemos estar inspirados siempre en el bien jurídico primordial a tutelar, aquél estipulado por todas las Constituciones centroamericanas: el bienestar social. Bienvenido sea el capital internacional cuando se preocupa por enseñar, por dejar algo construido y permanente

para el país –como decía Jesucristo: “enseñales a pescar”–, cuando aplica controles de calidad.

En el derecho internacional existe el principio de reciprocidad, y así tiene que ser con la globalización, la mundialización y el libre comercio. Por eso varias organizaciones de abogados –como nuestra Asociación Americana de Juristas– proponen el respeto y reforzamiento del sistema de derecho internacional, dentro de un ambiente de igualdad y respeto por todas las naciones y pueblos; debemos reorientar y reforzar organismos internacionales, para que podamos acudir a ellos y encontrar justicia; necesitamos elevar nuestra deficiente tasa de capitalización, mejorar la infraestructura, ampliar o expandir las actividades verdaderamente productivas, buscar nuevos horizontes de desarrollo, teniendo siempre en cuenta el respeto por la población y la protección del sector social. Sin embargo, hay que señalar que muchos de los tratados han dejado por fuera la necesidad de incluir cláusulas sociales.

El desarrollo debe ir aparejado con la protección a la salud de la población, y el respeto por el medio ambiente, no podemos competir si no hay igualdad de condiciones, si bien la ley debe ser igual para todos, hay que saber diferenciar en favor del desvalido, del más necesitado.

El proceso de integración centroamericana, por más deteriorado que haya quedado, fue irreversible, los pueblos de Centroamérica somos cada vez más conscientes de la realidad común, de que somos una unidad real, lo que sucede en un país afecta o influye en el otro, y somos muy pequeños y pobres como para desperdiciar nuestro esfuerzo y nuestras propias riquezas. Ha sido importantísima la incorporación activa de Panamá. El caso de Belice, aunque separado, por su diferente historia, diferente lengua, etc., hay que analizarlo también, porque tarde o temprano tendremos que incorporarlos a la región.

La inversión en lo social se retribuye plenamente; veamos cómo avanzó Costa Rica sin ejército y con un Estado interventor de protección social; la mayor parte de la población era de clase media, y los ricos tenían suficiente, sin derroche irracional; pero con las nuevas tendencias económicas, se da un deterioro de todos los índices que en el pasado nos dieron paz, estabilidad y progreso.

## 5. Impulso a la flexibilización del derecho ¿precarización de los derechos sociales?

La flexibilización y la desregulación, vinieron de la mano con los PAE, junto con presiones sobre el trabajo legislativo nacional, porque así “lo exigen los órganos internacionales”.<sup>12</sup> Lo que nos lleva de inmediato a tener que tocar la temática de la soberanía. Entre los primeros preceptos legales que nos enseñan en la Escuela de Derecho, es que una de las facultades esenciales de un Estado democrático, es la iniciativa en la formación y reforma de sus propias leyes; pero, en las últimas décadas, hemos tenido que aprobar leyes, porque así nos lo piden desde afuera, otros gobiernos o bien organismos internacionales, con lo cual se reduce y limita nuestra soberanía y nuestra posibilidad de independencia jurídica.

Como en todo y al igual que para el referéndum por el TLC, hay un sector a favor y otro en contra, sin puntos intermedios, los proponentes nos dicen que todo sería maravilloso y mejorarían todas las condiciones con la reforma, y sus opositores nos llaman la atención sobre las graves consecuencias y violaciones a los derechos laborales.

Para ello, entonces es bueno volcar nuestros ojos a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ha dicho<sup>13</sup> que en nuestro país ya hay jornadas que sobrepasaban los mínimos legales, y rescata los efectos positivos de las jornadas de menor duración, principalmente en el ámbito de la salud y la vida familiar, así como en la reducción de accidentes en el lugar de trabajo, en el aumento de la productividad y en la igualdad de género.

Por otra parte, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), ha planteado<sup>14</sup> que la flexibilización laboral promovida por la globalización “propició la creación de empleos de mala calidad, que se

---

12 Así expresado en diferentes ocasiones, ante los medios de prensa, por diferentes diputados o gobernantes, durante diferentes administraciones. Más concretamente, la Defensora Adjunta de los Habitantes (Ombudsman), en un artículo publicado el lunes 1 de julio de 1996 en el periódico *La Nación*, afirmó: “Es molesto que el BID nos imponga modificar una ley”.

13 *La Nación*, 24 de junio de 2007.

14 *La República*, 22 de febrero de 2005.

refleja en la creciente expansión de la informalidad, el aumento de los empleos temporales y el alza de la proporción de trabajadores sin contrato”, lo que se agrava con datos extraoficiales de que en nuestro país casi el 50% de la economía opera en la informalidad, se cree que hay alrededor de 33.000 empresarios que operan subterráneamente,<sup>15</sup> lo cual implica que no haya pago de salarios mínimos, ni de contribuciones sociales.

Han advertido la CEPAL y otros organismos que la mundialización y globalización de la economía, en América Latina tiene relación directa con el aumento en el nivel de pobreza.

## El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana

El Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica definió<sup>16</sup> al Tratado de Libre Comercio (TLC) como:

un acuerdo comercial que tiene dos partes: una de normas y otra de acceso a mercados. La normativa contiene las reglas comunes que regulan el comercio entre los países. La parte de acceso a mercados contiene los compromisos que ambos países adquieren para la eliminación gradual de los impuestos y las restricciones al comercio mutuo de bienes y servicios, que aparecen como anexos al TLC. En el caso de los productos o bienes, se trata de acordar los plazos en que los impuestos al comercio o aranceles se van a eliminar, que van, en este caso, desde el inmediato, con la entrada en vigencia del acuerdo, hasta los 10 o 15 años, según se trate de productos industriales o agrícolas. En el caso de los servicios, se trata de acordar las condiciones en que los nacionales de los dos países pueden prestar los servicios que se negocien en el otro país, lo que incluye consolidar la normativa vigente y, eventualmente, incorporar compromisos adicionales.

---

15 Estudio de la Fundación para el Desarrollo Sostenible de las Pequeñas Empresas (FUNDES) en 2005, basado en datos de una encuesta de la OIT.

16 COMEX, “El ABC del TLC”, publicación distribuida en hoja tríptica volante, sin fecha.

Primero hay que resaltar que, a pesar de esta definición, el acuerdo no era entre dos países solamente, sino entre siete. Y además, al tenor de las ideas del Maestro Zaffaroni, debemos preguntar ¿cuál es el bien jurídico tutelado?

## 1. Negociación y posiciones

Pocas veces en la historia de Costa Rica se ha dado una división tan profunda de la sociedad, con posiciones tan encontradas, a semejanza de una guerra civil ideológica.

El TLC fue negociado por grupos de expertos, liderados por los ministros de Comercio de cada uno de los países de América Central, de EUA y luego se incorporó República Dominicana, quienes además se asesoraron con expertos traídos de las diferentes áreas comerciales, cuyos productos se negociaban en cada mesa.

Los defensores del TLC<sup>17</sup> lo presentaron como la panacea para resolver todos los males del país, y los opositores como el deterioro extremo para toda nuestra Legislación y situación social. Se amenazó y alarmó a la población con que el país quebraría si no lo firmábamos y con que se perderían miles de puestos de trabajo.

## 2. ¿Impactará el TLC las relaciones laborales?

Para este tema, casi debemos especular, por la falta de mejores elementos de juicio, porque inmediatamente que el TLC entró en vigencia, nos impactó la crisis mundial, por lo que aún no hemos podido comprobar los efectos reales de su ejecución y puesta en práctica.

Durante el homenaje realizado a Álvaro Montero Vega, primer abogado laboralista de Costa Rica,<sup>18</sup> se expusieron las tesis y opiniones de

---

17 Vale la pena recordar que en el año 2005, siendo todavía Senador, el actual presidente de los EUA anunció, en un artículo para el *Chicago Tribune*, que se oponía al TLC porque hacía poco o nada para apoyar los estándares ambientales de los países centroamericanos y de República Dominicana.

18 Organizada por la Asociación Americana de Juristas y la Asociación Costarricense de Derecho Laboral, en el Colegio de Abogados, Miniauditorio Dr. Eduardo Ortiz Ortiz, el martes 2 de mayo de 2006.

los sectores empresarial y sindical, divergiendo ambos absolutamente en cuanto a las posibles consecuencias y alcances de lo pactado en el TLC, y de sus eventuales consecuencias sobre el derecho laboral en Costa Rica; pero, repito, aún no hemos podido comprobar nada en la práctica, de modo que aún no podemos estar seguros de cuál de ellos tenía razón en cuanto a sus observaciones o advertencias.

Algunos antecedentes: la situación del MERCOSUR fue muy parecida a la de la integración centroamericana: el tema social no estuvo considerado en sus inicios, los derechos sociales y de la ciudadanía no aparecieron en los tratados constitutivos del MERCOSUR, ni fueron desarrollados en normas derivadas, sino hasta muy tardíamente y en una forma escasa en lo relativo a lo laboral, a pesar de que se reconoció la existencia de una importante dimensión social en la integración. Para tratar de enmendar esta falencia, se adoptó la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, firmada en Río de Janeiro en 1998.

La Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra, Suiza, ha afirmado, que para que exista desarrollo es imprescindible el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos.

Entonces cabe preguntarse: ¿le podrá interesar a los Estados Unidos y a nuestros socios comerciales centroamericanos, proteger y fomentar la legislación social en nuestros países?, la respuesta pareciera ser que no, pues, la emigración continuará, dado que es simple la lógica del mercado: no interesa comprar lo que más sirve al desarrollo de los países, y no importan las condiciones en que se produce, siempre que los costos sean bajos, siempre que esa situación nos sirva para poder “competir”, obteniendo el máximo de ganancias, en muchos casos sin prestar atención a las condiciones sociales y laborales de la población.

Durante la vigencia del programa llamado Iniciativa de la Cuenca del Caribe, la forma de canalizar las eventuales denuncias, que no se tramitarán por vía del arbitraje, sino mediante una denuncia al Departamento de Comercio de los Estados Unidos, el cual resolverá haciendo previas consultas con los Departamentos de Estado y de Trabajo; sin llegar a imponer sanciones específicas.

Mientras que en el Sistema Generalizado de Preferencias derivado del GATT, se habla de las cláusulas de habilitación, como excepción al

marco de la OMC para el régimen preferencial otorgado a favor de países con estatus de “nación más favorecida”, en ciertas regiones del mundo, constituidas por países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

La Unión Europea, de tener que enfrentarse a algún caso de discrepancia en cuanto a los derechos laborales, prefiere hacer consultas con la OIT, e iniciar los procedimientos propios de esta organización mundial, pero todavía no sabemos qué irán a proponernos durante las negociaciones para la futura firma del TLC entre Europa y Centroamérica, ahora que ya está en vigencia el Protocolo de San Salvador, que regula los asuntos laborales.

En relación con los otros tratados de libre comercio aprobados por Costa Rica, vemos que ni en el de México, ni en el de Chile se estableció regulación alguna respecto a los asuntos relacionados con el derecho laboral.

En el TLC firmado con Canadá, hay un mecanismo de consultas previas con un procedimiento de verificación de la situación denunciada, pero, a diferencia de lo que analizaremos más adelante, no establece la posibilidad de imponer sanciones por violación a los principios laborales fundamentales.

México que tiene más de diez años de experiencia con el TLC nos puede decir muchas cosas y probar las consecuencias de estos tratados sobre los derechos sociales, donde se ha profundizado la informalidad, la salida y la exclusión, según datos del Banco Mundial: “apenas un tercio de los mexicanos contribuye al sistema de pensiones. En una generación los ancianos no tendrán protección social”.

### 3. Jerarquía jurídica que se le otorgó<sup>19</sup> al TLC

En los Estados Unidos, legislativamente se tienen términos pre-establecidos con relación a los tratados, según una costumbre imperante desde los tiempos del presidente Roosevelt, se aprueba por simple mayoría, a través de un acto ratificatorio de las dos Cámaras, sin requerir una votación especial, y mucho menos de los dos tercios, lo único que requieren es la autorización previa mediante una ley especial llamada “fast track”,

---

19 Ver Cardenal Óscar Rodríguez Madariaga *et al.*, “Roces constitucionales del TLC (CA-USA). Todavía estamos a tiempo”, San José, Instituto de Investigación y Desarrollo-Universidad de la Salle, mayo de 2004.

con la cual se autoriza al Poder Ejecutivo para negociarlo dentro de ciertos parámetros previamente indicados, sin que se admitan enmiendas.

Sin embargo, en Costa Rica, de conformidad con el art. 125 de la Constitución y con el Derecho de los Tratados, el TLC al ser considerado como un tratado internacional, inmediatamente adquirió categoría y rango superior a las leyes, inferior tan solo a la Carta Magna, por lo que gran parte de nuestra legislación debió enmendarse o reformarse, no por la voluntad popular o legislativa en la iniciativa de formación de las leyes, sino como consecuencia indirecta de acuerdos políticos y económicos del Poder Ejecutivo, mediante una serie de nuevas leyes que se llamaron “Agenda de Implementación”, suprimiendo los monopolios estatales y todo aquello que fue considerado como traba o limitación a la plena vigencia del TLC, y abriendo mercados, que de esta forma se constituyó prácticamente en un texto sustitutivo o alternativo: una nueva Constitución política.

La misma Sala de lo Constitucional, al dar luz verde y visto bueno a todo lo relativo al TLC, cambió y modificó sus criterios anteriores: “La restricción legal deja de estar amparada constitucionalmente si convierte el derecho proclamado en una pura apariencia de lo que es en realidad, si lo desvirtúa de forma que lo hace inaprensible, si lo desnaturaliza y borra los perfiles con que está caracterizado”,<sup>20</sup> y también flexibilizó su anterior postulado de que: “El poder soberano, al que se refiere la Procuraduría, no es entonces, absoluto, sino que tiene sus límites en la propia Constitución, no siendo el legislador –ni el político– libre de hacer su voluntad”.

#### 4. Memorándum del “miedo”<sup>21</sup>

Como parte de las actividades destinadas a causar temor entre la población, en caso de que el TLC fuera rechazado, el primer Vicepresidente de la República, Dr. Kevin Casas, junto con un primo del Presidente de la República, y Diputado al Congreso, Fernando Sánchez, redactaron un memorándum fechado el 29 de julio de 2007, titulado: “Algunas acciones urgentes para activar la campaña del SÍ al TLC”.

20 Ver sentencia, Voto No. 115, 1987.

21 El texto original puede ser consultado en la dirección <<http://www.scribd.com/doc/3954620/Memorando-del-miedo>>.

La población le dio el nombre de “memorándum del miedo”, porque sugería una serie de acciones no institucionales y mucho menos legales, de injerencia inadecuada en otras instituciones públicas, por ejemplo:

- Decretar un receso legislativo, para que los diputados “no opositores” pudieran visitar el país y que de ese modo el Poder Ejecutivo no estuviera sujeto a los chantajes de los diputados de otros partidos “aliados” al gobierno.
- Presionar a los alcaldes de todo el país para que apoyaran el TLC a cambio del otorgamiento de ciertas dádivas, porque ellos estaban

pidiendo, como es enteramente esperable, algunas cosas a cambio [...] hacerlos responsables [...] transmitirles con toda crudeza, una idea muy simple: el alcalde que no gana su cantón [...] no va a recibir un cinco del Gobierno en los próximos 3 años [...] el mismo razonamiento puede aplicarse a los regidores [...] hay que recordarles sus aspiraciones personales: de ganar el referéndum depende que tengan posibilidades reales de seguir siendo regidores o de llegar a ser alcaldes o diputados [...] el que no se meta de lleno, se quema, para la próxima elección.

También, “[e]structurar y lanzar campaña masiva en medios de comunicación [...] no hay que tener temor alguno en saturar los medios de comunicación con publicidad” para “[d]esbancar la idea de que esta es una lucha de ricos contra pobres [...], utilizar casi exclusivamente trabajadores y pequeños empresarios”, generar gran cantidad de publicaciones escritas de fácil distribución masiva, reforzar la presentación de opiniones del SÍ en las radios y prensas regionales: “que aclare, en lenguaje muy simple, algunos de los argumentos más insidiosos [...] que algunas instituciones generen volantes [...] que no pueden pedir el apoyo para el TLC (ello por la resolución del TSE)”.

Y luego los aspectos medulares del terror oficial, de los cuales deriva el nombre popular que se le dio: “Estimular el miedo”, que es de cuatro tipos:

- Miedo a la pérdida del empleo. Porque algunas empresas han recortado turnos, o están pensando en la posibilidad de irse del país de no aprobarse el TLC.

- Miedo al ataque a las instituciones democráticas. Convertir al SÍ en un equivalente con la democracia y la institucionalidad y al NO en equivalente de la violencia y la deslealtad con la democracia, el argumento de la defensa de la democracia es el único recurso que nos queda para movilizar la emoción de la gente que está a favor del TLC, que se siente desmotivada por la emoción de la gente que está por el NO. Hay que entender una cosa: nadie está dispuesto a “morir” por el libre comercio, tal vez sí por la democracia.
- Miedo a la ingerencia extranjera en el NO, por Fidel, Chávez y Ortega –en manera bastante estridente–. Puede incomodar a alguna gente, pero puede tener impacto entre la gente más sencilla, que es donde tenemos más problemas.
- Miedo al efecto del triunfo del NO sobre el gobierno. Un triunfo del NO dejaría al gobierno en una situación precaria, con su efectividad totalmente reducida, y al país en una situación de ingobernabilidad. Esta conexión hay que inducirla. Sugería inducir la duda, para que la gente tuviera temor de poner en riesgo la estabilidad económica, o de volver al estilo del gobierno anterior que fue muy criticado por los costarricenses, y sugería que si ganaba el NO iban a gobernar el país los sindicalistas o los diputados de izquierda.

“La que siembre cizaña sobre los líderes, motivos, métodos, financiamiento y vínculos internacionales del NO”.

Se sugería las visitas y facilidades que ofrecían las empresas, para convencer a más de un millón de trabajadores [...] porque existe gran desmotivación entre quienes están a favor del TLC.

Este documento era secreto, pero de alguna forma llegó al *Semanario Universidad*, quienes lo publicaron y denunciaron de inmediato.

Las reacciones fueron masivas y fuertes, por las consecuencias sobre el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, del ataque a la institucionalidad y división tradicional de los poderes públicos, al punto que el primer Vicepresidente tuvo que renunciar, no así el Diputado quien se mantuvo hasta el fin de su período y ahora en este nuevo gobierno fue nombrado Embajador ante la Santa Sede.

Fue reprochado aún por el mismo Tribunal Supremo de Elecciones.<sup>22</sup>

Con todo y las críticas generalizadas que se dieron, igualmente se generó un control mediático y personal, con serias represalias individuales, como el caso del periodista de origen brasileño, Gilberto de Castro Lopes<sup>23</sup> opositor público al TLC, perseguido como represalia por su postura pública. Con este control se buscaba que la sociedad civil no cuestionara los procedimientos implementados por los órganos represivos del Estado.

## 5. Consecuencias en América Central<sup>24</sup>

En 1992 los países centroamericanos solicitaron a los EUA la negociación, y en enero de 2003 acordaron iniciar el proceso de negociación que concluyó el 25 de enero de 2004, para iniciar un período de revisión legal del texto, y de las versiones en inglés y en español.

Durante la negociación se debía consultar e informar a la sociedad civil, a todos los niveles, pero en todos los países se levantaron críticas y se hicieron denuncias, tanto por la falta de información, como por la falta de acceso a una versión oficial y definitiva del texto; a pesar que los diferentes ministerios encargados de la negociación, abrieron páginas web de información, distribución de discos gratuitos y se crearon instrumentos de consulta y de participación.

En el año 2004 fue firmado por los presidentes y se envió a los diferentes órganos legislativos para su aprobación final, a fin de que entre en vigencia indefinidamente.

---

22 El Tribunal Supremo de Elecciones dijo el 7 de septiembre de 2007, en su resolución STSE-4322-2007, que: el memorando Casas-Sánchez es un documento público; la sola formulación de las “acciones urgentes” es inaceptable; es irrespetuosa la referencia al TSE, y pidió investigar a la Auditoría Interna del Ministerio de Planificación.

23 A quien en el Expediente No. 3155-2007, mediante Resolución No. 4877, de las diez horas del 22 de julio de 2008, se le negó su solicitud de obtener la ciudadanía costarricense porque la Dirección de Inteligencia y Seguridad Nacional lo consideró peligroso y lo “anotó”, como en sus anales, por haber criticado y publicado artículos contra el TLC.

24 Para antecedentes de la experiencia mexicana, ver, entre otros, María Elena Cordero, comp., *¿Qué ganamos y qué perdimos con el TLC?*, México, Siglo XXI, 1996.

A inicios de 2007 los países centroamericanos lo habían ratificado en sus parlamentos con excepción de Costa Rica.

El hecho de uniformar las reglas de comercio y de relación entre toda la región, contribuye al fortalecimiento de los lazos entre los diferentes países, y a la profundización de la integración económica centroamericana.

Sin embargo, y a pesar de que el COMEX<sup>25</sup> nos afirmó que el TLC “promueve el empleo” e implica la “creación de mayores y mejores fuentes de trabajo”, hay quienes denuncian que la implementación del TLC en Centro América lejos de haber dejado ganancias para la mayoría del pueblo, ha dejado un saldo negativo. Y citan que en El Salvador:<sup>26</sup> “el CAFTA fue vendido como algo que iba a traer más empleo. Sin embargo, en los primeros seis meses de haberse implementado se perdieron 93.000 empleos en el agro, [...] que no están en capacidad de competir con el producto subsidiado de Estados Unidos”, explicó Guevara a Informa-tico.com.

El estudio de Sinti Techan, realizado en los primeros seis meses de implementación del TLC, afirma que: “la desarticulación del aparato productivo nacional, el déficit en la balanza comercial y sus consecuencias: el desempleo, la pobreza y la emigración se han incrementado drásticamente”.

Según las cifras del Banco Central de Reserva (BCR) las importaciones agrícolas provenientes de Estados Unidos aumentaron un 111% en el primer semestre de implementación del TLC, lo que hizo que la balanza comercial salvadoreña mostrara un déficit para el país centroamericano de US \$ 543 millones.

Curiosamente, durante el año 2005 –cuando no había TLC– las exportaciones agrícolas de Estados Unidos a El Salvador no crecieron sino que disminuyeron un 3,6%.

El estudio salvadoreño destaca el caso de Costa Rica, pues en los primeros seis meses de 2006 aumentó sus exportaciones agrícolas a Estados Unidos un 27% sin haber aprobado el TLC comercial. “¿Para qué sirve

---

25 Ver cita No. 27.

26 Según un estudio realizado por la Red Ciudadana frente al Comercio e Inversión Sinti Techan de El Salvador, cuyos resultados fueron comentados recientemente en San José por la abogada salvadoreña Ligia Guevara, quien vino a Costa Rica para presentar el documental “Empresa multinacional busca... flexibilidad laboral en Centroamérica”.

entonces el TLC?” se preguntan los autores del documento, Ángel Ibarra y Raúl Moreno.

Algunos rubros como la inversión “en vez de aumentar han disminuido, tal como lo demuestra el cierre de varias fábricas textiles”. En ese sentido, las exportaciones de textiles salvadoreños disminuyeron un 10% en el primer semestre de 2006 aunque ya el TLC estaba en vigencia, debido a la fuerte competencia de China en este mercado, agrega el estudio.

En Guatemala miles de personas se lanzaron a las calles para protestar contra el TLC. Pese a ello, fue aprobado por el Congreso de ese país.

Otro estudio del Instituto de Estudios Agrarios y Rurales CONGCOOP / MESA GLOBAL puso en evidencia una situación similar a la de El Salvador: en los primeros cinco meses de implementación del TLC, este ha dejado un sabor amargo en la población debido a sus impactos negativos. Revela que en el período citado aumentó el déficit de la balanza comercial, pues si bien las exportaciones han subido desde la entrada en vigencia del TLC, lo mismo pasó con las importaciones, aumentándose en los dos casos la dependencia de EUA –46% de las exportaciones van a EUA y 34,3% de las importaciones vienen de EUA–. También creció el déficit en la balanza comercial, en general y en particular con EUA –un aumento de 36% entre julio-septiembre de 2006 comparado con julio-septiembre de 2005–.

Por otra parte, los precios al consumidor no han bajado tal como lo difundió el Ministerio de Economía (MINECO) en su campaña pro TLC: el Índice del Precio al Consumidor (ICP) en Guatemala subió entre junio y noviembre de 2006, de 150,38 a 151,82. El IPC de alimentos y bebidas no alcohólicas ha subido aún más: de 167,67 en junio a 170,6 en noviembre, el mismo crecimiento que en meses y años anteriores al TLC.

El estudio afirma que los pocos beneficios del TLC en Guatemala son para los productores grandes y sectores tradicionales, NO para los pequeños, y suministra datos sobre el particular, como por ejemplo que las importaciones ¡de maíz! aumentaron en Guatemala entre enero y septiembre de 2006, en comparación con el mismo período del año 2005, en 18% del volumen –de 456.869 TM en 2005, a 541.085 TM en 2006– y en 32% del valor –de US \$ 46,5 millones a US \$ 61,5 millones–. El valor unitario (precio) ha aumentado también en 11,6% –de US \$ 101,9 a US

\$ 113,7 por tonelada—. A nivel interno, el precio en septiembre 2006 —al mayorista— está 7,5% mayor que en el mismo mes de 2005, es decir no se lograron bajar los precios en este producto altamente subsidiado en EUA, tal como fue prometido por los promotores del TLC.

La misma decisión ha generado reacciones en la bolsa —el maíz igual que otros productos agrícolas básicos se manejan en la bolsa y por tanto son sujetos a cambios en los precios por la especulación financiera—, con precios ahora artificialmente altos en los mercados internacionales.

El estudio asegura que ya se han destruido las capacidades productivas domésticas de maíz. (Guatemala, de un país autosuficiente en maíz en 1985, se ha convertido en uno dependiente: más de un tercio del consumo nacional es importado) —a partir de las políticas de Ajuste Estructural que el TLC profundiza, y pensando que los precios artificialmente bajos de dumping a los que se ha importado de EUA, se iban a mantener para siempre— no hay opciones para comprar el grano en el mercado doméstico. “Así tanto la industria como el consumidor guatemalteco dependen completamente de las decisiones que se tomen en EUA y las especulaciones en la bolsa para adquirir este alimento básico”, puntualiza el documento.

En Nicaragua, contrario a la retórica antiimperialista de Daniel Ortega, sus diputados apoyaron e hicieron expedita la ratificación, a pesar de que su país —entre otras cosas— perdió preferencias tarifarias para sus textiles,<sup>27</sup> aparte de que —como en el resto de países— no generó un debate profundo, tampoco fue un dispositivo aglutinador de las organizaciones de la sociedad civil, ni se generaron discusiones que trascendieran a las instituciones y altas esferas del poder.<sup>28</sup>

Datos oficiales del Departamento de Comercio de EUA, muestran que el año 2006 pasará a la historia como el más deficitario para Centroamérica en su relación comercial con Estados Unidos en la última década.

---

27 Así reportado en la sección “Noticias” de la publicación *Federal Register*, vol. 73, No. 125, del viernes 27 de junio de 2008, p. 26494.

28 Ver Yálani Zamora A., “Costa Rica solitaria”, en *El Nuevo Diario*, Managua, 2007, <[www.elnuevodiario.com.ni/2007/03/05/opinion/42884](http://www.elnuevodiario.com.ni/2007/03/05/opinion/42884)>.

## 6. Sistema judicial, arbitrajes internacionales

Uno de los capítulos del TLC incluye provisiones de protección muy extensas, a favor de los inversionistas extranjeros, e inclusive autoriza a las compañías multinacionales, para evadir la negociación directa con los gobiernos y acudir de inmediato ante un tribunal internacional.

Vale la pena resaltar que los representantes de los Estados Unidos han dicho que no confían en nuestro sistema judicial, al cual acusan de corrupto, ¿será que el de ellos es immaculado?, por ello el TLC insistió en que los diferendos se dirimieran mediante paneles arbitrales internacionales, no en los tribunales de justicia del área.

De acuerdo con el clausulado, una empresa norteamericana puede reclamar un arbitraje internacional para dirimir un conflicto de intereses con un Estado signatario, sin necesidad de agotar las instancias judiciales internas.

Por otro lado, ya empiezan las demandas, pero en una sola vía: la empresa estadounidense Ferrovías de Guatemala, subsidiaria de la Railroad Development Corporation (RDC),<sup>29</sup> planteó la primera demanda contra Guatemala al amparo del TLC. La compañía espera obtener una indemnización por US \$ 65 millones de parte del gobierno guatemalteco.<sup>30</sup>

Cabe señalar que este caso es representado por Regina Vargo, la ex jefe de negociaciones del TLC por parte del gobierno de los Estados Unidos, quien ahora es asesora legal de la empresa. Fue la primera demanda planteada contra un país de Centroamérica.

También se anunció una demanda de la empresa canadiense Pacific Rim Mining Company contra el gobierno de El Salvador,<sup>31</sup> con la cual espera obtener una indemnización de US \$ 77 millones, pérdida que alega haber tenido mientras esperaba que le otorgaran el permiso de explotación.

---

29 Según fuentes oficiales, la compañía nunca invirtió un centavo ni puso a operar el ferrocarril, por lo que el gobierno del presidente Óscar Berger dio por concluido el contrato con RDC en agosto de 2006.

30 Informa-tico.com, <<http://www.informa-tico.com/php/expat.php?id=19-02-07032049&ed=137&fecha=19-02-07&foro=>> y *La Nación*, 2007.

31 Ver artículo de Krista Scheffey, "Pacific Rim vs. El Salvador and the Perils of Free Trade in the Americas", en *COHA*, 30 de julio de 2010.

Finalmente, se alzan muchos temores por el destino del agua, del ambiente,<sup>32</sup> por el eventual cambio en la política de paz del Estado costarricense,<sup>33</sup> por el futuro del sistema de aseguramiento, atención de los accidentes de trabajo y riesgos profesionales,<sup>34</sup> en fin, por todo el patrimonio social de las pequeñas naciones centroamericanas.

## Conclusiones

A pesar de todos estos datos e informaciones tan negativas, tengo que decir que también hay consecuencias positivas derivadas de la aprobación del TLC, la fundamental fue que el país pudo dejar atrás el período

- 
- 32 Según José Mora Fallas, en una comunicación por correo electrónico, del martes 10 de julio de 2007, mediante el buscador aplicado al texto oficial del TLC: “Se pueden encontrar como mercancía desgravable: ballenas, delfines y marsopas; manatíes y dugones o dugongos. Reptiles, incluidas las serpientes y tortugas de mar. Aves de rapiña. Psitaciformes, incluidos los loros, guacamayos, cacaúas y demás papagayos. Coral y materias similares. [Y, c]arnes sujetas a desgravación: primates”.
- 33 José Mora Fallas –nota anterior–, encontró también autorización para: “Uranio enriquecido en U 235 y sus compuestos; plutonio y sus compuestos [...] Uranio empobrecido en U 235 y sus compuestos [usado en misiles] [...] Elementos, isótopos y compuestos radiactivos; residuos radioactivos [...] Elementos combustibles [cartuchos] agotados [irradiados] de reactores nucleares. Elementos combustibles [cartuchos] agotados [irradiados] de reactores nucleares”. Luego, en otro artículo titulado “TLC, cosas raras de armas y naturaleza”, del martes 10 de julio de 2007, informa que: “Pensé en Raytheon, la empresa que fabrica los misiles Patriot y Tomahawk para el Pentágono que ya registró sus marcas en Costa Rica: Tanques y demás vehículos automóviles blindados de guerra, incluso con su armamento; sus partes. Aparatos y dispositivos para lanzamiento de aeronaves, y sus partes; aparatos y dispositivos para aterrizaje en portaviones y aparatos y dispositivos similares, y sus partes. Simuladores de combate aéreo y sus partes. Navíos de guerra. Lanzacohetes; lanzallamas; lanzagranadas; lanzatorpedos y lanzadores similares. Revólveres o pistolas. Cañones de ánima lisa. Cartuchos para pistolas”. Nuestro asociado Luis Roberto Zamora planteado una acción de inconstitucionalidad a la presencia de un portaviones, dotado de todo su armamento, y ha solicitado medidas cautelares a la Comisión Interamericana de la OEA.
- 34 Al efecto resulta revelador el libro de denuncia del ex Ministro de Trabajo, ex Vicepresidente de la República y ex Presidente Ejecutivo del Instituto Nacional de Seguros (INS), Germán Serrano Pinto, *El TLC y los seguros*, publicación de autor, 2004. O el artículo del ex Gerente del INS, Luis Ramírez, “Diputados contra el INS”, donde afirma que “Pareciera que el interés de algunos es la aniquilación del INS”.

de negociación y de enfrentamiento civil interno, que nos tuvo estancados por más de tres años, ya que todas las fuerzas vivas, económicas, sociales y políticas del país, se concentraron en el enfrentamiento entre los sectores del SÍ y del NO. En el país no se hablaba ni resolvía nada más.

También resulta positivo que ya sabemos las reglas del juego, que se ha definido la normativa aplicable, visto que en las relaciones comerciales con los Estados Unidos estaba por vencer el régimen de la Iniciativa para la Cuenca del Caribe, y el sector empresarial y productivo tenía temores que perdiéramos beneficios y facilidades de trato frente al resto del área, al exportar nuestros productos a ese país, destino de por lo menos el 53% de nuestras exportaciones.

El TLC tiene un impacto decisivo sobre todo el sistema productivo, y por ende sobre toda nuestra legislación, con relación al acceso a los bienes y servicios, a los regímenes aduaneros, medidas sanitarias y fitosanitarias, regulación y salvaguardas u obstáculos técnicos al comercio, sobre la contratación pública, las inversiones, el comercio transfronterizo de servicios, los servicios financieros, las telecomunicaciones, los seguros, el comercio electrónico, los derechos de propiedad intelectual, sobre el mundo laboral, ambiental, reglas de transparencia y administración del TLC.

Pareciera ser que con este TLC, los sectores que lo apoyaron lograron imponer indirectamente un nuevo modelo o paradigma de sociedad, con un nuevo funcionamiento del sistema jurídico, sin pasar por el normal convencimiento para poder hacer las reformas legales por la normal vía legislativa y democrática.

Todo lo anterior, y en especial el sistema de solución de controversias, afecta, altera y modifica el derecho interno y tiene impacto sobre todo el sistema jurídico. Forzó la reforma o derogatoria de muchas leyes, implantó un nuevo sistema de jerarquía de las normas jurídicas, con el que se limita y restringe muy profundamente uno de los elementos esenciales de la soberanía y de la democracia: la iniciativa popular o legislativa en la formación de las leyes, se limita la legislación interna de cada país, para implementar una interdependencia multinacional en un nuevo sistema jurídico y jurisdiccional.

Derivado de la Constitución costarricense de 1949, el patrimonio nacional estaba protegido y respaldado por la Carta Magna, determinan-

do un monopolio estatal sobre las riquezas del subsuelo, sobre el espectro radioeléctrico y telefónico, las telecomunicaciones y los seguros; todo ello cambió a pesar de que se mantienen inmutables las disposiciones constitucionales, puesto que no se ha reformado la Ley Fundamental del Estado, se eliminó el dominio predominante del Estado costarricense sobre tales fuentes de riqueza, lo cual ha sido denunciado por múltiples juristas costarricenses, a pesar de que la Sala Constitucional ha rechazado formalmente todas las acciones de inconstitucionalidad.

Como el país no lograba ponerse de acuerdo sobre la ratificación o el rechazo del TLC, se convocó a un referéndum, mecanismo de participación que a la larga servirá para profundizar nuestro sistema democrático, porque hasta hace pocos años<sup>35</sup> no contábamos con un mecanismo efectivo de consulta popular.

A pesar de que este sistema de consulta popular ha quedado incluido en nuestra legislación, en su gesta hubo una confusión nada sana para el régimen democrático, ya que en enero de 2007, un grupo de ciudadanos agrupados en el grupo “Convergencia Patriótica”, solicitó al Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) la convocatoria a la consulta. El 12 de abril el TSE responde afirmativamente, pero al día siguiente, el Presidente de la República, Oscar Arias, decide hacer él mismo la convocatoria, por decreto ratificado por la Asamblea Legislativa.

Dicho acto unilateral del Ejecutivo, deja atrás tanto la iniciativa popular como el aval del máximo órgano electoral del país, imponiéndose una decisión del Poder Ejecutivo, sobre la autonomía del órgano electoral.

Como he dicho, la campaña previa dividió en dos al país. La alianza por el SÍ unió sectores empresariales con élites políticas, incluyendo diputados de cinco partidos: Liberación Nacional, Unidad Social Cristiana, Libertarios –neoliberales– y dos minoritarios. El campo del NO estaba formado por una multiplicidad de actores de la sociedad civil, la intelec-

---

35 El 16 de mayo del año 2002 se promulgó la Ley 8281, de reforma a los art. 105, 123, primer párrafo, del art. 124, último párrafo del art. 129, primer inciso del art. 195 y adición a los art. 102 y 195 de la Constitución política, publicación el 20 de junio de 2002 en *La Gaceta*, No. 118; y posteriormente, el 23 de febrero de 2006 se dictó el Decreto Legislativo con carácter de Ley No. 8492, de regulación del referéndum, publicación el 4 de abril de 2006 en *La Gaceta*, No. 67.

tualidad, los diputados del Partido Acción Ciudadana y otros pequeños, así como organizaciones sociales.

Un rasgo del proceso fue la falta de separación entre gobierno y Estado, que colocó al SÍ en una posición de privilegio. El presidente y los diputados visitaron comunidades y fábricas, contando con el apoyo abierto y la injerencia de la Embajada de Estados Unidos en los asuntos internos – según denunció recientemente Wikileaks– haciendo campaña a favor del SÍ. La gestión oficial de gobierno se igualó a la gestión de campaña, con el silencio complaciente del TSE. Con una doble moral, un magistrado del TSE y una diputada interpellaron a la Universidad de Costa Rica por utilizar recursos públicos para hacer campaña a favor del NO, violentando así el derecho constitucional a la voluntad de cátedra.

Varias consultas de inconstitucionalidad del TLC fueron planteadas por la Defensoría de los Habitantes, de diecinueve diputados y especialistas de la Universidad de Costa Rica ante la Sala Constitucional, pero esta no pudo detectar contradicciones con la Constitución –dos magistrados salvaron su voto por encontrar inconstitucionalidades, ya señaladas por el grupo de especialistas de la Universidad–.

La simbiosis Ejecutivo-Legislativo, la posición de la Sala Constitucional y la falta de una adecuada intervención del Tribunal Supremo de Elecciones ante la inequidad, tiraron por la borda las ilusiones de una relativa autonomía del Estado, y de un funcionamiento adecuado y respetuoso de la clásica división de poderes.

La política exterior fue interior: esta vez el presidente Arias jugó la Carta Republicana. El NO nunca fue un movimiento antinorteamericano, los senadores demócratas fueron interlocutores durante todo el proceso hasta el final. Los temas del NO fueron: defensa del medio ambiente, de la soberanía, de la institucionalidad. Su estrategia fue la organización de comités locales, llamados “patrióticos”, aplicación de métodos de comunicación innovadoras gracias a la utilización de medios alternativos y fidelidad a la legalidad.

Conforme pedía el “memorándum del miedo” citado, la inequidad mediática entre el SÍ y el NO fue enorme, lesionando la libertad de prensa, los sanos principios del derecho a la respuesta y al derecho ciudadano a la información.

Contrario a sus propias indicaciones generales, el supremo órgano electoral, no ejerció un eficaz control sobre el cumplimiento de sus decisiones y resoluciones, no sancionó las evidentes violaciones a la tregua y prohibición informativa durante los dos días anteriores a la votación; a pesar de lo cual, en una clara ingerencia en los asuntos internos de un país soberano, la cadena CNN transmitió de manera reiterada una entrevista a favor del SÍ durante estos días, momento en el cual el NO no podía defenderse ni rebatir esa propaganda, por estar vigente la tregua decretada por el Supremo Electoral.

Para agravar aún más la violación a la normativa legal vigente, el periódico *Al Día*, perteneciente al grupo económico y mediático más poderoso del país, el propio domingo de las elecciones, publicó en su portada y en sus páginas, información que tituló: “Avanzar o frenar”, y de parte del Tribunal Supremo de Elecciones solo se escuchó silencio.

Todo lo anterior generó un alto nivel de desigualdad, y una acrecentada discriminación en razón de las opiniones, actitud que prohíben la mayoría de tratados internacionales. La pauta informativa y la línea editorial de la mayor parte de los medios estuvieron a favor del SÍ, a quienes se dotó de grandes sumas para la publicidad. Por ejemplo, entre julio y septiembre, en la prensa escrita el SÍ pagó el 94% de la cantidad de los mensajes, contra el 6% del NO. En televisión, 91% del SÍ contra 9% del NO.

Esta situación mediática, llevó a que un sector calificara el referéndum hasta de fraudulento, denuncia que fue también difundida por algunos medios de prensa internacional.<sup>36</sup>

La consulta popular se llevó a cabo el 7 de octubre del año 2007, plagado del enfrentamiento nacional y con los ánimos caldeados. El resultado fue muy estrecho: 51% de los votos válidamente emitidos a favor del SÍ, 48% votó por el NO. Pero sería imposible olvidar el 40% de abstenciones. De modo que, con el nivel de disparidad informativa y con el nivel de recursos invertidos públicamente para el SÍ, sorprende el hecho de que hubiera tan solo un 3% de diferencia para el SÍ sobre el NO.

---

36 Ver por ejemplo: *Le Monde Diplomatique*, en español, del mes de diciembre de 2007, el artículo “Fraude mediático en Costa Rica”.

A pesar de todo, el descontento generalizado que se generó en casi la mitad de la población del país, no unió electoralmente a los opositores, tampoco terminó exclusivamente con el capitalismo como presumían algunos, y no llevó al socialismo del siglo XXI como soñó parte de la juventud rebelde.

Antes bien, los sectores que se opusieron al TLC, denuncian que se ha hecho énfasis en promover públicamente el desprestigio de los sectores sociales que se opusieron, tales como el sindicalismo, el movimiento estudiantil, la academia, que fue sancionada indirectamente con la restricción de los recursos presupuestarios destinados a las universidades públicas con el fin de frenar fenómenos sociales que puedan significar posibles focos sociales generadores de conflictos, mediante formas despectivas y denigrantes que utilizan frecuentemente los medios de comunicación colectiva al referirse a las denuncias que hacen los consejos universitarios de las universidades públicas, y a las luchas emprendidas por el movimiento estudiantil, lo que muchos ven como un claro ejemplo de una revancha oficial, por haber sido la intelectualidad costarricense, agrupada en las universidades públicas,<sup>37</sup> la que lideró la lucha contra la aprobación del TLC, con ideas, críticas y contrapropuestas.<sup>38</sup>

Como dijo el profesor Juan Manuel Villasuso: “Habemus TLC pero el costo democrático del atropello institucional, del doblegar y manipular voluntades, forzar decisiones que debieron tomarse sin que mediara temor o amenaza, y aprobar convenios, leyes y reglamentos cuyas consecuencias nocivas las conoceremos en breve, rebasa cualquier cálculo”.<sup>39</sup>

El mundo sigue mal y empeora día a día a pesar de los ingentes esfuerzos de hombres y mujeres de presentes y pasadas generaciones. Parece

---

37 Ver como ejemplo el libro: Henry Mora Jiménez, *101 Razones para oponerse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos*, San José, Escuela de Economía-Universidad Nacional Costa Rica, 2004.

38 Por aparentes razones de seguridad pública, se violó la autonomía universitaria, introduciéndose al campus de la UCR decenas de efectivos de la policía judicial, con el resultado de muchos estudiantes y funcionarios administrativos heridos. También la negociación por el presupuesto constitucional a la educación superior estuvo más difícil y tardada que en otras ocasiones.

39 En su artículo: “Entró en vigencia el 1/ene/2009, Dialéctica, Habemus TLC”, distribuido por internet.

que el egoísmo y la injusticia fuesen más fuertes que la generosidad y la equidad, y con dolor vemos que los operadores de la justicia no logramos enderezar la sociedad, ni con las leyes ni con el ejercicio de la tutela judicial efectiva, no hay mejora generalizada para todos los ciudadanos que actúan en estricta conformidad con las leyes.

La especie humana ha sido incapaz de vencer sus bajos instintos de dominación destructora. Las élites, en su gran mayoría y a pesar de toda la formación y la cultura a la cual han tenido acceso, han claudicado frente al poder del dinero y a la brutalidad de algunos de sus detentores.

Al igual que aquí en el Ecuador o en México, vemos que con el nuevo sistema mundial impera la delincuencia, producto del deterioro social, se piden penas más duras<sup>40</sup> o se empieza a acoger la teoría del derecho penal del enemigo,<sup>41</sup> se alza el clamor por mayor represión policial, por restaurar hasta la pena de muerte, pero no se habla de lo esencial: mejorar la vida, las condiciones económicas y sociales de la ciudadanía.

Sin embargo en medio de tanta obscuridad reinante, la amistad y el intercambio de opiniones entre los pueblos y sus juristas sigue siendo un sentimiento noble y digno de preservar, por eso son importantes Conferencias y libros para fomentar el intercambio de experiencias y de soluciones, que produzcan destellos de humanidad, para reavivar la esperanza terca, confortando ideales y utopías minoritarias como la eterna búsqueda del ideal de justicia, ingenuos adalides persisten en quijotescas batallas con magros resultados pero reconfortantes vivencias.

---

40 A pesar de que ya muchas fueron duplicadas hace algunos años.

41 Criticada por el abogado penalista en su artículo: “Seguridad ciudadana y ‘derecho penal del enemigo’”, publicado en la sección “Foro”, del diario *La Nación*, p. 34-A, martes 22 de junio de 2010.





# Lucha contra la impunidad

*Elsie Mongé\**

Las doctrinas de la lucha contra la impunidad han surgido a lo largo de la última década y su prestigio se debe, en buena medida, al ámbito concreto en que se han forjado: el de los delitos de lesa humanidad; también a los órganos que las han elaborado: los tribunales internacionales y tribunales constitucionales nacionales; y, finalmente, a la fuente de la que se han extraído: los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

La lucha contra la impunidad se ha convertido en el más “moderno” de los fines del derecho penal. El deber de los Estados y de la comunidad internacional de castigar para poner fin a la impunidad aparece en el preámbulo de Estatuto de la Corte Penal Internacional y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estas doctrinas se han desarrollado en el marco de la justicia de transición. En este contexto se ha debido decidir cómo abordar el problema de la criminalidad del Estado, que obviamente no fue perseguida por la jurisdicción penal durante el régimen político que la promovió. Son situaciones muy complejas y los instrumentos jurídico-políticos y sociales a los que se recurre varían en los distintos países.

## Concepto de impunidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende por impunidad la “falta en su conjunto de investigación, persecución, captura,

---

\* Directora Ejecutiva de la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), Ecuador.

enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos”.

Además, en la elaboración de la doctrina de la impunidad se ha declarado que las violaciones de derechos humanos son imprescriptibles, no rigiendo en ellos tampoco la prohibición de la “cosa juzgada”. Se ha rechazado que se trate de un derecho absoluto, negándose efecto vinculante a la cosa juzgada cuando esta es “fraudulenta” o “aparente”. Es decir, cuando obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal o cuando el procedimiento no se instruyó de forma independiente e imparcial.

Se ha sostenido que la prolongación de plazos o la declaración de imprescriptibilidad tras la comisión del hecho no plantea problemas de legalidad. Además, se aduce que esa extensión retroactiva de los plazos, compensaría el hecho de que durante un tiempo fue imposible perseguir los delitos, lo que es un fundamento suficiente para la suspensión del transcurso de los plazos de prescripción.

## Las razones de la doctrina contra la impunidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos alude también a un “derecho de las víctimas a la justicia”, que se asocia a su derecho “a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables”; a un “derecho a la verdad”, que se encuentra subsumido en el “derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los art. 8 y 25 de la Convención”.

Difícilmente puede negarse la existencia de un derecho de las víctimas y de sus familiares al conocimiento de la verdad. Lo problemático es sostener que dicho derecho puede satisfacerse mediante el proceso penal. La reconstrucción procesal del hecho histórico no pretende declarar la verdad de lo acontecido, sino sentar las bases para una atribución de responsabilidad. La verdad que resulta de la atribución de reproche es más bien limitada.

Algo distinto sucede con el derecho a la justicia. Parece, en efecto, que el lugar natural de las pretensiones de justicia es el proceso: luego el derecho a la justicia pasa por un derecho al proceso. Pero, ¿cómo se puede pretender la satisfacción del derecho a la justicia? Una posibilidad es la pretensión que puede tener quien se considera víctima, de que ello se declare objetiva y públicamente. Para el cumplimiento de tal finalidad aparece en primer plano la institución del reproche. Mediante el reproche dirigido al autor, se constituye al afectado por su acción en “víctima”, restableciendo su dignidad e igualdad. Así también, la sociedad tiene derecho al restablecimiento de los vínculos sociales puestos en cuestión por el delito.

La impunidad también lleva a analizar la relación entre la falta de persecución penal y la perpetración de conductas violatorias de los derechos humanos. Por un lado la impunidad pone en duda el efecto preventivo del derecho penal y por otro la legitimidad del Estado, generando desconfianza en sus instituciones. Pero la impunidad alimenta así mismo, imaginarios sociales acerca la conducta de las personas, pues aunque normativamente sean reprochables al no ser efectivamente sancionadas, refuerzan la aceptación social de esas conductas.

## La impunidad en el Ecuador

En su misión al Ecuador, el profesor Philip Alston, Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, el 15 julio pasado manifestó:

El nivel de impunidad por todo tipo de muertes en el Ecuador es espeluznante. Por cada 100 muertes, se condena apenas a un perpetrador. Además de las falencias del proceso investigativo de la policía, parece que a menudo, aducen que la muerte fue producto de un “ajuste de cuentas”, definida como violencia entre pandillas u otro tipo de violencia criminal, y ni siquiera se molestan en iniciar una investigación seria.

Parecería que esta categoría se hubiera diseñado más que todo para justificar el que la policía no se moleste en investigar una gran proporción de las muertes ocurridas. Con frecuencia se trata de un razonamiento erróneo, pero la peor parte es que deja a los asesinos en libertad para volver a

matar e impide la captura de grupos criminales organizados. Así mismo proporciona un encubrimiento fácil para policías que estén directamente involucrados en alguna muerte.

Alston señala que la principal causa de la impunidad es la falta de investigación por parte de la fiscalía y la policía, lo cual constituye a su vez un factor decisivo de la inseguridad creciente. “La era de una policía que se investiga a sí misma debe llegar a su fin”, afirma. “El Gobierno deberá crear un nuevo ente que esté en condiciones de investigar la presunta participación de la policía en una muerte, de manera creíble, independiente, eficaz y ágil”.

## CEDHU

En la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU), desde el año 2005 se han registrado 101 ejecuciones extrajudiciales. Existen casos de muertes con evidencias de tortura, cadáveres que recibieron disparos en la cabeza y por la espalda. En la mayoría de estos casos se involucró a los miembros del Grupo de Apoyo Operacional de la Policía (GAO), considerado como un grupo de exterminio, creado para investigar bandas delictivas y actuar bajo la regla de tirar a matar. El justificativo de su actuación fue la defensa propia para eliminar a los presuntos delincuentes.

La tortura de personas detenidas fue una práctica muy común de los miembros del GAO, tortura practicada con un garrote inscrito con la leyenda que dice “derechos humanos”. Este objeto fue encontrado en 2009 por la Defensoría del Pueblo en una de las oficinas del GAO en el edificio de la Policía Judicial de Pichincha.

Uno de los casos cometidos por miembros del GAO ocurrió el 30 de septiembre de 2009 en Quito, cuando Georgy Cedeño, Fabricio Pico y sus dos hermanos fueron arbitrariamente detenidos y subidos a dos camionetas del GAO. Los condujeron a una casa de seguridad de la policía ubicada en el sector del Bosque. Allí fueron torturados por el supuesto robo de un camión blindado. Posteriormente Fabricio Pico fue esposado e introducido en la cajuela del vehículo de donde logró escapar cayendo a una quebrada.

A los otros dos hermanos Pico los abandonaron al día siguiente por el sector de Carcelén, pero Georgy Cedeño sigue desaparecido. En diciembre de 2009 se iniciaron las investigaciones en las que consta que se adulteraron documentos en el Comando de la Policía de Esmeraldas a fin de que los presuntos responsables aparezcan como si estaban de servicio en otra ciudad. Miembros del GAO también solicitaron a la Policía Judicial la devolución de las esposas, que constituyen la evidencia de que Fabricio Pico fue esposado; este pedido fue negado. Las investigaciones continúan, pero hasta el momento no se ha dicho los nombres de los policías que actuaron en los hechos.

Frente a las múltiples denuncias presentadas en contra de los miembros del GAO, este grupo fue disuelto. Desde mediados de octubre de 2009 los miembros del GAO pasaron a formar parte de la nueva Unidad de Lucha Antidelincuencial (ULA), creada por el Ministerio de Gobierno y conformada por alrededor de 300 miembros de grupos afines.

Otro caso dramático es el asesinato de Germán Ramírez Herrera, un médico legista especializado en casos de tortura y ejecuciones extrajudiciales. El 6 de julio de 2010 lo secuestraron, le dispararon y lo mataron. Él había recibido varias amenazas por trabajar en la documentación de lesiones a reclusos y por haber rendido testimonio en ese sentido tras una redada de la policía en el Centro de Rehabilitación Social de Quevedo. Un artículo de prensa acerca del incidente simplemente señala, sin comentario alguno, que la policía sospecha que podría tratarse de un caso de ajuste de cuentas.

Una situación preocupante es la actuación de las llamadas Juntas de Defensa del Campesinado, como justicia paralela, especialmente en la Sierra central del Ecuador. Las mencionadas Juntas nacen como grupos de campesinos, que se organizan en el sector rural para garantizar seguridad y resolver conflictos de la comunidad. Así evitan acudir a la administración de justicia que manifiestan es inoperante, está corrupta y genera gasto excesivo.

Sin embargo, a fin de resolver los conflictos parten del requerimiento del afectado y mediante el plagio obligan a la suscripción de actas de compromiso. Durante el proceso se denigra la dignidad humana y se cometen graves atropellos a los derechos de las personas. En los casos de delitos

comunes realizan interrogatorios de los presuntos responsables mediante torturas que en algunos casos llevan a la desaparición de personas. Los detenidos que recuperan su libertad son amedrentados y obligados a salir de la zona.

A partir del año 2000, la CEDHU registró un promedio de 56 denuncias en contra de miembros de dichas Juntas, sin considerar los casos difundidos frecuentemente por los medios de comunicación y los casos donde las personas afectadas o sus familiares que por temor a represalias permanecen escondidas sin denunciar los atropellos. De las denuncias registradas alrededor de 110 personas fueron víctimas de las Juntas de Defensa del Campesinado.

## Comisión de la Verdad

Un esfuerzo importante para combatir la impunidad en el Ecuador fue la creación de la Comisión de la Verdad por el gobierno de Rafael Correa.

La primera fuente de información acerca de los 25 años investigados, fue la voz y la palabra de las víctimas que rompieron la mordaza del miedo y decidieron dar sus testimonios. La Comisión también tuvo acceso a muchos documentos desclasificados de gran importancia de la policía, el ejército, inteligencia y de gobiernos extranjeros.

Durante el período 1984-2008, la Comisión pudo establecer que 456 personas en 118 casos fueron víctimas directas de privación ilegal de la libertad, tortura, violencia sexual, atentados contra el derechos a la vida, ejecución extrajudicial y desaparición forzada. La mayoría de estos casos han permanecido en la impunidad.

El informe presentado el 7 de junio de 2010 también incluye los nombres de 460 presuntos perpetradores, con distintos grados de implicación. 50% corresponde a oficiales y miembros activos y pasivos de la Policía Nacional; el 28% son miembros activos y pasivos de las tres Ramas de las Fuerzas Armadas; y el 22% restante son ex autoridades de distintos gobiernos, funcionarios o ex funcionarios judiciales y ex autoridades o agentes de Estados extranjeros.

El Informe Final no significa el término de un trabajo, sino que por el contrario es el inicio de un proceso que incluye la identificación, juzgamiento y sanción de los responsables, la reparación integral de las víctimas y las reformas legales e institucionales para prevenir la repetición de prácticas aberrantes.

La primera etapa de la judicialización de los 118 casos es responsabilidad de la Fiscalía, por cuanto es el titular de la acción penal pública, conforme la Constitución. Para el efecto se ha conformado una Unidad Especializada compuesta por doce fiscales quienes examinarán y llevarán a cabo la investigación de los casos relacionados con graves violaciones de derechos humanos.

La Comisión de la Verdad ha manifestado su disponibilidad para proveer cualquier información adicional que la Unidad requiera. De igual manera colaborará en la organización de talleres de capacitación con los mencionados fiscales, acerca de los derechos humanos y el derecho internacional en torno a temas como los principios de imprescriptibilidad establecidos en los tratados y jurisprudencia internacionales.

Con la finalidad de asegurar el seguimiento del Informe y el cumplimiento de sus recomendaciones, la Comisión de la Verdad presentó a la Asamblea Nacional, a través de su presidente, un proyecto de Ley de Víctimas. Esta Ley propone la creación de una unidad responsable de implementar un programa y mecanismos para superar la impunidad en todos los casos de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad. De igual manera vigilará el cumplimiento de las reformas institucionales requeridas y la reparación integral de las víctimas.

Tal es el desafío que tiene por delante la sociedad ecuatoriana en su conjunto.





# Cómo entender los procesos Constituyentes de los últimos años en la Región Andina

*Hernán Rivadeneira J.\**

## **Objetos perdidos**

El siglo veinte, que nació anunciando paz y justicia, murió bañado en sangre y dejó un mundo más injusto que el que había encontrado.

El siglo veintiuno, que también nació anunciando paz y justicia, está siguiendo los pasos del siglo anterior.

Allá en mi infancia, yo estaba convencido de que a la luna iba a parar todo lo que en la tierra se perdía.

Sin embargo, los astronautas no han encontrado sueños peligrosos, ni promesas traicionadas, ni esperanzas rotas.

Si no están en la luna, ¿dónde están?

¿Será que en la tierra no se perdieron?

¿Será que en la tierra se escondieron?

*Eduardo Galeano*

## Introducción

El investigador peruano John Murra (2002) afirma que los pueblos andinos, en el siglo XV, tenían características excepcionales: Se trataba de “gente de razón”, civilizada, con ciudades y centros de peregrinación, riego intensivo y estratificación social, administración centralizada e inmensos depósitos para almacenar las reservas para las épocas de necesidad. Nadie era “pobre” y no había hambre. Y algo fundamental: se establecieron procedimientos administrativos que permitieron el funcionamiento de un

---

\* Doctor en Jurisprudencia, Magister en Ciencias Jurídicas, Presidente de la AAJ Ecuador.

Estado en los Andes, el cual controlaba la vida económica y social con propósitos básicamente de bienestar.

Desde entonces, dadas las características de la colonización y dominación española, se imponen nuevas condiciones de convivencia social y política, se introducen prácticas feudales en el campo y vicios capitalistas en las poblaciones urbanas, a más de las sujeciones culturales (idioma, religión). El mundo andino se disloca en por lo menos seis países y se reproducen sistemas de explotación e inequidad social y económica, que perduran hasta la actualidad, pese a los procesos de independencia, de instauración de regímenes republicanos e incluso de algunas últimas propuestas, aún difusas, de cambio estructural.

En los dos siglos anteriores, luego de la emancipación, se han sucedido regímenes de orientaciones liberales y neoliberales, con concepciones de organización jurídica clásica (Estados de derecho), para luego evolucionar a los Estados democráticos y sociales de derecho en el siglo XX y a las novedosas opciones hacia los “Estados constitucionales de derechos”.

Hemos tenido casi tres décadas de gobiernos elegidos en las urnas, aunque con dificultades, dadas las continuas crisis políticas que han generado situaciones como las siguientes: desde 1978, catorce presidentes electos constitucionalmente tuvieron que abandonar el poder antes de finalizar su mandato.

La persistencia de la pobreza, indigencia y desigualdad –la peor distribución del ingreso del mundo–, la baja calidad, debilidad e ineficacia de las instituciones públicas y una ciudadanía con un deficiente disfrute efectivo de los derechos económicos y sociales, son cuatro de las causas principales que impiden un mejor desarrollo humano.

## Los nuevos paradigmas constitucionales

El mexicano Raúl Ávila Ortiz, cita al Profesor Luigi Ferrajoli, quien es parte del conjunto de tratadistas del denominado “neoconstitucionalismo”, para plantear que hemos evolucionado del denominado “Estado de legalidad”, que sería el clásico Estado de derecho, yo diría incluso del Estado social y democrático de derecho, el mismo que ya expresa un cambio

cualitativo, a un “Estado de constitucionalidad”, el cual desplaza elementos centrales propios de aquel anterior Estado de la época moderna que se encontraría en transición, en donde el concepto de ley no equivale al de derecho y este no excluye a la moral, la misma que se manifiesta en principios constitucionales; además, que las fuentes del derecho no se localizan únicamente en el orden jurídico nacional sino se internacionalizan por vía de la propia Constitución.

Este autor cita también a Raffaele de Giorgi (1998), discípulo de Niklas Luhman, quien señala que la Constitución se sitúa en la cúspide del ordenamiento social y no solo jurídico. Y otro asunto: el juez constitucional cambia su actitud pasiva y mecánica en activa, interpretativa y creadora. Otro tanto ocurre con el jurista que se dedica no tanto a describir y explicar sino a criticar, reconstruir y transformar el objeto de sus empeños.

Por su parte, el jurista, sociólogo y economista portugués, Boaventura de Souza Santos (2004, 2009), quien advierte que si la Constitución es la garantía jurídica de la democracia de los derechos, ahora debe hablarse de la democratización de los derechos y las garantías, y, más adelante, debe apreciarse la democracia constitucional, integral y contextual, es decir, la democracia de los principios y los derechos, procedimental, deliberativa y participativa, intercultural, equitativa e igualitaria.

Frente a estos criterios aparecen cuestionamientos importantes, como los de Juan García Amado (2010), quien afirma que ciertas concepciones de los neo constitucionalistas se ubican en un

elitismo populista: las élites académicas, sociales y jurídicas mantienen su preeminencia y su control sobre los resortes básicos del sistema jurídico a base de adueñarse de la interpretación constitucional y de aparentar que en la Constitución se encuentra el cimiento para la construcción de una sociedad al fin justa y equitativa, sociedad justa y equitativa que ellos, expertos en principios y en valores y armados con la herramienta de la más exquisita dogmática constitucional –a ser posible adquirida en el extranjero–, al fin van a traer al país y a los más menesterosos de sus conciudadanos.

Él advierte que los principales cultores de esta corriente que se ha puesto de moda provienen de concepciones autoritarias de antes de la Segunda Guerra Mundial, especialmente de la Alemania nazi y de la España franquista, lo cual es preocupante, pues se plantea reemplazar al positivis-

mo y al valor de la ley legitimada en la soberanía popular, con una especie de “principismo iusnaturalista”, en la negación de la discrecionalidad judicial y en “la fe en únicas respuestas correctas halladas en los estratos honrífimos de la ética jurídica, en justicias rancias y en dignidades pretéritas”.

En otro contexto, Víctor M. Álvarez, considera que no es cierto que las Constituciones sean simples categorías jurídicas, pues, con ellas se formula el destino de un país para un momento histórico, a través de la más legítima soberanía, la del pueblo.

La Constitución –dice– tiene su origen fundamentalmente en un acto eminentemente político: el ejercicio del Poder Constituyente, que no es otra cosa que un movimiento social con voluntad espontánea y viva de hacer.

“Las Constituciones no son nunca una mera formulación normativa sino una expresión de poder con carga histórica que plantea una propuesta de sociedad y de convivencia”.

## Algunos contenidos de las Constituciones de los países andinos

Si las Constituciones son el resultado de una propuesta colectiva en los campos político e institucional, no es extraño encontrar una serie de similitudes, en la medida en que las condiciones de desarrollo no son muy distintas. Y, en efecto, hay más afinidades que diferencias entre las cartas magnas del Ecuador, Perú, Venezuela, Colombia o Bolivia; que además han vivido procesos constitucionales en las últimas décadas.

A su vez, los diversos textos constitucionales de estos países recogen de alguna manera modelos implementados en otros países como Estados Unidos y España, refiere Agustín Grijalva, catedrático de la Universidad Simón Bolívar. Del primero (EUA), se tomaron figuras de diseño general como el presidencialismo. De la segunda (España), en cambio, la declaración de derechos fundamentales y su carácter reglamentario y exhaustivo, en donde también se habla de descentralización y autonomía.

Las cartas magnas andinas contienen algunas normas afines en cuanto a derechos ciudadanos: los llamados de primera generación (civiles

y políticos), los de segunda generación (sociales, económicos y culturales) y de tercera generación (colectivos, de ambiente y desarrollo); esto ocurre porque se han referido a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esta clasificación, sin embargo, está superándose de alguna manera, dado que por ejemplo en el caso ecuatoriano (Constitución de 2008) se ordenan los derechos y garantías mediante otros contextos: derechos de libertad, de participación, de protección, de la naturaleza, del buen vivir, etc.

Al referirse a las garantías, los textos incluyen figuras como el amparo, tutela o protección constitucional –para defender los derechos ciudadanos–, el hábeas data –recurso para proteger el derecho a la información– y el hábeas corpus –recurso para defender el derecho a la libertad–.

En el Ecuador, Perú y Colombia existe además la acción por incumplimiento, por la cual se exige a las autoridades la ejecución de actos contemplados en la ley y de sentencias ejecutoriadas.

Los códigos políticos de los países andinos, en general, mantienen el esquema de “Estados sociales de derecho”, entendiéndose como tales, aquellos en que los órganos del poder público se preocupan de que derechos como la salud, la educación o el trabajo y otros sean materialmente vividos en la sociedad, con la novedosa inclusión en la Carta Política de 2008 en el Ecuador de la caracterización del Estado como “constitucional de derechos y justicia”, a la que me referiré más adelante.

En Venezuela y Ecuador está normada la llamada inconstitucionalidad por omisión; o sea, el incumplimiento de la Constitución por parte de quienes no aplican las disposiciones legales y reglamentarias para el ejercicio de los derechos.

El principio de supremacía constitucional –o sea, que esta prevalece sobre cualquier otra norma legal– consta en todos los textos; de ahí que incluyan un procedimiento especial para reformar la Carta Política.

Las experiencias Constituyentes especialmente de Bolivia, Ecuador y Venezuela, como afirman varios expertos, se enmarcarían en una dinámica de cambio político para supuestamente dejar atrás la denominada “larga noche neoliberal”, protagonizada por los gobiernos autoritarios, derechistas y oligárquicos corruptos que se han sucedido en la historia –me refiero principalmente a Carlos Andrés Pérez, Pinochet, Fujimori, Mahuad, Gutiérrez, etc.–.

En los casos del Ecuador y Bolivia, el proceso constituyente estaba dirigido también a lograr una estabilidad política y así superar las diversas crisis políticas de los últimos años –desde 1997, el Ecuador ha elegido once presidentes distintos; y, en ese mismo período, Bolivia ha tenido cinco mandatarios–.

## Características del Estado

Cuatro de los cinco países de la Región Andina son Estados unitarios. Venezuela se declara Estado federal descentralizado, aunque en la práctica no lo es completamente, porque por ejemplo la administración de justicia y la tributaria están en manos del gobierno central. Bolivia, en la Constitución vigente de 2007, se define como Estado unitario, pero también plurinacional, como consta igualmente en la Constitución ecuatoriana de 2008.

El período de mandato de los presidentes es variable: en Ecuador y Colombia duran cuatro años; en Bolivia y Perú, cinco, y en Venezuela, seis.

Los mandatarios tienen capacidad legislativa a través de decretos, reglamentos y resoluciones. En Venezuela y Bolivia pueden suscribir tratados internacionales sin permiso del Congreso. En Venezuela existe la Ley Habilitante, que faculta a su gobernante a emitir decretos con fuerza de ley.

Bolivia y Colombia tienen parlamentos con dos cámaras, una con senadores y otra con diputados. Ecuador, Perú y Venezuela tienen una cámara. En el Ecuador y Venezuela se denominan Asambleas Nacionales.

Los congresistas son elegidos por votación popular. En Bolivia, Perú y Venezuela duran cinco años en funciones; en Ecuador y Colombia, cuatro.

En Perú, su mandato es irrevocable, no así en los otros países donde hay la figura de la revocatoria, que se aplica también a otras autoridades seccionales.

En todos los países, los parlamentos legislan e interpretan leyes, aprueban el presupuesto del Estado, proponen reformas a la Constitución, fiscalizan al Ejecutivo y declaran amnistía de los delitos políticos.

El sufragio es, según los textos constitucionales, la base del régimen democrático. Es obligatorio en cuatro de los cinco países de la región andina. En Colombia es facultativo.

Las Constituciones del Ecuador y Venezuela permiten la participación política y el voto de militares y policías.

En todas las normas constitucionales consta el referéndum o la consulta como mecanismo de control, participación ciudadana y de resolución de asuntos de interés nacional; en Ecuador, Colombia y Venezuela existe el referéndum revocatorio para desconocer el mandato de gobernantes.

En cuanto a las *poblaciones indígenas* es necesario indicar que el conjunto de reformas llevadas a cabo durante estas más de dos décadas de democracia, se observa una superación evidente de las formas dominantes coloniales, aunque, a pesar de la importancia de los avances legales e institucionales, algunas expresiones de discriminación a las personas y a los pueblos indígenas siguen vigentes.

A pesar de tales avances, la construcción de la interculturalidad es todavía un desafío complejo.

Los pueblos indígenas, sugiere un analista, deben contar con los instrumentos teóricos y medios prácticos para la defensa de sus derechos colectivos. Así mismo, estos derechos deben servir para promover las garantías individuales y sociales.

La identidad es el mecanismo empleado por los nuevos actores emergentes para contrarrestar la asimilación y la discriminación.

En cuanto a *la independencia de la Función Judicial*, esta no se refiere simplemente a una garantía constitucional, pues, la misma debe contrastarse con la realidad. Como señala un autor: “La lucha por la independencia de los jueces es la lucha contra la corrupción”.

Se constata que existe una relación directa entre falta de independencia de los jueces, corrupción del país y corrupción del sistema judicial.

Debemos entonces asumir como un “proyecto nacional” el fortalecimiento del Poder Judicial para lograr que este sea verdaderamente independiente, imparcial, justo, honesto, transparente y accesible, especialmente a los más pobres y necesitados, así como a otros grupos vulnerables. Para ello es necesario lograr acuerdos y proyectos nacionales que sean

transparentes y participativos, entre los actores políticos, los jueces y la propia sociedad civil.

Para la construcción y el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial es necesario trabajar además indicadores objetivos tales como: formas, mecanismos y criterios de nombramiento de los jueces; causales, procedimiento y autoridad encargada de las sanciones a los jueces; remuneración y personal judicial; el tema presupuestario; la carrera judicial: estabilidad y ascenso de los jueces; formación y entrenamiento judicial; contenido y número de decisiones frente al poder.

Las Constituciones y las leyes deben por tanto sentar bases claras para que se respeten y garanticen las obligaciones internacionales de los Estados relativas al derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva a sus derechos, a través de mecanismos rápidos, mediante jueces competentes, independientes e imparciales.

En esta tarea los organismos internacionales de derechos humanos y la sociedad civil juegan un papel fundamental como contralores sociales.

## La descentralización

Los modelos de descentralización de otras dimensiones, señala Carlos Ayala Corao, son difícilmente exportables a la Región Andina. También en Europa o Estados Unidos los procesos de descentralización tomaron mucho tiempo y tienen sus particularidades que los hacen únicos. Más bien se trata de tomar estas experiencias para abordar eficientemente los aspectos financieros y administrativos de un proceso de descentralización. Ceder poderes de un gobierno central a un gobierno local, es en primera instancia una tarea que depende de la voluntad política.

Un aspecto clave para la descentralización en la Región Andina es que los gobiernos locales tengan el potencial económico y humano de auto gestionarse. Si no se dan las condiciones mínimas de subsistencia en las regiones más pobres, la descentralización llevaría más bien a empobrecerlas más, en vez de ayudarlas a desarrollarse.

## La reforma política reciente

Un caso de simultaneidad propositiva se dio por ejemplo en la campaña presidencial boliviana de 2005. El entonces candidato indígena y de izquierda, Evo Morales, defendió como programa de gobierno la necesidad de “refundar Bolivia”. Parecido discurso fue utilizado coincidentemente justo un año después por el entonces candidato Rafael Correa Delgado, en el Ecuador.

Desde su llegada al poder, dice un observador, Evo Morales se ha concentrado en un amplio programa de remodelación de los poderes públicos en Bolivia, alternativa que si bien ha contado con un sólido apoyo popular, no ha estado exenta de fuertes presiones en su contra dentro y fuera del país.

## El singular proceso ecuatoriano

El académico ecuatoriano Julio Echeverría analiza los dos momentos del proceso Constituyente del Ecuador de 2008: el momento de la des-institucionalización y re-institucionalización. Interroga la legitimidad de los procedimientos de la Asamblea Constituyente y por lo tanto de sus resultados.

El proceso político en el Ecuador, al igual que en otros países de la Región Andina, se caracteriza actualmente por la dominancia de procesos Constituyentes, indica.

La Constitución de 1998, afirma el autor, presenta importantes avances al legislar sobre los derechos y su garantía pero no resuelve el problema de la representación; en dirección contraria, excluye a la representación política –a los partidos y al Congreso– de su responsabilidad en la construcción del proceso decisional, lo cual conduce, ya en sus efectos políticos, a agudizar la crisis de gobernabilidad.

En un artículo publicado en una revista de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, me refiero a que la Constitución de 1998, dada su orientación económica de rasgos neoliberales, permitía la privatización de las empresas, propiedades y bienes públicos, cambió el criterio de protección de los bienes

y recursos estratégicos, permitió la política de control fiscal para favorecer el pago de la deuda externa, priorizó el mercado y facilitó entonces el desmantelamiento o reducción del tamaño del Estado, aunque es conveniente sin embargo reconocer que en materia de derechos fundamentales, en cambio, aquella Constitución tuvo algunos avances importantes.

Se comenta también sobre la novedosa denominación de Estado constitucional de derechos y justicia, que se enmarcaría dentro de la clasificación de Estado de constitucionalidad, que propone superar al Estado de derecho clásico, o Estado de legalidad. A este respecto, es indispensable tomar en cuenta las argumentaciones de varios autores como Juan García Amado el cual critica a quienes desprecian la legalidad y piensan que las reformas sociales más justas y necesarias van a llegar desde el poder o por las nuevas orientaciones constitucionales.

Se introduce también los derechos de la naturaleza, en cuanto al respeto integral de su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

En la “Presentación” del número 75 de la revista *Ecuador Debate*, se dice:

en términos generales, la nueva Constitución ecuatoriana puede ser definida como un marco normativo que establece la primacía del Estado sobre el mercado en la medida en que asume un papel de intervención y regulación sobre la economía retomando el papel de la planificación que había sido abandonada como racionalidad estatal. Esta primacía está condicionada por el Buen Vivir como un principio ético que estructura las relaciones entre la sociedad, la naturaleza y el Estado.

La aplicación de las normas constitucionales de 2008 en estos dos años han levantado una serie de críticas respecto de las limitaciones legislativas de la Asamblea Nacional, frente a la capacidad del veto presidencial y los plazos para la tramitación de las leyes urgentes, lo cual ha permitido que varias leyes entren en vigencia sin la definición del voto parlamentario, por lo cual se advierte que existiría una concentración del poder en el Ejecutivo, en desmedro de las demás funciones del Estado, incluyendo el novedoso “quinto poder”, de control y participación ciudadana, que según muchos, suplanta el ejercicio de la soberanía popular.

La dinámica constituyente andina debe estudiarse tomando en cuenta también la experiencia venezolana de 1999, que proclama la necesidad de ampliar los espacios públicos de participación democrática, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la conformación de un sistema económico con énfasis en el aspecto social.

Ramiro Ávila Santamaría, considera que una de las características fundamentales de las Constituciones venezolana, boliviana y ecuatoriana es que “fueron hechas en asambleas constituyentes y además porque tenían legitimidad democrática de consultar a la gente. Antes las constituciones eran hechas por un grupo de ilustrados y juristas totalmente desvinculados de la realidad y profundamente relacionados con sus intereses particulares”.

De todas maneras, vale la pena sopesar este punto de vista con otros que advierten muchos vacíos, ambigüedades y hasta errores en la Carta Política ecuatoriana, que incluye por ejemplo una capacidad interpretativa de última instancia de la Corte Constitucional, aún fuera de los procedimientos regulares. En efecto, si bien la Corte Constitucional interpreta en última instancia a la Constitución, en realidad debe cumplir tal determinación al dictar sus fallos, como lo hacen los jueces y tribunales en las causas que tramitan, sin embargo, lo que ha ocurrido a raíz de la vigencia constitucional en octubre de 2008 es que la Corte considera que es posible su pronunciamiento interpretativo al margen del tratamiento de las acciones constitucionales de su competencia. El art. 436 de la Constitución de Montecristi establece que la Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, a través de sus dictámenes y sentencias, como es lógico, pero la Corte considera que puede hacerlo fuera de estos casos, lo cual sería extraño a lo previsto en aquella norma. En la Constitución de 1998 el tema estaba claro, pues, el Tribunal Constitucional de ese entonces resolvía en última instancia una interpretación constitucional al decidir la inconstitucionalidad de una norma legal o una ley.

Un error lamentable de los constituyentes consta en el numeral 16 del art. 326 del Código Político, en donde se despoja de los derechos laborales a los trabajadores que cumplen labores administrativas y profesionales en el sector público, lo cual es inédito en nuestra realidad. En otras palabras, se discrimina a quienes desempeñan tareas burocráticas importantes y a quienes han conseguido un título técnico o profesional

para servir de mejor manera a la patria. En aplicación de esta norma se ha calificado a los trabajadores públicos o como servidores sujetos al régimen civil administrativo o como obreros, amparados por el Código del Trabajo, para evitar que los primeros se organicen sindicalmente y negocien un contrato colectivo, con lo cual se violan los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

Al respecto, cabe un parangón: el profesor Pablo Andrade, de la Universidad Andina Simón Bolívar, en un diálogo sobre la coyuntura ecuatoriana con otros analistas, refiere que el desarrollo industrial de Corea del Sur se basó en gran medida en el control o desaparición de los sindicatos, porque un modelo desarrollista requiere como una tarea importante derrotarlos, pues, eso puede servir como un puente de alianza con los empresarios que necesitan algún tipo de inversión, algún tipo de Estado que les permita defenderse de la crisis económica. Lo que ha ocurrido estos últimos cuatro años en el Ecuador da cuenta de un afán de control social exagerado desde el poder público, para lo cual se han incrementado las medidas para desconocer los derechos de los trabajadores y sus organizaciones, e incluso con limitaciones a la asociación gremial profesional y otras medidas en contra de sectores sociales importantes.

## Conclusión

Es evidente que un cambio político debe tomar en cuenta la necesaria transformación de las estructuras socioeconómicas caducas y en permanente crisis. Lo que ha ocurrido en la Región Andina en los últimos años tiene visos progresistas, reformistas o desarrollistas que apuntan a una profundización pero que se encuentran en la primera fase propositiva, aunque todavía con graves contradicciones e inconsistencias.

Como señala José Sánchez Parga (2008), la actual coyuntura nos pone en presencia no solo de dos modelos de constitucionalismo sino sobre todo de dos concepciones del sistema político y de la misma formación de la sociedad nacional.

Si bien se han detectado varias similitudes entre los textos constitucionales de los países andinos, no podemos desconocer las diversas

orientaciones y formaciones económico sociales en cada uno de ellos. La inicial reforma política de los años noventa en Colombia, con importantes avances garantistas y de participación, en donde debe destacarse también la tarea de creación doctrinaria y de efectividad resolutoria de la Corte Constitucional, ha sufrido en los últimos años una incidencia de los grupos políticos tradicionales y oligárquicos, que han buscado mantener sus influencias en el poder público, con afectación notoria a los derechos ciudadanos. Más adelante se han producido los procesos en Venezuela, Bolivia y Ecuador, que, como se ha expresado, tienen características de avance legislativo, aunque con las naturales limitaciones que se han manifestado.

Los últimos procesos constituyentes en la región andina, de manera particular el ecuatoriano, están atravesados por las novedosas concepciones del denominado “neoconstitucionalismo”, con las implicaciones favorables y críticas que brevemente se han expuesto en esta ponencia. Lo importante me parece es no caer en fundamentalismos y creencias hacia un utópico cambio social a través de simples elaboraciones normativas, por más vanguardistas o de moda que parezcan. Se trata entonces de reconocer ciertos avances conceptuales, los mismos que deben tener una correspondencia en las realizaciones que beneficien a los sectores marginados y postergados de la sociedad.

Las referencias a los “pueblos originarios”, cuando se ha producido un mestizaje evidente y culturalmente apreciable, no tienen un sustento viable; así también sobre las propuestas “fundacionales”, que desconocen la rica trayectoria histórica y de lucha de nuestros pueblos, que buscan una salida a tanta desigualdad y atropello debido a las políticas neoliberales o de un capitalismo de Estado que deja intocadas las causas del subdesarrollo y la injusticia social latentes.

## Bibliografía

Ávila Ortiz, Raúl, “Estado constitucional y división de poderes: una referencia a la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *Ágora Política*, año I, No. 2, Quito, Ágora Democrática / IDEA Internacional, p. 8-18, junio, 2010.

Ayala Corao, Carlos, *La independencia de la justicia y los procesos Constituyentes en la Región Andina*, Talca, Universidad de Talca, 2008.

*Ecuador Debate*, No. 75, Quito, diciembre de 2008.

García Amado, Juan, “Prólogo”, en Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Guayaquil, Edilex, 2010.

Guim A., Mauricio, “La constitucionalización del sistema jurídico ecuatoriano”, en *Novedades Jurídicas*, año VII, No. 50, Quito, Edic. Legales, p.16-22, agosto 2010.

Murra, John V., *El mundo andino. Población, medio ambiente y economía*, Lima, IEP / PLIC del Perú, 2002.

Rivadeneira Játiva, Hernán: “Proceso y contenido de la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *Ciencias Jurídicas, Revista de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión*, época II, No. 3, Quito, p. 27-39, 2010.



# Colombia, país en observación: propuestas por la dignificación de la justicia y la abogacía

*Ernesto Amezcuita\**

## Introducción

Advirtiendo sobre la gran diferencia conceptual y política existente entre el Estado, la nación y el pueblo de Colombia, queremos desarrollar en esta ponencia la necesidad de la ubicación de serios centros de estudio en el propio país y en el resto de naciones del continente, por parte de las fuerzas democráticas y de avanzada, en torno a la realidad y la dinámica de las políticas del actual gobierno y del Estado colombiano.

“La puerta a Iberoamérica”, “la Atenas sudamericana”, o “la piedra angular de América”, son algunos de los nombres con que se suele llamar a esta nación; la pueblan 45 millones de habitantes, cerca de 10 millones de los cuales, por diversas causas, nos encontramos en el exterior; posee una extensión de 1'140.000 km<sup>2</sup>, con una estructura jurídico-constitucional de Estado social de derecho según la Constituyente del año 1991, y con un gobierno presidencialista, de democracia representativa, que se expresa a través de un sistema bicameral.

En el campo social, representa niveles de pobreza absoluta cercanos al 40%, es el segundo país en el mundo en materia de desplazamientos forzados: cinco millones de personas en los últimos años. Con una deuda externa de las más altas del continente –superior a US \$ 54.000 millones–, el desempleo supera el 18% y la guerra interna se llevará para 2011 según el nuevo presupuesto, cerca de US \$ 11.900 millones, del presupuesto nacional, mientras que la educación se restringe cada día más. Los niveles de

---

\* Vicepresidente de la Rama Venezolana de la AAJ.

pobreza alcanzan ya el 64%, existiendo la cifra alarmante de ocho millones de indigentes.

Los últimos doce años de gobiernos han sido los más marcados por la agudización de la guerra auspiciada por las clases dominantes y la descarada presencia consentida de tropas mercenarias, armas e inteligencia imperialistas, fascistas y de la más alta tecnología, so pretexto de combatir al narcotráfico y al terrorismo.

No quiere decir lo anterior que no existiesen antes de estos últimos doce lustros, conflictos armados entre grupos opuestos a la política estatal, fuerzas sociales y movimientos populares, sino que, a partir de la aprobación en el año de 1999 –durante el gobierno conservador de Pastrana– de la firma del Plan Colombia, que fue la legitimación de la intervención norteamericana en territorio colombiano, y con la política de tierra arrasada llamada Seguridad Democrática –que desarrolló en profundidad el saliente gobierno de Álvaro Uribe Vélez–, se ha acentuado más la invasión político militar extranjera y los desastres inhumanos de una guerra fratricida y sanguinaria contra la población civil en general, que los gobiernos han querido desconocer permanentemente pero que no han podido ocultar, dados sus efectos colaterales y su monstruosidad, ante la faz de la comunidad internacional.

Con anterioridad al asesinato del líder popular Jorge Eliecer Gaitán en el año 1948, la lucha por el poder económico y político desde los albores de la independencia han sido constantes y violentos. La propias fuerzas del movimiento de los comuneros orientados por José Antonio Galán, dejaron una estela de sangrientos asesinatos y descuartizamientos a lo largo y ancho de los santanderes y del país. La Guerra de los Mil Días, culminada en 1903 con la entrega de Panamá, el acrecentamiento del poder conservador y la derrota del Partido Liberal, sentó las bases para la posterior creación del Frente Nacional que permitió la alternación en el poder de liberales y conservadores, lo cual fue nefasto para la democracia y el pueblo de Colombia.

Desde comienzos de la década del 60 surgieron grupos populares armados, de autodefensas campesinas, contra los atropellos de las fuerzas militares del Estado, algunos de los cuales, luego se convertirían en movimientos insurgentes armados encontrándose que algunos hoy, tienen ex-

presión en diversas regiones de la geografía nacional tales como las FARC, el ELN, el EPL, Quintín Lame (movimiento indígena armado), el M 19 y otros de menor reconocimiento.

Por su parte, el Estado, los terratenientes, la burguesía agrícola-ganadera, empresarial y financiera, han creado sus propias fuerzas paraestatales tales como: los chulavitas, el Muerte A Secuestradores (MAS), las Auto-defensas Campesinas (AUC) –grupos paramilitares– y, ahora las Águilas Negras, entre otras, que continúan asolando los campos y ciudades en el momento actual.

## Crisis del Estado social de derecho

Aun cuando la Constitución nacional de 1991 dice otra cosa, han sido los políticos de la derecha y los grandes grupos de poder económico, quienes han impuesto sus requerimientos y ambiciones a los paradigmas contenidos en su normatividad jurídica, así como a los amplios sectores populares.

El neoliberalismo y el capitalismo salvaje han caracterizado en la práctica los programas gubernamentales en los cuales lo social y humano ha sido paulatinamente excluido.

Las instituciones jurídicas han jugado un papel como superestructuras dinámicas politizadas, casi siempre favoreciendo la propiedad privada y el imperio del más fuerte en su esencia.

Fue evidente que a partir de la reforma de 1991 con la creación de la Corte Constitucional, la Fiscalía, la Defensoría del Pueblo, la acción de tutela, y el fortalecimiento de algunos organismos de control, cambió un poco el panorama; pero sistemáticamente se empezó desde el propio Estado una feroz campaña contra los avances constitucionales y de política exterior para modificar algunas conquistas que favorecían los sectores más desprotegidos y que nos acercaba a una democracia moderna participativa. Los partidos de gobierno trataron de penetrar las altas cortes y de acabar en la práctica la división tripartita del poder, lo cual se expresó palmariamente en las cámaras legislativas, las cuales fueron dominadas en su integridad por el Ejecutivo, con decorosas y altivas expresiones de dignidad de

importantes sectores democráticos organizados en el Polo Democrático, el Partido Comunista y MOIR, e individualidades conscientes del Partido Liberal, como la destacada senadora Piedad Córdoba, entre otros.

Desapariciones selectivas –que ascienden a cerca de 15.000 personas en la actualidad–, ejecuciones extrajudiciales, espionaje telefónico y personal –conocido como chuzadas–, desplazamientos forzados, atentados, ahora respaldados en las supuestas víctimas de los grupos insurgentes que quieren cobrarle a los defensores de los derechos humanos y sus abogados, como la reciente marcha amenazante llevada a cabo contra la corporación Colectivo de Abogados José Alvear en Bogotá la semana pasada.

Como se observa diáfananamente, en tales condiciones, ese tipo de Estado que el anterior gobierno llamaba “Estado de opinión”, ni es social ni es de derecho.

## **El gobierno de Colombia cambió, pero el establecimiento y sus políticas continúan incólumes, con diferente estilo y nombre**

Para los defensores de derechos humanos, amantes de la paz y la verdadera democracia, es claro que en tanto y cuanto se trata de planes estratégicos de una nueva etapa del neoliberalismo, las multinacionales y la oligarquía colombiana; los programas del gobierno uribista aún subsisten. A tal personaje, no solo lo vemos impune e irónicamente en la Universidad de Georgetown, en la ONU tratando de esclarecer la ya clara masacre y asalto de piratería contra la caravana humanitaria que se dirigía al pueblo Palestino, o pretendiendo desprestigiar el avance Bolivariano en Venezuela; sino que sus programas de: 1. guerra estratégica, 2. Plan Colombia y Patriota, 3. “seguridad democrática”, 4. siete bases militares invasoras, que no solo atentan contra la seguridad y estabilidad de la región, sino que pretenden ante todo consolidar el statu quo de los privilegios y la desigualdad en Colombia, de paso, su trasfondo es la legitimación de las nuevas inversiones multinacionales en nuestras minas, recursos naturales

y en nuestra economía dependiente-neocolonial, y 5. el narco-paramilitarismo, entre otros; continúan intactos.

Ello es necesario advertirlo y tenerlo presente para que no hayan equívocos, frente a la comunidad internacional, dadas las graves consecuencias del devenir histórico-político.

Prueba evidente de lo anterior, en materia de crímenes de Estado, son los asesinatos a dirigentes indígenas, campesinos, la persecución a periodistas independientes como el caso de William Para, contra quien se acaba de ordenar una captura por su actitud crítica al sistema, disque por presuntos vínculos con el movimiento guerrillero. En Colombia, “quien no esta conmigo está contra mi y por tanto es terrorista”, era el mensaje permanentemente expresado por el anterior “reyezuelo” que nos gobernaba.

## Concretas expresiones de violación a los derechos humanos y al derecho internacional

Son evidentes atentados al derecho internacional como los recientes bombardeos contra fuerzas insurgentes en territorio ecuatoriano, con lo cual se violó no solo el espacio y territorio de un país hermano, sino se cometió una masacre ante la faz del mundo; las amenazas al pueblo y gobierno venezolanos, la utilización de instrumentos Internacionales en la OEA, ONU, UNASUR, etc., para convertirlas en tribunas de justificación de una política agresora y guerrillerista, propia de un gobernante soberbio que solo cree en su política de tierra arrasada y en los dictámenes de las multinacionales imperiales.

En lo endógeno, continúan a diario en Colombia los atentados a líderes populares y de la izquierda democrática, el espionaje, el destierro de poblaciones enteras aborígenes y mestizas, el acrecentamiento y accionar de escuadrones de la muerte y grupos paramilitares, la persecución a defensores de los derechos humanos y a los abogados representantes de líderes y causas sociales, igual que las ofensivas de guerra en zonas rurales, campesinas e indígenas. En síntesis, lo social y humano continúa en último plano, mientras que lo económico, militar, la politiquería, las vías de

hecho de los poderosos, y la vulneración a las garantías constitucionales y legales amparadas por el derecho nacional e internacional, representan el día a día de la inmensa mayoría de la población.

En tales condiciones, es muy poco favorable lo que podemos esperar los colombianos y los países vecinos, en esta nueva etapa gubernamental, si una gran cruzada nacional e internacional no se levanta vigorosamente ante esta aplanadora antidemocrática, oligárquica y guerrerrista.

En consecuencia, la estabilidad, la paz y la seguridad de la región, igual que el paradigma de la solución política, pacifista y dialogada de los conflictos, como las vías del derecho endógeno y exógeno, quedarían en situación de delicada inverosimilitud.

## Por la significación de la justicia y la abogacía

Permítame presentar a vuestra consideración los siguientes criterios:

1. Los abogados, como columna vertebral del Estado de derecho, tenemos que salir vigorosamente; en primer lugar, en defensa de nuestra propia condición profesional en Colombia y el resto del continente, fortaleciendo la sólida Organización Unitaria Continental Programática. Promoviendo también la colegiación social y obligatoria en los países donde aún no existe.
2. No podemos concebir, ni mucho menos aceptar la prevalencia e intromisión prepotente del Poder Ejecutivo sobre la rama judicial o la violación a la independencia autónoma de las otras dos ramas del poder público de origen democrático republicano. Como pudimos observarlo recientemente en Colombia.
3. Debemos combatir la estigmatización y desprestigio promovido contra los togados, los defensores de derechos humanos, luchadores por la paz y la no violencia.
4. Desenmascarar a nivel internacional la nefasta tendencia que se está abriendo camino en Latinoamérica de criminalizar el ejercicio profesional. Confundiendo al defensor con la causa del imputado que el defiende. Lo cual viola taxativamente los principios básicos sobre la función de los abogados aprobados en el VIII Congreso de las

Naciones Unidas (ONU), sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, el 27 de agosto de 1990, que entre otros aspectos, expresamente declaró: “los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones”.

5. Son enemigos del derecho penal democrático, moderno y humanista: el peligrosismo, el subjetivismo, la visión carcelera, el desconocimiento de la presunción de inocencia que debe ser tenida en cuenta desde el inicio hasta la culminación del proceso, la morosidad, la politización de la justicia y todas aquellas expresiones contrarias al garantismo penal, que vienen promoviendo algunos anacrónicos representantes del Ministerio Público y las Fiscalías en la mayoría de los países del área. A ellos también hay que enjuiciarlos.
6. La violación de los términos procesales, que muchos jueces y fiscales practican, son un atentado contra el proceso mismo y el sagrado derecho a la libertad de los cientos de miles de seres humanos, que padecen en las cárceles del continente. Ello además debe ser invocado de inmediato como causal para sanción disciplinaria y su reincidencia por tres veces en el año, razón suficiente para destitución fulminante.
7. Hay que exigir y puntualizar que en todo sistema acusatorio verdadero o moderno, jamás la posición de la fiscalía puede ser solo acusar, sino ante todo investigar. Cosa que lamentablemente se viene agenciando en nuestros tribunales y sistemas judiciales mal llamados acusatorios.
8. Debemos estudiar a fondo, para la solución pacífica y en derecho de nuestros conflictos regionales, la creación de un nuevo derecho social y humano, al igual que de una corte continental o tribunal de justicia latinoamericano, que proscriba para siempre la guerra, la agresión a países hermanos, y promueva la cultura de la paz y la coexistencia pacífica de nuestros pueblos, por encima de cualquier directriz multinacional o imperial.
9. Hay que formalizar la integración judicial de nuestras cortes y tribunales con el objeto de avanzar en la interpretación y desarrollo de las teorías científicas modernas que fortalezcan la seguridad jurídica, unifique la jurisprudencia progresista e impulse el avance democrático de nuestras naciones.

10. De la misma manera, los juristas del continente y el mundo, estamos en el deber de levantar un gigantesco plebiscito en respaldo a las actuaciones de jueces, fiscales, procuradores y funcionarios valientes que enfrenten a las tiranías, los abusos, y la opresión, ubicándose con ello del lado de la justicia, los derechos humanos, la paz, las fuerzas renovadoras y nuestros propios pueblos.
11. La globalización ha traído consigo una inconmensurable movilidad de amplios sectores de población migrante a quienes les son desconocidas las elementales convenciones internacionales sobre los derechos de los migrantes, por los cuales debemos exigir la incorporación de sus garantías protectoras, como ejemplarmente lo ha hecho la república del Ecuador al promover además un retorno digno, productivo, decoroso y humanitario.

Finalmente: insistimos en la necesidad de crear, antes de que sea tarde, o como dijera Gaitán, “tengamos que llorar como cobardes lo que como demócratas no fuimos capaces de evitar”; en todos los países centros de estudio, observación y análisis permanentes sobre la evolución de la realidad colombiana, la persecución a los profesionales del derecho en ejercicio, y defensores de derechos humanos, para que impidamos que a esta nación la sigan convirtiendo en el Caín de América, o en el Israel sudamericano.

Colombia no es lo que quieren hacer de ella los malos hijos de la Patria.



# Del Poder Constituyente en Chile

*Graciela Álvarez R.\**

## La Constitución de 1980

### Su origen

Su antecedente histórico es el golpe militar de 11 de septiembre de 1973. La Junta Militar asume el Poder Constituyente. El golpe de Estado de septiembre de 1973 fue una ruptura violenta del régimen democrático. Su base teórica, la Doctrina de la Seguridad Nacional, se dio en el contexto de la guerra fría: la guerra entre el llamado mundo libre y los partidarios del comunismo, guerra permanente que no habría de terminar sino hasta que se aniquilara al enemigo interno. Para ganar esta guerra las democracias no sirven, son débiles, hay que extirpar a los gobiernos democráticos, eliminar a los opositores, especialmente a los partidos de izquierda. El uso de la fuerza era indispensable: encarcelar, exiliar, destruir el poder civil emanado del ejercicio de la soberanía popular, disolver las organizaciones sociales, los sindicatos, conculcar los derechos humanos. Pinochet era el destinado a cambiar Chile, el ejecutor implacable de la nueva política, rectificando los errores de otras dictaduras y corrigiendo sus fallas, para implantar un régimen autoritario, un régimen de concentración del poder y personalizado en sus manos. Las Fuerzas Armadas actuaban como un verdadero partido político que tomó el poder reemplazando a los civiles; los cuerpos de generales tomaban las decisiones.

---

\* Presidenta de la Rama Chilena de la AAJ.

## Actas constitucionales

Desde un inicio, el régimen militar se preocupó de dar una apariencia de legalidad que justificara el uso de la fuerza en el asalto al poder, y trató de limpiar su imagen golpista elaborando una pseudolegalidad. A partir de la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile” de marzo de 1974, antecedida por la “Declaración de 11 Puntos” emitida el mismo 11 de septiembre de 1973, y el documento denominado “Objetivo Nacional del Gobierno de Chile”, de 23 de diciembre de 1975, y la dictación de las actas constitucionales, se va conformando una pseudo legalidad que ha de culminar en el proceso de aprobación de la Constitución del 80. En ella, el concepto del bien común se subordina al principio de la subsidiariedad del Estado, en el sentido de disminuir sus potestades para asegurar una sociedad auténticamente libertaria, en que el derecho de la propiedad privada y de la libre iniciativa en el campo económico son fundamentales, reduciendo al mínimo el rol planificador del Estado. Para lograr todo esto, es indispensable “la existencia de un gobierno autoritario, que destierre el pragmatismo de las ideologías”. Los derechos humanos se reconocen teóricamente porque según cita el Párrafo Tercero número Quinto, “un orden jurídico respetuoso de los derechos humanos es el marco para el actual gobierno”. Pero al mismo tiempo se señala,

la necesidad de discrepar debe tener límites [...] y la actitud de rechazar absolutamente y destruir a quienes difieran porque Chile no es neutral frente al marxismo [...] Para la futura institucionalidad, el Gobierno y las Fuerzas Armadas han asumido la histórica tarea de recoger los profundos cambios que la época contemporánea ha ido produciendo. Puntos capitales de esta nueva institucionalidad deberán ser la descentralización del poder, el avance a una sociedad tecnificada, en la cual será asegurada la independencia y despolitización de todas las sociedades intermedias.

En el recuento de ideas que se consolidarán en la Constitución del 80 destacan las referidas al desarrollo económico, para el que se requieren inversiones extranjeras, el desarrollo de la minería, la agricultura y la industrialización abiertas al capital extranjero. En definitiva, es la privatización de las áreas fundamentales de la economía, quedando alejadas del control ciudadano en perjuicio del Estado.

## Preparación de la Constitución de 1980

La Junta de Gobierno designa una Comisión encargada de elaborar un anteproyecto constitucional mediante Decreto Supremo 1064 de 25 de octubre de 1973, con el propósito de “reconstituir, renovar y perfeccionar la institucionalidad fundamental de la República para la cabal consecución de los postulados enunciados en el Acta de Constitución de la Junta”. Después de múltiples sesiones y revisiones, se emitió un informe en consulta a Pinochet y al Consejo de Defensa del Estado. En definitiva, fue este Consejo quien aprobó dicho informe el 1 de julio de 1980, siendo despachado por la Junta mediante el mecanismo de Decretos Leyes números 527 y 991. Por Decreto Ley 3465 de 1980 se convocó a un Plebiscito para la aprobación del texto por la ciudadanía, el día 8 de agosto de 1980. El Plebiscito sería el 11 de septiembre del mismo año. La ciudadanía debía votar por las alternativas SÍ o No, en mesas receptoras de sufragios correspondientes a las municipalidades. El Plebiscito pretendió dar una base de legitimidad al texto constitucional, pero sus vicios fueron de tal magnitud y gravedad que sigue siendo insostenible la tesis de su legitimidad. Fue un proceso plebiscitario sin registros electorales, realizado bajo estado de excepción, con graves limitaciones al ejercicio de los derechos básicos, sin partidos políticos ni libertad de información. El control del proceso plebiscitario estuvo en manos de la autoridad administrativa y el escrutinio de la votación en manos de personeros de gobierno. Su texto fue aprobado en forma casi secreta. Los opositores no pudieron realizar ningún acto público, salvo uno a puerta cerrada en el teatro Caupolicán de Santiago. Numerosas denuncias de fraude fueron desestimadas y no investigadas. Estas se refirieron tanto a los procedimientos de la aprobación, como al contenido del texto y al número de electores participantes. Entre las denuncias más trascendentes está la de la Iglesia Católica y el Grupo de los 24 –la primera, del 23 de agosto de 1983, declaraba que se requería que ambos, procedimiento y texto, fueran expresión auténtica del sentir nacional, y denunciaba la falta de garantías suficientes de información, libertad y secreto para la emisión del voto, la ausencia de corrección en todas sus etapas y desconocimiento del valor jurídico y de las consecuencias del texto que se votaba-. Además, se denunció la falta de alternativas a la consulta. Estas declaraciones siguen vigentes en el juicio que la sociedad

chilena se ha ido imponiendo hasta hoy, respecto a la ilegitimidad de la Constitución del 80. Importante fue la opinión fundada del Grupo de los 24, integrado por altas personalidades de la vida nacional, juristas, ex parlamentarios, que expresó duros reparos al texto de la Constitución y elaboró las bases de un orden constitucional alternativo. No se admiten pues dudas respecto al origen ilegítimo de la Constitución del 80. El más grave de todos estos reparos indica que el principio de la soberanía nacional, que reside en el pueblo, fue violentado y suprimido.

La Constitución, calificada de “camisa de fuerza” por los sectores democráticos de oposición, recogió las reglas impuestas por Pinochet en el Articulado de las dos Constituciones que contenía el texto. El primero, la Constitución para el Período Transitorio, que duraba desde marzo de 1981 hasta marzo de 1989, constaba de 29 artículos transitorios. El segundo texto contenía 120 artículos permanentes, a regir por un período indefinido. Ambos textos, desligados uno de otro, para los períodos de la transición de la dictadura “pura” a la democracia “restringida”, pretendían prolongar el poder de Pinochet y su régimen autoritario durante el mayor tiempo posible.

Los criterios más graves están contenidos en el art. 24 Transitorio, que entrega al dictador, mediante Decreto Supremo, la facultad de decidir graves medidas de restricción de los derechos de las personas, como el de libre circulación, derecho de reunión, ingreso y expulsión del territorio nacional, relegación de personas –bajo estado de excepción– sin recurso alguno. Otro aspecto relevante se refiere a reemplazar órganos importantes por personas de la confianza del dictador, por ejemplo, el senado por el Consejo de Estado; el Tribunal Constitucional. Ningún plazo para la dictación de leyes políticas. Los procedimientos de reforma solo requieren la unanimidad de los miembros de la Junta para cambiar cualquier artículo de la Constitución.

El art. 8 Transitorio establece la inamovilidad de los cuatro comandantes en jefe a contar de marzo de 1989, lo que permite que el dictador siga ejerciendo la calidad de: senador vitalicio, comandante en jefe del ejército y miembro del Consejo de Seguridad Nacional.

Las normas transitorias de la Constitución del 80 se proyectan en el Articulado de las disposiciones permanentes, que originan la llamada “democracia protegida”, cuyas características principales son:

- Restricciones al pluralismo ideológico –rechazo a la libertad de pensamiento y exclusión de ideas políticas, consagrado en el art. 8–.
- Existencia de cuerpos fiscalizadores no elegidos por el pueblo ciudadano que actúan por encima de las autoridades del Estado, como el Consejo de Seguridad Nacional, controlado por las Fuerzas Armadas y sujeto a la lógica de la seguridad nacional, con atribuciones permanentes de fiscalización; y el Tribunal Constitucional, encargado de velar por la pureza del pensamiento político, que restringe las facultades y atribuciones básicas del Congreso Nacional con el injerto antidemocrático de los miembros designados vitalicios.
- Se establecen mecanismos de reformas para cambiar la Constitución que la hacen prácticamente inmodificable.

## Reformas a la Constitución de 1980

Durante los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia, desde 1990 a 2007, se dictaron alrededor de veinte leyes modificatorias, algunas de fondo, para restaurar parte importante de la democracia. Estas reformas son insuficientes porque no se ha rescatado el ejercicio pleno de la soberanía, en el sentido de romper con una normativa que facilita reformas solo para introducir el modelo de acumulación del libre mercado, organizando a la sociedad bajo el sistema del neoliberalismo. Se mantiene el rol subsidiario del Estado, la fragmentación y atomización social, se anula la demanda colectiva. Esta política abarca el sistema político, el derecho a propiedad, de negociación colectiva, de seguridad social y la sindicalización, el derecho y dominio del Estado sobre las riquezas naturales a favor de monopolios y empresas transnacionales, mediante sistema de concesiones.

Pero lo más grave es la mantención del sistema electoral llamado binominal. Este sistema, regulado por la Ley 18.700 Sobre Votaciones Populares y Escrutinios, determina que por cada distrito o circunscripción electoral se eligen en forma indirecta dos senadores y diputados. El sistema priva del derecho a elegir y ser elegidos a los dirigentes sindicales y excluye a los dirigentes políticos de partidos de izquierda.

## Rescate de la soberanía nacional

Han transcurrido veinte años desde el término formal de la dictadura y el inicio de los gobiernos de la Concertación. No obstante, se mantiene la Constitución de 1980, pese a las más de ochenta modificaciones efectuadas durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos que, incluso, reemplazó con su firma la del dictador. La necesidad de su reemplazo no es solo un tema de decisión política, sino también de concientización de la sociedad en su conjunto. Fundamental resulta que esta toma de conciencia pueda traducirse en una decisión política que se oriente a una movilización ciudadana para rescatar el derecho de soberanía.

En la historia constitucional de Chile todas las Cartas Fundamentales (Constituciones) han sido redactadas por comisiones de expertos, elegidos por la élite que controlaba el poder. Es así como después de las guerras de la independencia se consolida la organización de la República en la Constitución de 1833, dictada bajo el gobierno autoritario de José Joaquín Pérez y Diego Portales, y rige en el país hasta 1924, en que los movimientos sociales por un nuevo orden comienzan a organizarse. En la primera mitad del siglo XX se verifica en Chile un importante desarrollo de la asociatividad ciudadana, que determina que la reforma de la Constitución es una necesidad social. En esa época se multiplican fundaciones filantrópicas, federaciones, asociaciones y ligas de acción cívica, organizaciones literarias y religiosas, que junto al peso de la opinión pública se convirtieron en un poder cívico transversal, en que la voz de la ciudadanía se juega por entero planteando un mensaje de cambio, y en el cual destaca el movimiento popular mutualista, que era el más caudaloso y radical. La polifónica voz ciudadana denuncia la decadencia económica de la oligarquía, la corrupción parlamentaria, la miseria de los conventillos y converge en la decisión de reformar el Estado de 1833 y de construir, desde la base misma, otro diametralmente distinto. Los problemas que aglutinan a este movimiento son, principalmente, los de la subsistencia, en relación con la espiral inflacionaria de la época. A las huelgas económicas de los gremios, después de la Primera Guerra Mundial, se agrega el tema de la organización de comicios públicos con demandas económicas y políticas, entre las que destaca la necesidad de reforzar el derecho soberano del pueblo a deliberar en asambleas públicas y a reivindicar su soberanía tendente a resolver los problemas de la economía, de la subsis-

tencia y la participación efectiva en una democracia social. El recientemente creado Comité por el Comicio Público se denomina Asamblea Obrera de Alimentación Nacional (AOAN), compuesta por representantes de todos los gremios, incluida la FOCH y la FECH, más sociedades del magisterio y femeninas. Llega a tener no menos de 500 a 660 mil trabajadores, aproximadamente el 50 o 70% de la población activa –la población total era de tres millones setecientos mil en 1923–. Este movimiento es el más importante de los movimientos ciudadanos en toda la historia de Chile, que incluso derivó en la preparación de la Asamblea Popular Constituyente, para actualizar el proyecto político a fines de 1925, y que retoma la idea de una Asamblea Nacional Constituyente y de definir un proyecto constitucional que signifique el ejercicio de la soberanía. Esta asamblea realiza un proceso de organización y comicios masivos para deliberar sobre proyectos constituyentes. Lamentablemente, los manejos políticos del presidente Alessandri frustran la iniciativa y acaba designando, finalmente, una reducida comisión de honorables que elabora la Constitución de 1925, modificando la de 1833.

## Conclusiones

Para que Chile tenga una verdadera democracia hay que cambiar totalmente la Constitución del 80. Se debe rescatar el derecho a la soberanía de todos los ciudadanos, sin exclusiones de ningún tipo, reivindicando el derecho de los dirigentes sindicales de ser elegidos en el parlamento, el derecho a voto de los chilenos residentes en el exterior, la inscripción obligatoria en los registros electorales y el voto voluntario. Se debe restablecer el derecho del pueblo, que es el titular de la soberanía, a su ejercicio pleno.

En pleno siglo XXI, Chile necesita romper con las ataduras autoritarias y en especial con la imposición de los valores de la sociedad de mercado. Chile debe construir una sociedad libre, participativa, sin exclusiones, en la que no se violen los derechos humanos y se reconozca el derecho constitucional de los pueblos originarios, se proteja y defienda el medio ambiente, se reconozca el derecho de las consultas plebiscitarias, la revocabilidad de los mandatos, lo que permitirá ampliar la democracia y hacerla surgir de la voluntad libre y soberana del pueblo, mediante una Asamblea Constituyente que apruebe una nueva Constitución para Chile.





# Cambios de paradigma en el desarrollo constitucional del Ecuador

*Julio Echeverría\**

## Introducción

El constitucionalismo moderno se nutre de dos grandes tendencias o construcciones semánticas en las cuales la Constitución aparece o como instrumento de defensa de los derechos o como instrumento de realización de los mismos; esta diferenciación define las dos caras del constitucionalismo moderno, su cara minimalista y su cara constructivista; dos versiones que pueden aparecer como posturas alternativas que incluso pueden llegar a enfrentarse.

En el un caso, la matriz es la anglosajona del liberalismo clásico donde la ley expresa la realidad de un consenso o razón jurídica *common law* derivada del *common sense*; una razón jurídica que se perfecciona mediante la deliberación y la jurisprudencia de las cortes y del parlamento, pero su paradigma central tiene que ver con la defensa de los derechos fundamentales frente al poder político y expresa la reivindicación moderna del derecho del pueblo frente al absolutismo político y a su concentración y centralización del poder.

La otra matriz o tradición jurídica es aquella de ascendencia romana, del *derecho justiniano* que deriva hacia las grandes codificaciones y hacia el positivismo jurídico; una tradición que se realiza conjuntamente con el desarrollo del Estado administrativo o burocrático y que tiene su expresión más sólida en la teoría del *Rechtsstaat* de derivación kantiana; su versión contemporánea aparece como aquella que realiza en la Constitución

---

\* Académico ecuatoriano.

los principios y alcances del llamado *welfare state* o Estado de bienestar y finalmente su nueva versión como Estado constitucional de derechos.

En la historia última conviven estas dos tradiciones y es desde estas que planteo ahora observar el proceso Constituyente en el Ecuador.

## Los momentos de la transformación constitucional

La historia política última del Ecuador registra tres grandes eventos de definición constitucional. El primero, acontece en 1978 y coincide con el llamado “retorno a la democracia”, en el cual se dio la aprobación vía referéndum de una nueva Carta Constitucional, la número 17 en la historia republicana del país. Veinte años después, otra Asamblea Constituyente redacta una nueva Constitución. El tercer evento de definición constitucional toma cuerpo a partir de la consulta popular del 15 de abril de 2007, el cual concluye con la elaboración de la llamada Constitución de Montecristi. Estamos por tanto frente a un proceso Constituyente de mediano y largo alcance.

### La Constitución de 1978

Sanciona el llamado “retorno a la democracia” y define un modelo de sistema político inspirado en el paradigma de un “Estado de bienestar” con fuerte orientación intervencionista y redistribuidora. Un paradigma que se volvió contradictorio con las tendencias de ajuste neoliberal que se implementaron en la región durante los años 80 y 90 del siglo pasado; el resultado de este desacoplamiento entre la dimensión constitucional y el proceso político, tuvo serias consecuencias en el bloqueo político y en las recurrentes crisis de gobernabilidad que el país soportó durante estas dos décadas.

Durante los años 90 emergen dos posturas que establecen serios cuestionamientos a ese paradigma constitucional. Un amplio movimiento social de impugnación a la institucionalidad del sistema político liderado

por el movimiento indígena y por otros actores como las mujeres y los ecologistas. Una segunda línea más que de impugnación, de adecuación a las condiciones de crisis de la representación y que se presenta bajo el fenómeno de la antipolítica, que aparece como fenómeno de desconfianza hacia la representación (partidos y congreso), y es impulsada por los mismos actores de la representación; en lugar de proceder a la transformación de su forma de “hacer política” —centrada en el uso interesado de la institucionalidad política para satisfacer intereses corporativos o de grupo—, y frente a su desprestigio creciente, convocan a los *outsiders* —actores aparentemente externos a la política partidaria—; al hacerlo implícitamente reconocen su incapacidad de reforma y abonan hacia la desinstitucionalización; abogan por el personalismo de los líderes por fuera de cualquier disciplina partidaria institucional, tendencia que se conecta tanto con el carácter discrecional y de escasa regulación que proviene de la lógica neoliberal, como con la tradición populista y caudillista; al hacerlo refuerzan el paradigma de gobernabilidad que se sustenta sobre la necesidad de reducir la representación y la deliberación que le es consubstancial, con el hiperpresidencialismo o concentración de poder en una persona o líder de “mano fuerte”.

El neoliberalismo cuando accedió al poder excluyó a la sociedad política de la lógica del desarrollo y de la construcción decisional; excluyó también a la institucionalidad estatal al generar las llamadas “instituciones paralelas” de gestión de la política pública.

## La Constitución de 1998

La Constitución de 1998 pretendió subsanar las falencias de diseño institucional que comprometían su eficacia y legitimidad, para lo cual realizó una operación de adecuación entre las nuevas demandas de los actores emergentes, con un modelo de gobernabilidad que institucionalizaba los rasgos anti políticos de desconfianza hacia la representación bajo un modelo de presidencialismo reforzado.

La Constitución de 1998 presenta importantes avances al legislar sobre los derechos y su garantía, pero no resuelve el problema de la repre-

sentación. Los actores emergentes, los movimientos sociales que se activaron durante los años 80 y 90 lograron insertar en la Constitución de 1998 importantes logros tanto en materia de derechos como de instituciones de garantía de su realización y exigibilidad.

La Constitución de 1998 diseñó una “nueva institucionalidad” dirigida a lograr la vigilancia y el cumplimiento de esos derechos en los procesos de gobierno y gestión de las políticas públicas, desde la perspectiva de estos nuevos actores; un importante avance institucional y de proyección de estos actores desde lógicas reivindicacionistas a lógicas de gestión pública y de control político. Sin embargo, la crisis de la representación, redujo el impacto de esta nueva institucionalidad, en una confusa combinación de expresión política y corporativa, debilitó la capacidad de impacto que estos actores podían demostrar al combinar lógicas de gestión y lógicas de representación política.

La Constitución de 1998, lejos de resolver los problemas de gobernabilidad, legisla en dirección contraria a su resolución, excluye a la representación política (a los partidos y al Congreso) de su responsabilidad en la construcción del proceso decisonal, –los actores políticos acuden al chantaje y al bloqueo– lo cual conduce ya en sus efectos políticos, a agudizar la crisis de gobernabilidad; se destituyen dos presidentes mediante expedientes poco apegados a los procedimientos normados constitucionalmente y la crisis social aparece con rasgos cada vez más preocupantes.

## Las tendencias de cambio institucional a partir del año 2000

Dos tendencias aparecen como gravitantes en las definiciones institucionales y constitucionales en la primera mitad de esta década:

1. Una primera línea que apunta a fortalecer procesos de empoderamiento o de autorreferencia social, de fuerte impacto en la modificación de los valores políticos; la línea del ajuste estructural al promover la reducción de la intervención del Estado, y excluir a la sociedad política de los procesos decisonales generó autorreferencialidad social. La racionalización técnica bajo el concepto de subsidiariedad,

promovió la generalización de mecanismos de control y veeduría de la sociedad civil a la gestión de gobierno con la intención de condicionar el proceso decisional;

2. Junto a la participación entendida en términos tecnocráticos, tiende a generalizarse una concepción de participación comprometida con la realización de los derechos, los cuales tienden a potenciarse y ampliarse respecto de su tradicional concepción liberal. La “política de los derechos” aparece como maduración de las lógicas participativas autorreferenciales que emergieron en paralelo a los procesos de gestión y a sus mecanismos de subsidiariedad, de descentralización y desconcentración en la gestión de lo público.
3. Una tercera línea aparece como confluencia entre posturas antipolíticas como rechazo a la representación y posturas refundacionales que provenían fundamentalmente de la reivindicación central del movimiento indígena; esta línea apunta a instaurar un modelo de democracia directa, que aparece como alternativa a la “tradicional” democracia representativa.

## Montecristi y el cambio de paradigma constitucional

El contexto político en el que acontece esta tercera operación de reforma institucional es extremadamente significativo; la pregunta que habría que formularse es la siguiente: ¿Cómo esta nueva carta política trabaja con esta diversidad de sentidos y de lógicas participativas que emergieron en el transcurso de las décadas de los años 80 y 90? ¿En qué dirección esta carta política responde a estas nuevas condiciones de complejidad que caracterizan a la democracia ecuatoriana? ¿En qué medida se asiste a un cambio de paradigma en la definición constitucional en el Ecuador?

El diseño institucional de Montecristi presenta una fuerte vinculación entre participación social y garantía de derechos; en esta dirección, la Constitución de Montecristi desarrolla y amplía la gama de derechos que ya estaban presentes en la Constitución de 1998. En la misma línea

desarrolla importantes mecanismos de exigibilidad y de garantías que no estaban suficientemente precisados en esa formulación constitucional.

Desde el punto de vista del diseño institucional la Constitución de Montecristi modifica la estructura de la división de poderes propia del diseño institucional liberal; la traslación desde el concepto de “Estado de derecho” al de “Estado constitucional de derechos”, rompe con el principio de la división y autonomía de los poderes del Estado; de igual forma, desplaza el principio de sujeción a la ley de todo acto legislativo, de administración de la justicia ordinaria y de ejecución de la política pública, y lo sustituye por el principio de interpretación discrecional de los jueces constitucionales.

Traslada el eje de la construcción decisional desde una visión de imprevista liberal en la cual el poder se lo concibe como “dividido” y balanceado en una lógica de pesos y contrapesos; a otra, en la cual, es el Poder Ejecutivo el que concentra toda la capacidad decisional, reduce a la representación a una expresión limitada a tareas acotadas por el mismo cuerpo constitucional, el cual aparece como un programa político que requiere de una operación de legislación secundaria donde la macro-política está virtualmente excluida.

Despolitiza a aquella instancia que en la estructura del Estado liberal es el eje fundamental de la construcción decisional, el parlamento; sobrepone a este diseño una nueva institucionalidad, la Corte Constitucional encargada del control constitucional de todos los actos del poder.

El objetivo de esta modificación institucional operada por la Constitución de Montecristi, al sustituir el mecanismo de control político desde la lógica del poder dividido y contrabalanceado a la del control constitucional; aparece como expediente que apunta a concentrar la capacidad decisional y de intervención del Estado y a redefinir en esta dirección las instituciones que regulan y promueven la participación social.

## Conclusiones

La Constitución de Montecristi presenta cambios significativos en materia de diseño institucional; resalto a manera de conclusión los siguientes puntos:

La definición constitucional apunta en dirección a lograr que los actores sociales tengan más posibilidades de reclamar derechos y exigir su cumplimiento, pero la misma caracterización del Estado conduce a que quien los otorga y los realiza sea en lo fundamental el Estado.

Si antes la sociedad había avanzado en términos de reclamar y exigir mecanismos de gestión compartida con el Estado, ahora la sociedad reduce su capacidad de intervención a la exclusiva vigilancia y exigencia de cumplimiento de los derechos. Solamente el Estado puede atenderlos mediante su lógica de intervención.

Los mecanismos institucionales de coparticipación y cogestión que la sociedad había venido ensayando durante las últimas dos décadas y que caminaban en dirección al perfeccionamiento de mecanismos de autogobierno, son virtualmente eliminados bajo una concepción de recentralización y de monopolio de la capacidad decisoria en el Estado y más específicamente en el Poder Ejecutivo.

La Constitución de Montecristi trabajó sobre la imposibilidad de la reforma de la estructura decisional en dirección a una mejor integración funcional en las instituciones de comando político –representación y gestión, parlamento y gobierno– y optó por trasladar la construcción decisional y el control a un Ejecutivo concentrador y monopolizador de poder y a una Corte Constitucional cuya autonomía se ve comprometida por esta misma lógica de concentración de poder. La sujeción del control constitucional a esta lógica podría derivar peligrosamente hacia el totalitarismo.

Seguramente el cambio más importante que aporta el diseño institucional de Montecristi, y aquí es posible detectar un efectivo cambio de paradigma en la tradición constitucional, es el que tiene que ver con su definición del Estado.

El Estado aparece como garante y responsable de la realización de derechos; al hacerlo, modifica el sentido que la Constitución tiene frente al proceso político: esta –la Constitución–, abandona su función de estructura de protección de la sociedad frente al poder político, y pasa a convertirse en instrumento del poder político para la realización de los derechos. Es aquí donde podemos detectar un fundamental cambio de paradigma en el desarrollo constitucional en el Ecuador.

El proceso constitucional es dinámico y no se detiene; cada vez más se aprecian las dificultades que este diseño institucional prueba al tratar de regimentarse mediante la aprobación del conjunto de leyes orgánicas que deberían operativizarlo. Es probable que esta imposibilidad se deba a la misma estructura sociocultural de la sociedad ecuatoriana respecto de la cual la Constitución aparezca como una efectiva “camisa de fuerza”. De allí que es importante plantear la discusión de la necesaria reforma constitucional, sin que ello derive necesariamente a eventos traumáticos de refundación que se caracterizan por no afirmar tendencias constitucionales de mediano y largo alcance; el desafío constitucional prosigue, y yo lo pondría en los siguientes términos:

¿Es posible aún replantear el sentido de la construcción institucional al relacionar más adecuadamente la legítima demanda de socialización y de equidad distributiva que proclama el socialismo, con la recuperación y defensa de las estructuras de emancipación que proclama el liberalismo?

Retomamos la premisa inicial: el constitucionalismo moderno trabaja sobre una doble línea de intervención entre la defensa de los derechos y la realización de los mismos; entre su cara minimalista y su cara constructivista; dos versiones que pueden aparecer como posturas alternativas que incluso pueden llegar a enfrentarse.

¿Es posible pensar en una adecuada correlación entre estas dos dimensiones? Es muy probable que la discusión constitucional deba conjugar de mejor manera estas dos ecuaciones.

## Bibliografía

- Bockenforde, Ernest Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 1999.
- Echeverría, Julio, *El desafío constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006.
- Panbianco, Angelo, *Il potere, lo stato, la libertà*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- Pérez Luño, Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999.



## La violencia en Colombia

*Adolfo Amaris\**

Cuando se habla de “la violencia en Colombia” se corre el riesgo de emplear una fórmula que muchos entienden de muy diferentes modos. Unos piensan en los horribles crímenes del narcotráfico, con sus asesinos a sueldo o “sicarios”, sus bombas y sus implacables atentados contra jueces, periodistas y políticos honrados. Otros piensan en los grupos paramilitares con las espeluznantes masacres, mutilaciones y torturas de sus víctimas que son casi siempre gente humilde del pueblo, trabajadores, campesinos, estudiantes, sindicalistas. Otros evocan las emboscadas guerrilleras, los atentados contra oleoductos y empresas extranjeras, los ajusticiamientos de “sapos” presuntos o reales y, últimamente, las ejecuciones en masa de personas desarmadas de diversa edad y condición. Otros, en fin, traen a la mente los secuestros, la delincuencia brutal de las ciudades y los campos, en un país que ostenta las más altas cifras de muertos por causas de violencia en todo el continente americano, con 40.000 víctimas cada año.

Pero sea cual sea la imagen que uno tenga en la mente cuando pronuncia la expresión “violencia en Colombia”, quedan siempre en pie estos hechos terribles: en las ciudades y regiones más densamente pobladas del país, la primera causa de muerte es el asesinato o el homicidio y la segunda, el infarto cardíaco. Colombia tiene el récord mundial de secuestros, con un índice de un secuestro cada seis horas. Tiene también el récord mundial, en cifras absolutas, de refugiados internos (desplazados): más que Ruanda o Zaire, Bosnia, Afganistán, Kurdistán y Chechenia. Más del 10% del total de periodistas asesinados en el mundo entero en los últimos cinco años, son colombianos. Colombia tiene el récord continental de ase-

---

\* Abogado colombiano.

sinatos de maestros y solamente es superada en este flagelo, a nivel mundial, por Argelia. Colombia es el único país en el mundo que ha sufrido en un solo año (1989-1990) el asesinato de tres candidatas a la Presidencia de la República: Luis Carlos Galán, Bernardo Jaramillo y Carlos Pizarro. Por si esto fuera poco, todos los expertos coinciden en pronosticar que el período preelectoral 1997-1998 será el más violento en toda la historia de Colombia.

Estos datos son, por sí solos, terroríficos. Pero toda su horrenda significación se pone al descubierto cuando se establece que cerca del 70% de todas las violaciones de los derechos humanos que se cometen en el país, son de responsabilidad de agentes del Estado colombiano, militares, policiales y paramilitares.

Paralelamente Colombia tiene, igualmente, el récord mundial en cantidad de organizaciones independientes ocupadas en la defensa de los derechos humanos. Hay comités regionales y locales, organizaciones de abogados y centros que se especializan en la defensa de determinados grupos de la población, por su identidad étnica o cultural, o por su actividad profesional.

Ahora bien, la violencia que se ejerce en Colombia es principalmente una violencia sistemática y generalizada contra la población civil. Se mata individualmente o en masa a estudiantes, trabajadores, campesinos, colonos, indígenas, amas de casa, ancianos y niños. Es una violencia que se aplica con sadismo. Los niños son degollados en presencia de sus padres. Se arrancan los ojos y los órganos internos a campesinos y obreros. Se despedaza a machete el feto en el vientre de su madre. Se hace todo esto para “castigar” los delitos reales o supuestos del marido, del hermano, del padre o del tío, o para “hacer justicia”, porque a uno le han hecho lo mismo en su hermana, su hijo o su madre. Los individuos armados y organizados, sea en las fuerzas militares del Estado, sea en las guerrillas, sea en los grupos paramilitares o en las organizaciones criminales, ciertamente combaten y tienen sus muertos y sus heridos. Pero esas bajas son una pequeña parte del total de muertos y heridos en el proceso de la violencia colombiana. Como en Ruanda, la enorme mayoría de las víctimas de la violencia en Colombia son gente desarmada y pacífica, son población civil.

Al mismo tiempo, al lado de la sociedad ensangrentada, funciona otra Colombia: en importantes regiones del país se trabaja y se vive en una relativa calma, las grandes empresas nacionales y extranjeras recogen enormes ganancias y el movimiento sindical, marcado por la división y por una cierta inercia, parece haberse conformado con los salarios mínimos, la extrema pobreza y la sobreexplotación de la fuerza de trabajo. La violencia desatada y la paz del conformismo coexisten en la misma nación de mil modos increíbles. Se convive con la muerte y con la fiesta, se trabaja con ahínco y se hace vida social intensa sin dejar de desconfiar de todo el mundo. En cualquier momento puede pasar lo peor, pero se trata de vivir lo mejor posible.

## Las injusticias sociales

El factor que constituye la base fundamental y la fuente primaria de la violencia colombiana son la empecinada injusticia social, ejercida con feroz intolerancia por las clases dominantes del país desde los orígenes mismos de la república. Esto significa que lo que ha producido y sigue produciendo tantas muertes en el país no es una supuesta “cultura de la violencia” que haría algo así como un pueblo diferente de los vecinos, sino que han sido las desigualdades, las discriminaciones, las humillaciones, las postergaciones y las marginaciones a que se ha sometido a las mayorías nacionales, al pueblo raso, a lo largo de la historia del país, lo que constituyen la causa fundamental de la violencia en Colombia.

Los individuos y grupos que iniciaron, dirigieron y financiaron la empresa de la independencia, se consolidaron en el poder al amparo de una política que implicaba tres estrategias entrelazadas e indisolubles:

1. Culminación de la obra de la conquista: despojo definitivo de las poblaciones indígenas –en algunos casos, exterminio total de esa población– y sometimiento absoluto de todas las clases y estamentos “inferiores”.
2. Establecimiento de una república oligárquica, antipopular y autoritaria.
3. Integración del país al mercado internacional y a los intereses de sus fuerzas dominantes, el gran capital industrial, minero y mercantil.

A la sombra de ese “desarrollo” se han forjado, a lo largo de casi dos siglos de injusticias clamorosas, odios terribles que se cobran cada día en los campos y en las ciudades del país, aunque con frecuencia ni las víctimas ni los victimarios tengan clara conciencia de ello.

Muchos grupos y sectores explotados entendieron o intuyeron, desde el primer momento, que la “independencia” era un asunto de los señores hacendados y de los grandes comerciantes. Los negros de la costa colombo venezolana se alzaron en armas para luchar por el rey de España y en contra de la emancipación. En los valles y montañas del sur, en Pasto, en el Cauca, en las llanuras del Huila y en la montaña antioqueña, millares de pequeños agricultores y colonos combatieron ferozmente contra los ejércitos de la Gran Hacienda. La guerra social se extendió por todo el territorio de lo que más tarde se llamaría la “Gran Colombia”. Paralelamente, los ejércitos libertadores organizados con tenacidad sobrehumana por Simón Bolívar, aplicaron la guerra a muerte en Venezuela y Colombia, desde 1813 hasta 1820. Durante esos siete años no se hicieron prisioneros ni hubo sobrevivientes entre los vencidos de una batalla o una escaramuza. Todos los españoles capturados por los patriotas eran pasados por las armas. Todos los patriotas capturados por los españoles eran pasados por las armas. Se arrasaban pueblos enteros, incluyendo ancianos mujeres y niños. No se hizo distinción alguna entre los combatientes y la población civil. En Pasto se ofreció amnistía absoluta a las partidas guerrilleras campesinas que entregaran sus armas, y una vez obtenida la paz se procedió a exterminarlas implacablemente. “Constatar el horror de la guerra a muerte o las infamias cometidas contra los pastusos no significa en modo alguno negar que Simón Bolívar es la figura más grande y esclarecida de nuestra independencia y que sus méritos militares, políticos y morales sobrepasan con exceso sus errores, su gestos autoritarios y sus injusticias”.

Las masas oprimidas terminaron apoyando a los señores libertadores, no porque estos hayan hecho concesión alguna en materia de justicia social, sino porque los ejércitos españoles de la reconquista cometieron crímenes y masacres tan horribles que se ganaron el odio de los mismos pueblos que los habían apoyado en un comienzo.

## La herencia de la emancipación

Como en la mayoría de las nuevas repúblicas latinoamericanas la emancipación creó, o desató las fuerzas y preparó las condiciones de las guerras civiles que sacudieron a la sociedad durante los primeros decenios de vida institucional. Clericalismo contra librepensamiento, tradición contra renovación, proteccionismo contra librecambio, autoritarismo contra democracia, federalismo contra centralismo. Todas esas fueron, de una o de otra manera, luchas en el interior de los grupos y clases dominantes, que si bien arrastraron a todas las clases sociales en las turbulencias de las guerras civiles, no pretendieron nunca resolver el problema fundamental: la suerte de esa enorme cantidad de grupos étnicos y sociales oprimidos, superexplotados, discriminados, marginados y despreciados o sea el pueblo trabajador.

La violencia de la guerra emancipadora había destruido casi totalmente a las clases cultas, letradas, del último período colonial. Los mejores exponentes de la intelectualidad colombiana se consumieron en esa hoguera. Pero en cambio se creó una nueva oligarquía de hacendados, guerreros, comerciantes, leguleyos de provincia, aprendices de legisladores, todos unidos por complicadas redes de compadrazgos, negocios y matrimonios entrelazados hasta el infinito. Esa nueva nomenclatura se encargó de mantener silenciados los reclamos populares a cualquier costo. Las peticiones eran atendidas con balas. La represión brutal fue el único idioma que se habló con las clases trabajadoras.

Aquí es preciso hacer un alcance. La Guerra a Muerte decretada por Bolívar en 1813 contra los españoles afectó, según la letra del decreto, a la provincia venezolana. Pero se aplicó de hecho también en territorio colombiano. Cuando la guerra fue regularizada por los tratados de 1820, la Guerra a Muerte cesó de hecho y de derecho en la provincia venezolana, pero continuó aplicándose de hecho en Colombia. Los Tratados de Regularización de la Guerra, que fueron fruto de arduas negociaciones entre Simón Bolívar y el Pacificador Morillo, se vieron siempre entorpecidos por las iniciativas particulares de muchos oficiales de ambos bandos, que continuaban ejecutando militares y civiles a discreción. Como la oligarquía dirigente local no había querido formalizar jamás, “por razones hu-

manitarias”, una guerra de exterminio que no tenía ningún inconveniente en aplicar sistemáticamente, siempre que no se hablara de ella, tampoco se sintió obligada a dejar de practicar estos métodos. Tal fue el triunfo de la arbitrariedad y de la hipocresía políticas. Francisco de Paula Santander, el prócer llamado el “Hombre de las Leyes” se caracterizó por ordenar fusilamientos sin fórmula de juicio, sin proceso alguno, ni siquiera sumario, y se complacía en organizar personalmente la puesta en escena de las ejecuciones, que se realizaban en la Plaza Mayor, a pocos metros de su despacho presidencial.

Esta disposición arbitraria de la vida ajena ha sido, desde aquellos días, una constante de la vida nacional. No puede sorprender, entonces, que en Colombia siga aplicándose aún hoy, en campos y ciudades, la Guerra a Muerte que dejó de tener vigencia en Venezuela en 1820.

## Los caudillos

La fragmentación regional, los intereses locales y las luchas por el reparto del poder dieron lugar al surgimiento de los grandes caudillos militares. Eran jefes endurecidos en las guerras de la independencia, propietarios de inmensos latifundios, dueños y líderes de sus propios ejércitos particulares, que se organizaban con los peones de sus haciendas y con los peones que aportaban los grandes compadres del caudillo, sus favorecidos y socios en el manejo de la red regional de poder. Las definiciones ideológicas, en nombre de las cuales se organizaban guerras civiles que degeneraban en sangrientas carnicerías, no eran tan importantes como parecían a primera vista. Un caudillo podía matar miles de hombres en nombre del ideal liberal, pero en la siguiente guerra civil estaba masacrando con igual frenesí, en nombre de la causa conservadora y de la Santa Madre Iglesia Católica Apostólica y Romana.

La práctica de cambiar de principios como quien se cambia la camisa se había introducido en las guerras de la independencia. Bastará recordar que el general José María Obando fue un oficial realista que hizo la guerra contra los patriotas de manera sádica e implacable hasta 1821, es decir, hasta dos años después de la batalla de Boyacá. Bolívar lo recibió con los brazos abiertos cuando Obando se convenció de que era buen negocio cambiar de

partido. Años más tarde, Obando se presentaba a sí mismo como el campeón de la libertad y llamaba a Simón Bolívar “el tirano”. Bolívar murió solo y despreciado, camino del destierro, pero Obando vivió lo suficiente para llegar a la presidencia de la República como héroe de las ideas liberales y, más tarde, morir asesinado por otros “campeones de la libertad”.

El asesinato político fue establecido por estos caudillos como una forma natural de la lucha por el poder. Asesinado fue el Gran Mariscal de Ayacucho, Sucre, quien debía suceder a Bolívar en 1830. Asesinado fue el general José María Córdova, estando indefenso y prisionero. Asesinados fueron, a lo largo de las guerras civiles, innumerables caudillos liberales y conservadores, radicales e independientes. A comienzos de este siglo, el gran caudillo liberal y masón, Rafael Uribe Uribe, jefe de las huestes liberales en la Guerra de los Mil Días (1899-1902), no encontró la muerte en los campos de batalla sino en pleno centro de Bogotá, al lado del Congreso Nacional, cuando dos asesinos a sueldo le despedazaron la cabeza a hachazos.

El general Tomás Cipriano de Mosquera es el ejemplar más perfecto del caudillo colombiano: cambió de partido varias veces, organizó varias guerras civiles y conquistó la presidencia de la república cuatro veces. Cada vez que entraba triunfante en la capital organizaba fusilamientos a su antojo. Tenía la mandíbula inferior de plata porque un cañonazo le había barrido la cara en una de sus asonadas. Mantenía una oficina de compra de armamento en Nueva York, que funcionaba a tiempo completo en los períodos de paz, intervalos que en Colombia han sido siempre los períodos de preparación de la siguiente guerra. Naturalmente, Tomás Cipriano de Mosquera es el único prócer que tiene una estatua en el patio principal del Congreso de la República.

## La expansión interna

La expansión interior, la conquista de la frontera interna, fue un proceso bastante violento en todos los países latinoamericanos. Pero en la mayoría de ellos fue un proceso que había completado su ciclo hacia 1890. En Argentina, la Conquista de la Pampa significó el exterminio de la población indígena, que se cumplió en el curso de dos décadas. En Uruguay bastaron unos cuantos meses para hacer desaparecer los restos últimos del

pueblo aborigen. En Chile, por razones del original desarrollo económico del país, se realizó primero una violenta expansión externa, conquistando y anexando enormes territorios peruanos y bolivianos. Solamente después de haber asegurado sus conquistas hacia el norte, el Estado chileno llevó a término la conquista de la frontera interna, sometiendo a los mapuches de la Araucanía.

En Colombia, la expansión interna no ha concluido. Las primeras regiones de colonización fueron, en la época XVIII. Luego se intentó la colonización del Tolima y la provincia de Mariquita (Caldas), proceso que se cumplió entre 1800 y 1850 aproximadamente, para dar paso a la gran colonización antioqueña, que movilizó tantas fuerzas durante la segunda mitad del siglo pasado. Las violencias sucesivas de este siglo han creado oleadas de colonización en las selvas del sur (Vichada, Vaupés) o en regiones semiselváticas de gran productividad como el Caquetá. Los Llanos orientales, lindantes con Venezuela, sufrieron un intenso proceso de poblamiento durante la Gran Violencia de los años 50 y allí surgieron las primeras “repúblicas independientes” de la historia nacional, cuando los grandes líderes guerrilleros liberales –Guadalupe Salcedo, Eliseo Fajardo, Dumar Aljure– establecieron territorios autónomos con democracia directa y leyes colonial, los territorios del noreste. Allí hubo intensa violencia hasta mediados del siglo propias.

Las sucesivas colonizaciones han impulsado el mestizaje múltiple del pueblo colombiano, enriqueciendo su diversidad cultural. Pero también han significado una expansión de la violencia y, en los últimos decenios, un gran aumento de las áreas de cultivos ilegales (coca y amapola) constituyen otro de los grandes factores de la violencia colombiana.

## Las guerras civiles

Las guerras civiles significaron, en Colombia, una continuación de la Guerra a Muerte, casi sin interrupción, desde la disolución de la Gran Colombia hasta 1861. En ese año comenzó a tomar cuerpo, por primera vez en la historia republicana, un acuerdo de los partidos para respetar la vida de los prisioneros de guerra y de los heridos en el campo de batalla, que hasta ese momento habían sido sistemáticamente sacrificados. Exis-

ten al respecto anécdotas horribles. En alguna de las numerosas guerras civiles regionales, un jefe militar introdujo el sistema del “fusilamiento a machete”: si el prisionero no disponía de los dos pesos que costaba la munición para fusilarlo, se le mataba a machetazos. En otra de esas carnicerías, los caudillos militares de ambos bandos decidieron sacrificar no solamente a los prisioneros y heridos del bando contrario, sino también a los heridos del propio bando que no pudieran caminar por sus propios medios. El pueblo colombiano, los campesinos, artesanos, estudiantes, indígenas, masas empobrecidas reclutadas a la fuerza en estas orgías de sangre, no han tenido otra escuela que esta durante más de siglo y medio. Esto es lo que las oligarquías han enseñado, esta ha sido la educación cívica del pueblo trabajador.

- Entre 1810 y 1824 se sufrió las guerras de la independencia.
- En 1829 estalló la guerra en Antioquia, dirigida por el general Córdoba.
- En 1830 tuvimos una guerra breve contra el Perú y numerosas guerras civiles regionales.
- En el período 1839-1841 se libró la horrenda Guerra de los Supremos. Entre 1843 y 1850 hubo incontables asonadas y motines locales y regionales.
- En 1851 se alzaron en armas los esclavistas para impedir la abolición de la esclavitud y para derrocar al presidente José Hilario López, quien además de decretar la libertad de los esclavos apoyó a las organizaciones de artesanos y realizó la primera Reforma Agraria en la historia del país.
- En 1854 el general José María Melo dio un golpe de Estado apoyado por los artesanos y las sociedades democráticas, lo cual produjo un levantamiento general de la oligarquía. El baño de sangre concluyó con fusilamientos en masa de artesanos y el destierro de más de dos mil de ellos a las regiones inhóspitas del Darién.
- En el período 1859-1862 hubo otra guerra cuyo resultado fue el triunfo del federalismo, afianzado a sangre y fuego en la terrible guerra de 1876-1877.
- Los excesos del sistema federal condujeron a la reacción que se conoce con el nombre de “Regeneración Nacional”, movimiento liberal-

conservador que se impuso en la guerra de 1884-1884 y que implementó la Constitución de 1886, vigente en Colombia hasta 1991.

- En 1895 se libró una breve pero muy sangrienta guerra civil, que debe ser vista como el preludio de la inmensa conflagración de 1899-1902 (Guerra de los Mil Días).

## La Guerra de los Mil Días

La Guerra de los Mil Días abrió en el país una herida que no se ha cerrado. En ella se aplicaron sistemáticamente los métodos de exterminio de pueblos enteros. Durante tres años fue saqueado el campo colombiano, dejando agotados los recursos naturales y humanos de la nación. La ocasión fue aprovechada por nuestros amigos del norte para darnos prueba de su amistad en el istmo de Panamá. Las cañoneras norteamericanas impidieron a la flota colombiana desembarcar en tierra panameña y la independencia de Panamá se consumó por obra y gracia de la estúpida política de la oligarquía colombiana, unida a la felonía yanqui.

Al comenzar el siglo, la hegemonía conservadora impuso un régimen muy represivo, tanto en lo material como en lo espiritual. Se intentó imponer un modelo de desarrollo que en muchos aspectos evoca la dictadura de Porfirio Díaz en México, pero que en Colombia estuvo marcado por el servilismo más absoluto a los caprichos más retrógrados del Vaticano y la Iglesia Católica. El naciente movimiento obrero fue reprimido con ferocidad. Fueron frecuentes las huelgas heroicas, con balceras y muertos. Durante la década de los años 20 se crearon sindicatos textiles, ferroviarios, de la alimentación, de los petroleros, de las bananeras. Muchos de ellos fueron organizados por mujeres. Los pioneros de la organización proletaria fueron anarquistas, socialistas, comunistas. En 1928 se produjo la horrible matanza de las bananeras, con casi dos mil víctimas, y esto causó el inicio del derrumbe de la hegemonía conservadora, pero también el punto de partida del moderno populismo colombiano. En efecto, el joven parlamentario liberal Jorge Eliécer Gaitán tomó la bandera de la lucha contra la United Fruit y del castigo a los asesinos de las bananeras, ganó el proceso parlamentario y luego el proceso penal, logró la expulsión de la

United Fruit del país y dio con ello comienzo a una impresionante carrera política de lucha contra las oligarquías.

## La república liberal

El régimen conservador fue derrotado en las elecciones de 1930 y así se inició el período de la república liberal.

La presencia del movimiento gaitanista obligó al Partido Liberal a radicalizar sus posiciones. Toda la década del 30 fue de incontenible ascenso del movimiento popular. Tanto el gaitanismo como el Partido Comunista –fundado en 1930– crecían de manera sostenida. Las asociaciones campesinas organizadas por los comunistas chocaban a veces con las ligas campesinas de Gaitán, pero era también frecuente que realizaran acciones conjuntas. En esa década hubo dos movimientos armados en el agro: el que organizó en 1932 el entonces secretario general del Partido Comunista, Luis Vidales en el norte de Cundinamarca, centro-sur de Boyacá y centro del Huila; y el que dirigió el líder indígena Quintín Lame en las cordilleras del Cauca. Pero además se tuvo una guerra internacional con el Perú que desangró la economía nacional y produjo daños muy graves en las relaciones entre los dos pueblos.

Entretanto, la “Revolución en Marcha” impulsada por la dirección del Partido Liberal intentaba reformas importantes. Aunque la gran jefatura oligárquica de ese partido seguía siendo reacia a los cambios, Gaitán había movilizado a las bases obreras y campesinas, así como a muchos dirigentes regionales y provinciales. Se reglamentó la propiedad de la tierra, señalando su función social. Se dictaron las leyes del trabajo. Se garantizó el derecho de asociación. Los arrendatarios del campo y minifundistas tuvieron instrumentos para enfrentarse, por primera vez, al gran latifundio.

Pero la república liberal terminó empantanada en la corrupción de sus gobernantes. Los escándalos se sucedían en la prensa y la radio, mientras el abismo entre los oligarcas liberales y el movimiento gaitanista se iba haciendo más profundo. Después de áspero debate parlamentario contra el presidente López Pumarejo, la oligarquía liberal logró dividir al propio partido para impedir el triunfo de su propio candidato popular. Con dos

candidatos, el liberalismo perdió frente a un candidato conservador único. Pero entonces, en la perspectiva de las elecciones siguientes, quedaban solos en la arena política dos gigantes capaces de movilizar enormes masas: el liberal Jorge Eliécer Gaitán, populista, muy radical, extraordinariamente honesto y muy progresista; y el conservador Laureano Gómez, “el Monstruo” fanáticamente tradicionalista, profranquista, excelente orador y temible polemista.

## La Gran Violencia

Hacia 1945 comenzó a perfilarse la estrategia guerrera de la reacción conservadora. Al amparo de la doctrina Truman, que preconizaba el enfrentamiento inevitable con la Unión Soviética al finalizar la Segunda Guerra Mundial, comenzó a aplicarse un plan de violencia “de baja intensidad” en los campos y pueblos. Se trataba de impedir el triunfo electoral de Jorge Eliécer Gaitán, desmovilizar a las masas campesinas, anular la capacidad de resistencia del pueblo y recuperar el control de la tierra para el gran latifundio. En 1946 comenzaron a operar las partidas de “chulavitas” —llamadas así por el nombre de la vereda campesina donde se organizaron primero— encargadas de quitarle la cédula de identidad a cada campesino liberal, por la razón o la fuerza. Como la cédula era un documento indispensable para votar, se trataba de impedir la votación del campesinado gaitanista. Pero en realidad la estrategia era más profunda: se trataba de iniciar la violencia generalizada “por abajo”, por el campesinado pobre, de manera que cuando llegara a los “notables” fuera ya demasiado tarde para responder.

Esta estrategia fue tan eficaz, que todavía hoy muchos historiadores sostienen que la Gran Violencia comenzó en 1948, con el asesinato de Gaitán. Pero cuando Jorge Eliécer Gaitán fue asesinado, el 9 de abril de 1948, ya la violencia había cobrado miles de víctimas en los departamentos de Boyacá, Santander, Cundinamarca, Huila, Tolima y Valle del Cauca, y comenzaba a dejar su huella sangrienta en las regiones cafeteras.

El asesinato del líder popular produjo una violenta insurrección en la capital (el “bogotazo”) en momentos en que se celebraba la Conferencia

Panamericana. En muchas ciudades y pueblos del país se formaron juntas revolucionarias y hubo momentos en que se creyó que el gobierno iba a caer. Los Estados Unidos debieron enviar tropas desde Panamá para afianzar al régimen. Pero el gaitanismo no había creado estructuras políticas sólidas, capaces de enfrentarse a la inmensa tarea de la toma del poder. Y así como las fuerzas del gobierno no podían restablecer el orden en todos los rincones del país, tampoco las fuerzas populares podían imponer el suyo ni crear nuevos mecanismos democráticos para el manejo de los territorios bajo su control.

Pronto se diluyó el ímpetu revolucionario de las masas y el país quedó a merced de la violencia generalizada, sin dirección central y sin estrategia, de dos pueblos enfrentados por el odio: el pueblo liberal y el pueblo conservador.

Porque la violencia fue popular. Participaron en ella hombres, ancianos, mujeres y niños. La lucha fue muy desigual e irregular, porque al lado de las masacres de población civil cometidas por población civil, hubo masacres cometidas por militares disciplinados, por bandas paramilitares conservadoras y por guerrillas liberales.

En ese período trágico de la historia colombiana (1946-1954), se cometieron todas las atrocidades que habían enseñado los caudillos oligárquicos del siglo pasado: mutilaciones, decapitaciones masivas, descuartizamientos, en fin, todo lo que se pueda imaginar y mucho más. El país se agotó en rituales de sadismo y horror.

Pero esto también fue el punto de partida de una nueva forma de violencia. Ya en 1946 un dirigente campesino comunista había comenzado a organizar grupos de autodefensa armada para proteger a la población civil de su región de los horrores que se venían cometiendo en el país. Este dirigente abandonó su nombre y adoptó el nombre de un campesino que había sido brutalmente asesinado por las bandas conservadoras. Desde entonces se llamó "Manuel Marulanda Vélez". El cual dirigió la lucha armada de su organización, las FARC, por más de cincuenta años hasta el fin de su existencia. Su organización es considerada "terrorista" por algunos países y gobiernos, temida y a veces odiada por quienes no comparten sus ideas y sus métodos. Pero es un hecho que él y sus combatientes mostraron, en medio del horror del genocidio organizado por

los partidos tradicionales, una posibilidad de lucha armada en defensa del pueblo trabajador.

También en el interior de la guerrilla liberal comenzaron a soplar vientos populares, en los llanos orientales se organizó una república independiente defendida por las tropas irregulares de Guadalupe Salcedo, el más grande de los jefes guerrilleros del Partido Liberal, tanto por sus geniales condiciones de combatiente y estrategia como por sus condiciones de líder político. La figura de Salcedo evoca la de Emiliano Zapata en México, aunque la distancia en el tiempo sea tan larga.

Muy pronto comenzaron a surgir otros jefes que escapaban a las directivas de la oligarquía liberal y comenzaban a hacer la guerra en el interés del pueblo. Eliseo Fajardo, Dumar Aljure y muchos otros comenzaron a darle otra fisonomía a la violencia colombiana. Por primera vez en la historia, la violencia parecía tener algún sentido que no fuera el odio y la venganza. Por primera vez en historia colombiana se estaban creando bases de poder popular.

Fue entonces cuando se unieron los grandes oligarcas liberales y conservadores y decretaron que la violencia era “mala”. Fue entonces cuando llamaron a las puertas de los cuarteles y le pidieron al comandante en jefe del ejército, general Gustavo Rojas Pinilla, que diera un golpe de Estado y a pesar de que Rojas Pinilla no quería y vacilaba, porque en Colombia las oligarquías no han dado casi nunca permiso para estas cosas, lo obligaron a deponer al presidente y a asumir el mando con un plan de “reconciliación” y pacificación nacional: “La Patria por encima de los partidos”.

## Paz y reconciliación

El presidente de facto, general Rojas Pinilla, implementó la paz. Los guerrilleros liberales y conservadores que entregaron las armas fueron asesinados cuando no aceptaron trabajar para la policía o las fuerzas de seguridad. Otros, que quisieron mantenerse inactivos pero vigilantes en sus cuarteles, fueron sorprendidos durante el sueño y ametrallados por el ejército. Las fuerzas campesinas de autodefensa organizadas por Marulanda se mantuvieron alertas, sin acogerse al plan de paz, salvándole estos la vida y la de muchos campesinos.

Entretanto, en las esferas de la “alta política”, el presidente Pinilla había comenzado a creer que podía decidir sin consultar con sus amos, los jefes de la oligarquía liberal-conservadora. Bastó un paro nacional de diez horas, ordenado desde los medios de comunicación de los partidos tradicionales, para echarlo en 1957. Cuando, trece años más tarde, ganó las elecciones por mayoría indiscutible, hubo un apagón de dos horas en todo el país, se perdieron los votos y cuando volvió la electricidad había ganado el otro candidato. Colombia es el único país del planeta donde más de cien centrales eléctricas independientes entre sí sufren un apagón simultáneo en el momento en que un candidato de la oposición está ganando la elección. Hubo pueblos de cinco mil habitantes donde el candidato liberal-conservador obtuvo ocho mil votos. Colombia es uno de los países del planeta donde votan los muertos.

## Las mafias

Este capítulo debería llamarse “la época del Frente Nacional”, pero el título de “las mafias” le viene mejor. Fue precisamente por estos años que comenzaron a actuar las primeras mafias organizadas: las de los esmeralderos. Colombia es el segundo productor de esmeraldas del mundo. En torno a los basureros de las minas, bajo control del ejército, comenzó la actividad de robos en gran escala. Pronto hubo más delitos, más dólares y más violencia en las regiones esmeralderas. Políticos corruptos compraban y vendían cargos de auditores en las minas, para negociar con las mafias y favorecer el comercio clandestino. Más violencia. Más arbitrariedad. Más corrupción.

La otra mafia fue la de la política. Después de siglo y medio de guerras civiles, el Partido Liberal y el conservador se pusieron de acuerdo para alternarse en el poder durante 16 años, manteniendo la paz por arriba para impedir que el pueblo hiciera su propia guerra. De esta época data la “Guerra Sucia” en Colombia, pues fue preciso comenzar a matar, hacer desaparecer, intimidar e eliminar por diferentes medios a dirigentes estudiantiles, sindicales, campesinos, políticos de oposición, etc.

El Frente Nacional gobernó casi ininterrumpidamente con estado de sitio, y los gobiernos que le han sucedido lo siguen haciendo. La represión,

con los años, se ha convertido en una rutina implacable. En un país donde la pena de muerte no existe, los allanamientos practicados por las fuerzas de policía y del ejército siempre terminan con el mismo saldo: familias enteras son exterminadas y luego se pone el rótulo de “guerrillero” a cada muerto, incluyendo a los bebés. A partir del Frente Nacional, el Estado colombiano se erige como un Estado terrorista, independientemente de la buena o mala voluntad del presidente de turno.

Al amparo de estas políticas represivas nacieron las mafias de la marihuana, primero, y de la cocaína, más tarde. Son, originalmente capitales de políticos regionales que se invierten en este negocio, con la anuencia o la complacencia del poder central. Cuando estas mafias comienzan a desarrollar sus propias violencias, y especialmente cuando entran en conflictos con los Estados Unidos, entonces los grandes políticos liberales y conservadores reaccionan e intentan reprimir estas actividades. Pero ya es tarde. Desde 1958 han recibido regalos, dineros, caballos de carreras, automóviles, invitaciones y zalamerías de los peores mafiosos del país. Comparten con ellos acciones en las grandes empresas. Reciben sus contribuciones en las campañas electorales. En muchas regiones del país, dependen por entero de las mafias.

Las mafias han desarrollado y “modernizado” la escuela tradicional de la violencia en Colombia. Además de los métodos de tortura y exterminio que los partidos tradicionales perfeccionaron durante casi dos siglos de guerras civiles y asonadas anticonstitucionales, las mafias han introducido los atentados en gran escala, los asesinatos sistemáticos de jueces y periodistas, los descuartizamientos con sierra mecánica y otros avances técnicos similares.

La expansión de la actividad mafiosa no solamente ha significado una ampliación de los territorios de la violencia en Colombia en las cuatro últimas décadas del siglo. Además, y esto es lo más grave, ha significado una descomposición de parte de la sociedad colombiana. Los dineros de la mafia, sus métodos y su política de corrupción han penetrado en las instituciones, en los partidos políticos, en todos los estamentos sociales, en las fuerzas militares y policiales.

Las mafias han sabido aprovechar en su beneficio el tradicional “clientelismo” de la política colombiana. Se han apoderado de puntos

claves en la estructura gamonalista y caciquista de los partidos políticos. Han logrado intimidar, neutralizar, corromper, sobornar o simplemente convertir en socios de sus fechorías a magistrados, ministros, mandatarios, jefes civiles y militares.

Una parte importante del país ha respondido a este desafío con valor y coraje civil. La respuesta de las fuerzas de la corrupción ha sido implacable: centenares de jueces, periodistas, políticos honestos, han sido asesinados brutalmente. Debe constatarse que a pesar de esto, muchos colombianos continúan sosteniendo con dignidad y valor sus posiciones en contra de la corrupción, el clientelismo político y la penetración de las mafias en las instituciones del país.

## La era de las guerrillas

Durante el Frente Nacional nacieron también las guerrillas revolucionarias. El impacto de la Revolución Cubana, el sacudimiento de la polémica chino-soviética, el auge de los movimientos africanos de liberación nacional, todo ello influyó para el desarrollo de diversos grupos guerrilleros de diferentes tendencias y orientaciones. De esa variedad de grupos se mantienen hoy en actividad las FARC, ya mencionadas, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), un sector del maoísmo y otros grupos muy pequeños. Han participado en la “Coordinadora Nacional Guerrillera Simón Bolívar”. No obstante señalar al extinto M-19.

## ¿Hay salida para Colombia?

Hay que trabajar por construir una salida justa para el pueblo colombiano. La paz no es posible con injusticias sociales. Pero esto no puede significar que se acepta la violencia sin chistar. Mientras haya violencia, habrá que trabajar para que esta violencia se regularice según las normas del derecho humanitario, protegiendo a la población civil, a los no combatientes, a los niños y los ancianos.

Toda violación de los derechos humanos se vuelve implacablemente contra quien la comete. Quien viola los derechos humanos pierde autoridad moral y además termina perdiendo toda la guerra, como se vio claramente en Vietnam. Si la paz no es posible con injusticias sociales, la guerra revolucionaria tampoco es posible si se traicionan los principios.

Construir una salida para Colombia pasa necesariamente, por construir un amplio frente político que ponga en movimiento a las masas populares de Colombia. Mientras este amplio frente, generoso, unitario, solidario y disciplinado, no exista, no será posible a ninguna fuerza militar, por poderosa y fuerte que sea, hacerse cargo del poder y construir una nueva sociedad.



# La tutela judicial efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

*Jesús Orangel G.\**

La cuestión que abordamos se vincula con un punto absolutamente esencial, cual es, la necesidad de tutela jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. Con razón se ha señalado que el valor real de los derechos, su eficacia vinculante, se mide precisamente por la extensión e idoneidad de sus garantías y no por la mayor o menor solemnidad con que se proclaman.

Y la tutela que se les reserva no es cualquiera. Es una súper tutela, también denominada por la doctrina como protección reforzada o privilegiada. De hecho, uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar el significado real de los derechos fundamentales es el gozar de un régimen de protección jurídica reforzada.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende un triple enfoque:

- a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo.
- b) De obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión.
- c) Que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.

“[E]l derecho o garantía a la tutela judicial efectiva comprende derecho de acceso a los órganos de administración de justicia; derecho a obtener una decisión motivada, razonada, justa, congruente y que no sea jurídicamente errónea, derecho a recurrir de la decisión; y derecho a ejecutar la decisión” (Bello Tabares, 2006).

---

\* Abogado venezolano.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concibe en su art. 26 a la tutela judicial efectiva de la siguiente manera:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones.

Art. 24 de la Constitución de la República Italiana: “Todos pueden actuar en juicio para la tutela de sus derechos e intereses legítimos. [...] Se aseguran a los que no tienen recursos, mediante determinados institutos, los medios para actuar y defenderse ante cada jurisdicción. [...] La ley determina las condiciones y los modos para la reparación de los errores judiciales”.

Art. 24.1 de la Constitución de España: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

## La tutela judicial efectiva

Para Ángela Figueruelo, el libre acceso a los tribunales de justicia se considera en todos los pueblos civilizados como un derecho fundamental basado en la idea de que en un Estado de derecho, la petición de justicia es un derecho inalienable del individuo que a nadie puede ser negado como medio necesario para obtener el amparo de la jurisdicción.

Según Francisco Chamorro Bernal es el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales.

Para Néstor Osuna Patiño es el derecho fundamental que toda persona tiene a la prestación jurisdiccional, es decir, a obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya planteado ante los órganos judiciales.

Es un derecho humano cuya funcionabilidad se enmarca en el ámbito procesal. Tiene un papel relevante respecto al resto de los derechos humanos, pues permite la exigibilidad de aquéllos ante un órgano del Estado que se debe caracterizar por su imparcialidad, idoneidad y transparencia, mediante un procedimiento previamente establecido en las leyes.

Esto no significa que el derecho a la tutela judicial efectiva sea un derecho subordinado a otros derechos humanos, por el contrario, es un derecho autónomo que se activa con la pretensión de quien se siente vulnerado en sus derechos —no necesariamente de los calificados como fundamentales— o intereses, incluso los colectivos o difusos. Respecto de otros derechos humanos, el derecho a la tutela judicial efectiva es una garantía.

Igualmente, el derecho a la tutela judicial efectiva constituye uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho, que a su vez orienta al sistema jurídico. Además, sobre él se soportan los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, al enjuiciamiento de los responsables y a la indemnización que les corresponda por la violación de sus derechos.

“La tutela judicial efectiva es el principio según el cual cualquier persona puede y debe ser protegida y amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante la Justicia para que esas pretensiones le sean satisfechas”. Lo que no quiere decir aceptadas, sino resueltas razonadamente, con arreglo a derecho y en un plazo de tiempo también razonable, a lo largo de un proceso en el que todas las personas titulares de derechos e intereses afectados por esas pretensiones puedan alegar y probar lo pertinente a la defensa de sus respectivas posiciones.

Y ese no es solo un principio sino también un derecho fundamental de toda persona, porque es fundamento junto con otros, del orden político y de la paz social. Y está reconocido internacionalmente y recogido en la mayor parte de las Constituciones (Gui Mori, 1997).

## Principio de libre valoración de la prueba y la motivación de la sentencia penal

El principio de libre valoración de la prueba implica la inexistencia de reglas legales de prueba, pero no significa que el juzgador en el momento de apreciar las pruebas no esté sometido a regla alguna, por el contrario, el operador de justicia deberá ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, de ahí que necesariamente tenga la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio empleado, plasmándolo en el texto de la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia.

“La motivación fáctica de las sentencias es... consustancial a una concepción racional del principio de libre valoración de la prueba”.

“La Doctrina del Tribunal Constitucional considera dicho deber de motivación como una auténtica garantía procesal del justiciable conectada con el propio derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a obtener una resolución fundada en derecho”. Art. 24.1 C.E. (Miranda Estrampes, 1997).

## Jurisprudencia

*Sala Constitucional, Sentencia No. 708 del 10 de mayo de 2001.*

*Magistrado Ponente Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero*

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no solo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (art. 257). En un Estado social de derecho y de justicia (art. 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una

justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el art. 26 constitucional instauro.

Considera esta Sala, que la decisión de un tribunal de última instancia mediante la cual se declare inadmisibile una acción, basada en un criterio erróneo del juzgador, concretaría una infracción, en la situación jurídica de quien interpone la acción, del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual si bien no ha sido alegado por los accionantes, puede ser analizado de oficio por el juez constitucional.

La conjugación de artículos como el 2, 26 ó 257 de la Constitución de 1999, obliga al Juez interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita sin formalismos ó reposiciones inútiles.

### *Sala Constitucional, Sentencia No. 72, del 26 de enero de 2001*

Al respecto, reitera esta Sala que, ciertamente todas las personas llamadas a un proceso, o que de alguna otra manera intervengan en el mismo en la condición de partes, gozan del derecho y garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido de tener igual acceso a la jurisdicción para su defensa, a que se respete el debido proceso, a que la controversia sea resuelta en un plazo razonable y a que, una vez dictada sentencia motivada, la misma se ejecute a los fines que se verifique la efectividad de sus pronunciamientos.

### *Sala de Casación Penal, Sentencia No.A-041 del 27 de abril de 2006*

Ahora bien, las facultades recursivas que le asisten a la víctima, devienen inequívocamente del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 26 de la Constitución y el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tiene como contenido básico el derecho a acceder los tribunales sin discriminación alguna, el derecho a incoar e intervenir en un proceso, el derecho a obtener una sentencia motivada, el derecho a la utilización de los recursos y sobre todo el derecho a que la sentencia se ejecute,

de lo que se concluye, bajo estas premisas, que el ejercicio y la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva persigue evitar impunidad y reparar el daño ocasionado a la víctima.

*Sala de Casación Penal, Sentencia No. 269  
del 5 de junio de 2002*

La Tutela Judicial Efectiva, lejos de consistir en el derecho a acceder a los tribunales en el tiempo, forma y modo que se le antoje al ciudadano, y al margen de las pretensiones legales, se trata muy por el contrario, de un derecho de configuración legal; de allí que deban observarse los requisitos establecidos en la ley para su acceso, sin que estos requisitos puedan ser tildados de formalidades no esenciales.

*Sala de Casación Penal, Expediente. No. 04-0571  
del 20 de mayo de 2005.  
Magistrado Ponente Héctor Coronado Flores*

El derecho a la tutela judicial efectiva, implica, entre otros aspectos, la garantía de acceso al procedimiento y a la utilización de los recursos en los términos y con el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. Esto es, el derecho a los recursos no debe ser entendido como el derecho a ejercer el recurso que resulte aconsejable, deseable o hipotéticamente conveniente, sino aquel ordenamiento jurídico vigente haya establecido para el caso.

*Sala Séptima de la Corte de Apelaciones del Circuito  
Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas,  
Causa No. S7-3050-06  
del 21 de noviembre de 2006*

La disposición prevista en el art. 173 del Código Orgánico Procesal Penal, le impone a los órganos judiciales en conexión con el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, entendiéndose con ello, como el derecho a una resolución debidamente fundada lo cual exige a integrar la norma contenida en el art. 26 constitucional, y por ende, que el justiciable conozca las razones de los fallos judiciales, y por lo tanto, el enlace de los mismos con la ley y el sistema general de fuentes aplicables el caso en concreto, para evitar la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos.

En virtud de los razonamientos de hecho y derecho anteriormente expuestos esta Sala Séptima de la Corte de Apelaciones de conformidad con lo establecido en los art. 26 y 257 ambos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con el art. 457 del Código Orgánico Procesal Penal, anula de oficio el fallo dictado por el Juzgado Primero de Primera Instancia en funciones de Control.

***Sala de Casación Penal, Sentencia No. 91  
del 19 de marzo de 2007.  
Magistrada Ponente Dra. Miriam Morandy Mijares***

De ahí que, la protección judicial se manifiesta en el derecho que tiene toda persona a un recurso ante los tribunales competentes, el cual debe sustanciarse conforme a las disposiciones del debido proceso, el cual no se agota en el libre acceso a ese recurso ni a su desarrollo, sino que requiere además que el órgano jurisdiccional dicte una decisión razonada sobre los méritos de la pretensión jurídica que dio origen al mismo.

El derecho a la tutela judicial efectiva también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un hecho punible: a la víctima, reconocido en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 30 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela exige no solo no dejar de protección jurídico-penal al afectado por la comisión del delito, sino además que se prioricen sus intereses –entre los que se destaca el de volver a estar en la situación que se encontraba antes de la perpetración del hecho ilícito–.

***Sala de Casación Penal, Sentencia No. 226  
del 22 de abril de 2008.  
Magistrado Ponente Dr. Eladio Ramón Aponte***

En tal sentido, resultaría contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, el desconocimiento del valor de la cosa juzgada; la cual representa esa seguridad jurídica de evitar una doble incriminación o sanción, por hechos ya resueltos por sentencias definitivamente firmes.

El jurista Giuseppe Chioventa, considera al respecto: “La preclusión definitiva de las cuestiones alegadas (o que puedan alegar) se produce cuando el proceso se ha obtenido una sentencia que no está sometida a ninguna impugnación. Esta se llama sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (en el sentido formal)”.

En este sentido, el jurista colombiano Fernández Carrasquilla, en su texto, *Derecho Penal Fundamental* (1998), nos indica:

Se trata de un enriquecimiento muy elemental de la seguridad y de la justicia material, pero también de la seriedad y economía de las actuaciones que tiene que discutir a un gobierno republicano y a todo Estado de derecho. De ahí que, con el lleno de las formalidades legales, las llamadas sentencias definitivas hacen tránsito a la cosa juzgada, es decir, impiden que los jueces revisen de nuevo procesalmente el mismo asunto o fallen otra vez.

Como lo han determinado estos versados juriconsultos, la cosa juzgada es una de las garantías más importantes para el funcionamiento y desarrollo del Estado de derecho, como también lo revela el ordinal 7 del art. 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; la garantía de la inmutabilidad de las resoluciones firmes, constituye un requerimiento objetivo del sistema jurídico venezolano, la firmeza de los fallos judiciales, son manifestaciones de seguridad jurídica en total atinencia con el derecho a la tutela judicial efectiva.

### *Casación Penal, Sentencia No. 183*

*del 7 de abril de 2008.*

*Magistrada Ponente Dra. Blanca Rosa Mármol de León*

La Sala ha señalado en reiterada jurisprudencia, que no basta para considerar que una sentencia se encuentra debidamente motivada el hecho de que la recurrida, luego de transcribir el fallo impugnado, establezca, como el presente caso, que “la falta de motivación alegada no está presente en el fallo impugnado”, sino que por el contrario, debe la Corte de Apelaciones expresar con una motivación propia, el porque considera que el fallo en estudio no adolece del vicio de inmotivación.

Así mismo, ha sostenido la Sala, que en aras al principio de tutela judicial efectiva, según el cual no solo se garantiza a obtener de los tribunales una sentencia o resolución, y el acceso al procedimiento, a la utilización de recursos y la posibilidad de remediar irregularidades procesales determinantes de indefensión, este, también debe garantizar una motivación suficiente, una decisión razonada sobre todas las pretensiones deducidas que exterioricen el proceso mental conducente a su parte dispositiva.

*Sala de Casación Penal, Sentencia No. 274  
del 22 de julio de 2003.*

*Magistrada Ponente Dra. Blanca Rosa Mármol de León*

Como se observa de la anterior transcripción, la Corte de Apelaciones no entró a conocer el fondo del recurso planteado, sino que por el contrario, simplemente se circunscribió a declararlo manifiestamente infundado; al respecto, ha dicho esta Sala en reiterada jurisprudencia, que cuando se interpone recurso de apelación, el juez a quo (Corte de Apelaciones), está en la obligación de hacer la revisión del escrito de apelación y declarar si el mismo es admisible o no, conforme a lo dispuesto en el art. 437 del Código Orgánico Procesal Penal. Y en caso de que lo admita, debe proceder al análisis de lo planteado y dictar una decisión mediante la cual se declare –según el criterio de los sentenciadores– con lugar o sin lugar las denuncias interpuestas por los recurrentes.

La no revisión de la admisibilidad del escrito de apelación, se considera como la vulneración de la tutela judicial efectiva, prevista en el art. 26 de la Constitución de la República de Venezuela, derecho este, de amplísimo contenido, que comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia. Es decir, que cumplidos con los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales están obligados a conocer el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinar el contenido y la extensión del derecho deducido. De allí que la vigente Constitución señala que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (art. 257).

Por lo tanto, la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando de que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el art. 26 antes señalado, instaura, pues la intención del legislador en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal del 14 de noviembre de 2001 es, que fuera de las causas de inadmisibilidad establecidas taxativamente en el art. 437 del Código Orgánico Procesal Penal, las Cortes de Apelaciones deberán entrar a conocer y resolver el fondo del recurso planteado.

## Constitución del Ecuador frente a tutela judicial efectiva

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Art. 215.- La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley.



# Independencia judicial en el Ecuador

*Rubén Bravo\**

Para abordar este tema, no hace falta recordar las teorías de los grandes tratadistas, comenzando por Montesquieu, sobre la división de los poderes del Estado, su importancia y razón de ser.

La independencia judicial, asunto de trascendental importancia, debe ser examinada considerando que la Función Judicial siendo una de las principales funciones del Estado, está interrelacionada con las otras funciones estatales y, desde luego, en su desempeño se vincula con la sociedad en general, con los grupos económicos, sociales y políticos y con los medios de comunicación, los cuales de una u otra manera inciden, positiva o negativamente, en su funcionamiento y en su independencia.

Con este preámbulo, se puede hacer referencia a los factores íntimamente relacionados con la independencia, entre los que podrían estar los jurídicos-constitucionales y otros de naturaleza interna y externa.

## Factores jurídico-constitucionales.

### Normas que establecen la independencia judicial

En la Constitución política de la República del Ecuador del 1998, se estableció el principio de independencia en el art. 199. Este artículo se replica en la nueva. Constitución de la República de octubre de 2008. En el art. 168 que consagra la independencia interna y externa y que la Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.

---

\* Magistrado de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

También el Código Orgánico de la Función Judicial la establece en el:

Art. 8.- Principio de Independencia: Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Toda Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. La violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley;

y para garantizar y reforzar esta independencia, en concordancia se encuentran los art. 14, 115, 116, 123, 255 del mismo Código.

Igualmente, es preciso recordar que la Corte Suprema, en su afán de preservar su independencia en el ejercicio de sus deberes y atribuciones, emitió la Resolución publicada en el RO No. 182 de 2 de octubre de 2003, para juzgar a sus integrantes, en caso de denuncias que se presenten en su contra.

Esta Resolución se aplicó en varios casos por parte de la Corte Suprema de 2005 para, siguiendo el debido proceso, sancionar a algunos magistrados, con remoción o destitución.

## Afectación a la independencia

No obstante, la independencia de la Función Judicial, es afectada por la propia Constitución, al otorgar a la Corte Constitucional atribuciones por las cuales puede vulnerar la independencia, mediante la aplicación de lo dispuesto en los siguientes artículos:

- 436, numeral 6: Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.
- 437: Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión

de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

Lo que acabo de citar se encuentra relacionado con el art. 94, *ibid.*:

La acción extraordinaria de protección.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión a derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Para el efecto, la propia Corte Constitucional para el período de Transición expidió las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de sus competencias, entre las que se destacan las de la Sección III, sobre la Acción Extraordinaria de Protección, art. 52 a 57. Requisitos de procedibilidad.- La acción extraordinaria de protección procede de manera excepcional, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: a) Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; b) Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos fundamentales, y c) Que se hayan agotado todos los medios procesales de impugnación previstos para el caso concreto dentro de la jurisdicción ordinaria, salvo el caso de que la falta de interposición de los recursos no fuere imputable a la negligencia del titular del derecho fundamental vulnerado.

Art. 53.- Competencia.- Será competente para conocer de la acción extraordinaria de protección el Pleno de la Corte Constitucional.

La aplicación de esta normativa por parte de abogados sin ética y de personas inescrupulosas que tratan a todo trance de incumplir sus obligaciones legales o de retardar su cumplimiento, ha dado origen a miles de acciones en contra de resoluciones judiciales, muchas de las cuales, lamentablemente han sido admitidas y resueltas por la Corte Constitucional, revocando sentencias judiciales, pese a tener dos o más años de dictadas;

lo que ha provocado críticas acerbas aseverando que ya no existe seguridad jurídica y que se ha instaurado en el país la cuarta instancia. En esos casos, calculo que en un 90%, no se ha producido vulneración de los derechos constitucionales.

Para dar término a esta situación caótica, es necesario efectuar las reformas indispensables de manera urgente.

## Gobierno de la Función Judicial

En lo que respecta a la independencia de los jueces, también se ve afectada con el establecimiento del Consejo de la Judicatura, órgano al cual se le otorga el gobierno administrativo y disciplinario de la Función Judicial.

En otro estudio habremos de analizar los fundamentos y motivaciones para el establecimiento del Consejo de la Judicatura, organismo que en algunos países está supeditado a la Corte Suprema y en otros tiene jerarquía superior a ella, lo que ha suscitado controversias y discusiones en el ámbito judicial. Pero es de importancia indicar que en países como Chile, Uruguay y Costa Rica, en los que el Consejo de la Judicatura o no existe o es organismo de mero apoyo de la Función Judicial, la administración de justicia marcha muchísimo mejor y tiene calidades superiores.

En la nueva Constitución y en el Código Orgánico de la Función Judicial se ha implementado la desjerarquización; hoy ya no existe Corte Suprema, ni magistrados ni ministros, todos son jueces. Idea realmente absurda, si pensamos por ejemplo, que en instituciones tales como la militar y la religiosa, en verdad todos son soldados o sacerdotes o monjes, pero necesariamente tiene que haber grados o jerarquías que los diferencien en razón de sus funciones, responsabilidades e importancia.

Ya no se encuentra en manos de los jueces del Máximo Tribunal el autogobierno, la cooptación, la designación y el control de las labores de las Cortes Provinciales, de los tribunales, jueces y funcionarios inferiores.

Los jueces del Máximo Tribunal ya no tienen inamovilidad, pueden durar en el cargo desde tres años hasta nueve años, dependiendo de evaluaciones que se hagan a su desempeño. Esta nueva normativa, desconoce

o ignora que los magistrados de los más altos tribunales de justicia del mundo son inamovibles y pierden su cargo solamente por determinadas causas y ni siquiera, como hoy se pretende establecer en el Ecuador, se les fija un límite de edad para que dejen el cargo. Se ignora y desconoce que el conocimiento, la sabiduría se van incrementando año tras año con las experiencias diarias; de tal manera que a estos altos tribunales tienen que acceder los de mayor experiencia. Por algo la antigua sabiduría de los pueblos en el mundo decía “más sabe el diablo por viejo que por diablo”.

En este punto, debo destacar que el Código Orgánico de la Función Judicial –acaso por olvido de los legisladores–, no establece períodos de duración en el cargo para los jueces de primera y de segunda instancia.

Mas, sí es necesario apuntar que los jueces de todo nivel, actualmente han perdido toda autoridad, no pueden amonestar, llamar la atención, multar, suspender o separar, no pueden concederles ni un simple permiso a sus subalternos, quienes ante esta realidad los irrespetan y no les guardan la debida consideración.

No puedo dejar de hacer conocer públicamente que el Consejo de la Judicatura, en esta última temporada, ha sancionado a un sinnúmero de jueces de todos los niveles y hasta a jueces de la Corte Nacional, examinando las resoluciones emitidas en autos y sentencias, pese a que se encuentra prohibido que lo hagan, por el COFJ, art. 123:

Las providencias judiciales dictadas dentro de los juicios, cualquiera sea su naturaleza, solo pueden ser revisadas a través de los mecanismos de impugnación ordinarios y extraordinarios, establecidos en la ley. Ninguna autoridad pública, incluidos las funcionarias y los funcionarios del Consejo de la Judicatura, podrá interferir en las funciones jurisdiccionales, mucho menos en la toma de sus decisiones y en la elaboración de sus providencias. Los reclamos de los litigantes por las actuaciones jurisdiccionales de las juezas y jueces en la tramitación y resolución de las causas, no podrán utilizarse como mecanismos de presión a favor del quejoso o reclamante, y se adoptarán las medidas necesarias para evitarlo. Los servidores y servidoras judiciales están obligados a denunciar cualquier injerencia o presión indebida en el ejercicio de sus funciones.

## Factores externos

### Antecedentes históricos

Desde siempre, la Corte Suprema de Justicia en el Ecuador fue integrada por profesionales nombrados por el Congreso Nacional, por lo que siempre los partidos políticos tuvieron gran injerencia en la Función Judicial, ya para la designación de ministros de cortes superiores y jueces, ya para el nombramiento del resto de servidores judiciales, quienes en general, en sus decisiones, respondían a los intereses e influencias de los políticos; por lo que no podía afirmarse que existía independencia judicial.

Ante esta realidad, para evitar la injerencia política y establecer la independencia judicial se realizó una consulta popular en 1997, en la que el pronunciamiento masivo de la ciudadanía decidió que la legislatura no intervenga más en la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia; y los magistrados que a la sazón se hallaban en funciones solamente podían ser removidos del cargo por faltas graves y mediante un proceso administrativo-disciplinario por mayoría de votos del Pleno del propio Tribunal y las vacantes producidas por esta causa o por cualesquiera otra –renuncia, incapacidad permanente, muerte, etc.–, debían ser llenadas según lo establecido en la Constitución política, por cooptación, esto es luego de un concurso público abierto, organizado por el propio Tribunal.

Sin embargo los dos partidos mayoritarios del Congreso, aupados por diputados ambiciosos de otros partidos menores, decidieron “por esta sola vez”, cesar a los magistrados y nombrar una nueva Corte. Esta, no pudo aplicar la cooptación para llenar algunas vacantes producidas, por los intereses contrapuestos de las dos tendencias políticas que primaban en su seno, situación que fue aprovechada por el gobierno de turno para cesar a la Corte Suprema, mediante decisión de una mayoría servil del Congreso, y nombrar otra, enteramente a su servicio. Por las actuaciones reñidas con la ética y la ley, esta nueva Corte, duró apenas cinco meses y cayó junto con el Régimen, gracias al levantamiento del pueblo quiteño, secundado por los de otras ciudades. Después de ocho meses de paralización del máximo Tribunal de Justicia, el Congreso, reformando la Ley Orgánica de la Función Judicial, nombró un Comité de Calificación, Designación y Posesión

de Magistrados y Conjucees de la Corte Suprema. Los integrantes del Comité fueron juristas designados por diferentes organismos de la sociedad civil. Participaron en calidad de veedores del proceso representantes de la ONU, la OEA, y de varios otros organismos internacionales y nacionales. El proceso concluyó con la designación de 31 Magistrados y 21 Conjucees, en noviembre de 2005.

Sin temor a equivocarme, debo señalar que esa Corte Suprema, fue única en el mundo, pues en su designación no participó ni el gobierno, ni el congreso, ni ningún partido político o agrupación gremial.

Como consecuencia, la nueva Corte Suprema de Justicia fue totalmente independiente, ya que los triunfantes en el concurso fueron designados por sus propios méritos y no por la influencia o recomendación de algún padrino o líder político influyente.

Mas la Asamblea Constituyente de 2008, reunida en Montecristi, resolvió declarar cesante a esta Corte y dispuso que se proceda a un sorteo entre los 31 magistrados cesados, para que queden 21, en una Corte de Transición, hasta que se elijan los que integrarían la nueva Corte que según la nueva Constitución, dejó de ser Suprema y solamente es Corte Nacional de Justicia.

Hoy, el proceso para la conformación de la nueva Corte Nacional y la designación de todos los servidores de la Función Judicial, le corresponde al Consejo de la Judicatura, previo concurso de meritos y oposición, de acuerdo con las normas constitucionales en vigencia.

Se espera que con este sistema se garantice la independencia de los jueces, aunque muchos desconfían aseverando que siempre habrá la designación de los jueces con la influencia de los políticos.

## Ingerencia política

Es duro reconocerlo, pero la ingerencia política en la Función Judicial, como acabamos de ver en la reseña anterior, siempre la ha vulnerado y afectado, ocasionando su desprestigio, pues la “justicia” ha actuado en consideración a los grandes intereses de los poderosos grupos económicos y políticos de la Sierra y de la Costa. Muchos juicios iniciados en contra de dirigentes de la política, de la banca, de la industria y de altos funcionarios

del Estado, han durado años de años y cuando al final han sido resueltos, los fallos dictados en materia civil o penal han favorecido descaradamente a esos dirigentes. De allí que la sabiduría popular acuñó la frase “la justicia es solo para los de poncho”.

## El factor económico

Si una persona o una entidad no posee recursos propios y para su supervivencia necesita que otra persona o entidad le proporcione esos recursos, no tendrá independencia en su funcionamiento, pues dependerá de una voluntad ajena.

Según la Constitución y la Ley, la Función Judicial, como vimos en líneas anteriores tiene, “independencia interna y externa y goza de autonomía administrativa, económica y financiera”. El art.- 14 de la LOFJ, prescribe:

Principio de Autonomía Económica, Financiera y Administrativa.- La Función Judicial goza de autonomía económica, financiera y administrativa. Administrativamente se rige por su propia ley, reglamentos y resoluciones, bajo los criterios de descentralización y desconcentración. El Estado tendrá la obligación de entregar los recursos suficientes para satisfacer las necesidades del servicio judicial que garantice la seguridad jurídica. El incumplimiento de esta disposición será considerado como obstrucción a la administración de justicia.

Disposiciones que quedan en el papel, por dos razones: 1. La asignación presupuestaria es ínfima: no llega al 2% del presupuesto del Estado, debido a que las funciones Legislativa y Ejecutiva, no la han incrementado según las necesidades crecientes, debidamente justificadas, y 2. Los recursos no son entregados a la Función Judicial en forma global y total, para su administración directa, sino mes a mes, por un Ministro del Ejecutivo, previa justificación casual.

Por tanto no puede afirmarse que la Función Judicial tiene verdadera independencia. Más aún, en los actuales momentos está en curso en la Asamblea Nacional una Ley y un veto a la misma.

## El desprestigio

Entre los motivos del descrédito de nuestra Función Judicial se destacan: la politización de algunos tribunales, la impreparación de sus integrantes que los lleva a incurrir en reiterados errores judiciales, la duración excesiva de los procesos, las trabas para el acceso igualitario, escándalos, casos de cohecho, abusos de poder, negligencias, actos de corrupción y prevaricato de los jueces y curiales, sobre todo fallos de dudosa legalidad o imparcialidad en los procesos penales, etc.

Cierto es que todo lo que acabo de anotar se produce en los diferentes distritos judiciales, aunque en porcentajes mínimos, pues la mayoría de jueces y curiales son honestos, sin embargo esta realidad da asidero a las personas que han perdido un juicio o que no obtuvieron lo que deseaban en su totalidad, para acudir a los medios de comunicación y acusar de corrupción a toda la Función Judicial, incluso con costosas publicaciones en la prensa nacional. El ataque proviene también de políticos ansiosos de captar posiciones burocráticas en la Función Judicial; y también de comentaristas autoproclamados “conductores de opinión” que, sin mayor investigación, acogen las denuncias y dándolas por ciertas las difunden magnificadas.

También debo anotar que el creciente desprestigio del ámbito judicial, comprende también a los abogados en libre ejercicio, que sin ser integrantes de la Función Judicial, laboran en íntima relación con ella y cuyas actuaciones, muchas veces reñidas con la ética, inciden en el incremento de la desconfianza ciudadana en el sistema de justicia.

Esta situación, según el resultado de un sondeo internacional cuyo informe poseemos, lamentablemente es común en la mayoría de países de Iberoamérica y Europa, excluyéndose de ella muy pocos.

## Recuperación de la confianza

Estimo que para revertir este nefasto panorama y recuperar el prestigio y la confianza ciudadana en la Función Judicial, se debe implementar reformas a las leyes sustantivas y adjetivas que aseguren la independen-

cia, la eficacia, la imparcialidad; se debe atender adecuadamente el asunto presupuestario; mejorar la selección del recurso humano; incrementar la capacitación de curiales, jueces y abogados; optimizar los mecanismos de control y supervigilancia; modernizar la infraestructura material con la dotación de oficinas e implementos tecnológicos.

Todo esto se conseguirá, lo reitero, solamente cuando los otros poderes –Legislativo y Ejecutivo– adopten una política seria y responsable, tendente a brindar a la ciudadanía un óptimo servicio de justicia, más importante aún que los servicios de educación y salud a que está obligado el Estado.



## Antecedentes históricos de la vocación anexionista de los Estados Unidos

*Leónidas Colapinto\**

Los pueblos de América serán más libres y prósperos  
a medida que más se aparten de los Estados Unidos.

*José Martí*

México está muy cerca de los Estados Unidos,  
por eso está tan lejos de Dios.

*Dicho mexicano*

Thomas Jefferson, venerado por el pueblo norteamericano como uno de sus más grandes estadistas, ejerció la presidencia de los Estados Unidos durante el doble período 1801-1809. También se lo considera como uno de los más preclaros gestores de la Declaración de la Independencia. En lo que hace a su vida particular, ejerció durante algún tiempo su profesión de abogado y durante buena parte de su existencia, en su condición de terrateniente, se dedicó a la explotación de sus campos de algodón. Para ello contaba con una buena cantidad de personas de raza negra —hombres, mujeres y niños— que laboraban sus predios en condición de esclavos. Relata Miller<sup>1</sup> que, incluso cuando era presidente de su país, se dedicaba furtivamente a la compra-venta de esclavos, o a permutarlos por otros negros de propiedad de sus vecinos, cual si fuesen meras mercaderías fungibles. Para ello —y con la finalidad de ocultar este tipo de negocios— utilizaba diversos intermediarios que se prestaban, pago mediante, a esta clase de transacciones. También ocultó, o al menos lo intentó, las relaciones sexuales que mantenía con su esclava negra, Sally Hemings, a la que convirtió en su

---

\* Abogado argentino.

1 John Chester Miller, *The Wolf by the Ears: Thomas Jefferson and Slavery*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1991.

amante.<sup>2</sup> Con ella tuvo diversos hijos a los que consideró desde luego como bastardos y a los que obviamente no reconoció jamás.

A la muerte de Jefferson (1826), se procedió a la subasta de los bienes hereditarios. En el aviso publicado el 7 de noviembre de 1826 en el *Enquirer* de la ciudad de Richmond, se anunciaba: “Venta Testamentaria. El 15 de enero, en Monticello, condado de Albemarle, todos los bienes personales que quedan del difundo Thomas Jefferson, consistentes en negros de valor, mercaderías, cosechas, etc. Se invita al público a concurrir a la propiedad. Según se dice, *los negros es lo más valioso por su número que se haya ofrecido alguna vez en el Estado de Virginia*”.

Para cumplimentar esta diligencia, Thomas Jefferson Randolph, nieto del ex presidente, había sido designado ejecutor testamentario. En tal carácter elaboró un listado de los esclavos en venta, incluyendo el valor que se le adjudicaba a cada uno de ellos. Claro que, al igual que las reses, el precio dependía de la mayor o menor utilidad que hombres, mujeres y criaturas de raza negra pudieran rendir en beneficio de sus amos. Y así como a Sally, ya de 53 años, se le fijó un valor de US \$ 50 , a la joven Polly se la tasó en US \$ 300.<sup>3</sup>

En los tiempos actuales, un descendiente directo de la pareja interracial, Eston Hemings Jefferson, logró probar mediante contundentes pruebas de ADN su parentesco, vía descendencia biológica, con el ex presidente.<sup>4</sup>

Cuando concluyó su mandato presidencial, Jefferson se retiró a sus campos algodonereros, donde continuó explotando a sus esclavos de raza negra, y al mismo tiempo siguió ocupándose de la política. En este sentido se arrogó el derecho de instruir sobre diversos temas de interés general a los mandatarios que le sucedieron en la Casa Blanca. Repasando la historia de los primeros años de existencia de los Estados Unidos como nación soberana, nos reencontramos con un documento que resulta emblemático en lo que hace a las ancestrales ansias expansionistas del país del norte. Se

---

2 Las normas tanto legales como sociales de la época prohibían el apareamiento de personas de distinta raza.

3 Jefferson Papers, University of Virginia Library.

4 E. A. Foster, M. A. Jobling y P. G. Taylor, “Jefferson fathered slave’s last child”, en *Nature*, vol. 1, No. 396, p. 27 y s., 1998.

trata de una misiva fechada en Monticello, el 24 de octubre de 1823, que Jefferson le envió a quien era presidente para esa época, James Monroe.

La misma, transcrita en la parte que nos interesa, dice:

¿Deseamos agregar a nuestra confederación alguna o algunas de las provincias españolas? Por mi parte confieso sinceramente haber considerado siempre a Cuba como la adición más importante que pudiera ser hecha en nuestro sistema de Estados. El control que junto con Florida nos daría esa isla sobre el Golfo de México y sobre los países e istmos que la bordean, al igual que sobre aquellos cuyas aguas en él desembocan habrían de colmar la medida de nuestro bienestar político.

Claro está que el bienestar político que pretendía Jefferson para su pueblo —y que siguieron y siguen buscando sus sucesores en el gobierno— se trasunta en una balanza desigual en la cual millones de seres humanos —latinoamericanos, africanos y asiáticos— padecen indecibles penurias a costa de las políticas washingtonianas adictas a voltear gobiernos populares y reemplazarlos por títeres locales, sumisos y complacientes a los mandatos de sus amos nortños. Un siglo más tarde, Adolf Hitler habría de plagiar a los Jefferson y a sus herederos políticos invadiendo naciones vecinas, expoliando a sus habitantes en beneficio de una supuesta raza superior y entronizando a sus *gauleiter*<sup>5</sup> favoritos en el gobierno de los países sojuzgados. Aquel, el mandatario de principios del siglo XIX, hablaba del bienestar político querido para su pueblo —el de raza blanca desde luego—, avasallando a tal fin la soberanía de países vecinos. Este, el dictador del siglo XX, habría de referirse a la recuperación de la dignidad y del bienestar de la raza —la aria, se entiende— usurpando territorios pertenecientes a los pueblos tildados de inferiores.

Esta *liaison* anudada a través de los tiempos y de los espacios geográficos entre el político alemán —en realidad austríaco— y los mandatarios estadounidenses, no se trata de una conjetura caprichosa. El mismo Hitler en su *Mein Kampf* se encarga de alabar el sistema de explotación de Amé-

---

5 Los *gauleiter* fueron los responsables de la dirección política y administrativa de los territorios ocupados por la Alemania nazi. Dependían directamente del Reich alemán y no pocos de ellos fueron juzgados, una vez concluida la segunda contienda mundial, como criminales de guerra.

rica Central y América del Sur, inexorablemente sometidas a las políticas desarrolladas por aquellos gobernantes del norte: “el elemento germano de la América del Norte, que racialmente conservó sus purezas, se ha convertido en el señor del continente americano y mantendrá esa posición mientras no caiga en la ignominia de mezclar su sangre”.<sup>6</sup> Por lo demás, la pravedad de la hipocresía también era común a ambos jefes de Estado. Y así, mientras el Führer declamaba ante fanatizadas multitudes su fingida vocación por la paz, al par que se preparaba para lo que Goebbels denominaría “la guerra total”, el americano se refería a Inglaterra como “una nación que solo se gobierna por puntos de vista basados en el interés”, un pensamiento que, no por ser cierto, no deja de resultar inapropiado en boca de quien carece de autoridad moral para así explayarse.

Podemos deducir, sin temor a equívocos, que el documento señalado *supra* –la primera aspiración oficial norteamericana de apropiarse de Cuba– nos exhibe descarnadamente la génesis, públicamente confesada, de una ávida vocación anexionista. La misma que tantos males, muertes y miserias provocó en no pocos países de nuestra América. De ahí en más, sin solución de continuidad, se ha venido imponiendo una descarada intromisión en las cuestiones internas de aquellas naciones que no comulgan con las pretensiones imperialistas de la autodenominada “gran democracia del norte”. Y así, a la apropiación de extensos territorios mexicanos –Texas en 1836, Nueva México, Alta California y partes de Taumalipas, Coahuila y Chihuahua pocos años más tarde– sobrevienen la posesión colonial de Puerto Rico, designado por el actual IV Reich, eufemísticamente, como Estado Libre Asociado; la implantación de la enmienda Platt en Cuba –propuesta elaborada en el Congreso norteamericano por el ultra conservador senador Orville Platt que contemplaba, entre otros abusos, la posesión de las bahías de Guantánamo y Cienfuegos a favor de los imperialistas–; el desmembramiento del territorio de Colombia; la ocupación militar de Haití; el apoderamiento de las aduanas de Nicaragua explotadas por la banca de los hermanos Brown; la supervisión fiscal (1922) de la República de Bolivia a cargo de banqueros yanquis a cambio de un leonino empréstito de US \$ 24 millones; la ocupación militar de Santo Domingo. La

---

6 Adolfo Hitler, *Mi Lucha*, Buenos Aires, Temas Contemporáneos, 1983, p. 158.

enorme y rápida acumulación de capital exigía el expansionismo a costa, primero, de los países vecinos, y luego de confines más alejados. De ahí que ya desde sus inicios, el Imperio desarrollase una ruda diplomacia en perjuicio de los países del Caribe, al que llegó a llamárselo el “lago americano”. El mismo Franklin, uno de los fundadores de la nación del norte, incitaba a las autoridades a conquistar lo que él denominaba las *sugar islands*, un producto de vasto cultivo en varias de ellas, y cuya explotación podía facilitar el monopolio internacional de la industria azucarera en manos de las grandes empresas explotadoras yanquis.

Un caso especial, tanto por su resonancia mundial como por su implicancia, es el de la presión ejercida por el Imperio sobre México en el año 1923. Estados Unidos se negaba a reconocer al gobierno democrático y constitucional mexicano aduciendo la falta de garantías para sus empresas multinacionales, y considerando “hostil” la negativa del presidente Álvaro Obregón a suscribir el documento que pretendía imponerle el Departamento de Estado como “precio” al reconocimiento de su gobierno. El diferendo surgió a raíz que diversas empresas norteamericanas, entre ellas la Standard Oil, anunciaron a Washington que la Constitución promulgada en Querétaro por el entonces presidente Venustiano Carranza disponía la salvaguardia de las riquezas naturales del país y la reversión al Estado de las propiedades cuyos títulos no fuesen legales. Entre estos últimos se encontraban, precisamente, los de la compañía petrolera. Pero una intromisión tan burda como descarada en los asuntos internos de un país soberano, que ya había sido expoliado por el mismo imperio en el arrebato de extensísimos territorios, provocó un alto grado de indignación, incluso en sectores de Estados Unidos. Para la misma época del entredicho, el senador E. F. Ladd se expidió sobre el tema en el seno del mismo Congreso norteamericano. Dijo el legislador:

No es por cierto este país, el mismo que tolera los linchamientos bárbaros que han deshonrado últimamente a Estados Unidos, el que pueda criticar a nuestra vecina República de México. Se le ha exigido a México que por medio de un tratado se comprometa a dar *una interpretación preconcebida de su Código Fundamental*. De ser esto aceptado por México implicaría su deshonra.

Desde luego que una “interpretación preconcebida” no significaba otra cosa que desviar el contenido y el espíritu, nada menos que de la Constitución nacional, en beneficio de los intereses económicos de los grandes *trusts*. Finalmente, el presidente Calvin Coolidge, asediado por la repulsa externa e interna, terminó por reconocer al gobierno mexicano. Era el 31 de agosto de 1923.

Esta catarata de desmanes cometidos por los anexionistas nortños en desmedro de las repúblicas latinoamericanas originó reacciones de diversa índole. Una de las sociedades antiimperialistas que tuvieron mayor predicamento a nivel internacional fue la Unión Latino Americana que en su acta fundacional del 21 de marzo de 1925 (Buenos Aires) adoptó la sigla ULA. En su presentación oficial –redactada en la revista *Nosotros*– informa sobre su ideario y fundamentos:

- Impulsar en los pueblos latinoamericanos una defensa de los intereses nacionales y continentales, auspiciando toda renovación ideológica que conduzca al ejercicio efectivo de la soberanía popular, combatiendo toda dictadura que obste a las reformas inspiradas por anhelos de justicia social.
- Orientar a las naciones de la América Latina hacia una Confederación que garantice su independencia y libertad contra el imperalismo de los Estados capitalistas extranjeros, uniformando los principios fundamentales del derecho, público privado, promoviendo la creación sucesiva de entidades jurídicas, económicas e intelectuales de carácter continental.
- Solidaridad política de los pueblos latinoamericanos y repudiación del panamericanismo.
- Oposición a toda política financiera que comprometa la soberanía nacional, y en particular a la contratación de empréstitos que consientan o justifiquen la intervención coercitiva de Estados capitalistas extranjeros.
- Nacionalización de las fuentes de riqueza y abolición del privilegio económico.
- Lucha contra la influencia de la iglesia en la vida pública y educacional.
- Educación gratuita, laica y obligatoria, y reforma universitaria integral.

Entre los componentes de la nueva agrupación antiimperialista figuraban hombres de reconocida raigambre intelectual y moral tales como Julio V. González, José Ingenieros, Alfredo L. Palacios, Carlos Sánchez Viamonte, Gabriel S. Moreau, entre otros. El accionar de este grupo de intelectuales en defensa de las causas justas que hacen a la dignidad del ser humano y al respeto por las ideologías y los pueblos, tuvo amplia trascendencia mundial. Aún se recuerda en cenáculos norteamericanos la enjundiosa defensa de los inmigrantes italianos Sacco y Vanzetti, achicharrados en la silla eléctrica del penal de Boston, Massachussets, por haber sido falsamente acusados de un asesinato que no habían cometido, y utilizados por el reaccionario *establishment* de ese entonces como modelo de las atrocidades que pueden llegar a cometer “estos indeseables anarquistas extranjeros a quienes les hemos brindado pan, libertad y amor”, en las propias palabras del fiscal acusador.

Ya en tiempos más cercanos, se implementan otras acciones terroristas diseñadas por los amos del norte, tal los casos de los derrocamientos de Jacobo Arbenz (1954), el guatemalteco empeñado en redimir a los obreros nativos esquilados por la United Fruit Company; de João Goulart, el brasilero integrante del Partido Trabalhista que arriba a la presidencia en 1961 y cuyas incisivas reformas sociales provocaron su desplazamiento del gobierno (1964) para dar paso a una dictadura militar que se mantuvo en el poder por espacio de una veintena de años; y de Salvador Allende (1973), impiadosamente asediado por un inconfesable contubernio entre Nixon y diversos factores de poder de Chile, conchabanza esta eficazmente desbrozada por la excelente periodista chilena Patricia Verdugo, una incansable luchadora contra la tiranía pinochetista, y que nos relata en forma pormenorizada —haciendo pie en buena parte de documentos oficiales de la CIA desclasificados hacia los comienzos del corriente siglo— cómo el general norteamericano Vernon Walters, que había sido una pieza clave para bajar del gobierno a Goulart, también intervino activamente en el golpe sedicioso montado contra Allende.<sup>7</sup> Obviamente, los casos relatados son una mínima parte de los centenares de atropellos cometidos contra la integridad de diversas naciones y que han sido los causantes, en

---

7 Patricia Verdugo, *Salvador Allende. Cómo la Casa Blanca provocó su muerte*, Buenos Aires, El Ateneo, 2003, p. 149 y s.

muy buena medida, de los padecimientos soportados por nuestras poblaciones, cíclicamente sumergidas en una endémica pobreza que se va incrementando de generación en generación, y que a la vez va acompañada por una irritante desigualdad que marca a fuego la característica del espectro social de América Latina.

Un informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 1994: 157) destaca que para el año 1990, el 46% de los habitantes de América del Sur vivían en la pobreza y aproximadamente la mitad de ellos lo hacían en la más absoluta indigencia. Asimismo, la Revista del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), del mes de diciembre de 1998, reflexiona respecto del peligro que puede llegar a entrañar la creciente desigualdad social en América Latina a la que define como la de “mayor disparidad del mundo en materia de ingresos”. Lo que no aclaran las burocráticas autoridades del Banco es si en realidad se sienten humanamente preocupados por la suerte de millones de indigentes o, más bien, por la posibilidad que la crisis decante en la explosión de justicieros estallidos sociales. Por otra parte, y ya en pleno siglo XXI, el drama de 225 millones de humanos sumergidos en una profunda pobreza (*Le Monde Diplomatique*, junio 2005) sigue sin resolverse.

Mientras persista el rapaz accionar de los Estados Unidos atentando contra la soberanía de los países latinoamericanos, con la consecuente expoliación de sus riquezas naturales, continuará incrementándose la dependencia y la acumulación de pobreza de estos últimos. El cubano José Martí fue, junto con Simón Bolívar, el máximo exponente de la lucha por la integridad de toda América Latina, a la que la soñaba fundida en un solo país, como único medio para formar una gran nación con posibilidades ciertas de enfrentar la prepotencia expansionista de los Estados Unidos. Esa unidad americanista, argüían tanto el cubano como el venezolano, es el rumbo a seguir para concluir con la epidemia de pobreza del continente.

La cantidad porcentual de desposeídos se ha incrementado. Pero también se ha ensanchado la brecha social: cada vez los privilegiados son más privilegiados mientras que los desposeídos son cada vez más carenciados. El meollo de la cuestión radica en la profunda desigualdad que afecta la distribución del ingreso y de la riqueza. Tanto, que en una Argentina otrora poderosa a la que pomposamente se la nombraba en los textos

escolares como el granero del mundo, durante el período 2002-2003 los niños comenzaron a morir por hambre. En el sentir de Morello, si bien es cierto que la “democracia es el escenario de la igualdad, siendo que su gran alfil es el propósito de igualación, por el estrechamiento de la brecha entre ricos y pobres, en el presente, lamentablemente, las cosas no se dan así”.<sup>8</sup>

Y tanto no se dan, que en la edición del 6 de junio de 2002 –año en que el sistema económico político colapsó– el matutino *Página 12* (Buenos Aires) denunciaba que no pocos niños argentinos venían combatiendo el hambre consumiendo carnes de ratas y de gatos. En un relevamiento que se hizo para la misma época en la escuela IAPI, ubicada en uno de los barrios más pobres del distrito de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, se detectó que la totalidad de sus alumnos se encontraban por bajo el nivel de pobreza. Y uno de ellos, al comentarle a su maestra que muchas veces solía alimentarse consumiendo sapos y ranas, le explicaba como los diferenciaba: “por el gusto, uno tiene un gustito rico y el otro no tanto. Es más duro el sapo”.<sup>9</sup>

Quienes venimos deambulando por la ruta de los derechos humanos nos preocupamos muy especialmente por la suerte de estas niñas y de estos niños, y también de sus propias familias. Es una preocupación que crece a la vera de hechos que mortifican, que aplastan. Al mismo tiempo aflige, y mucho, la realidad social que encubre esa situación y de la cual aquellos desposeídos son una manifestación inocultable de la misma.

En un artículo publicado en *El País* de Madrid, también reproducido por *Página 12* el 18 de junio de 2003 (p. 32), se argumenta, siguiéndose las tesis de Paul Krugman, que la desigualdad se ha convertido en uno de los rasgos estructurales de la economía de globalización. Las diferencias entre los ciudadanos del norte y el sur, así como en el seno de cualquier sociedad, han aumentado exponencialmente en el último cuarto de siglo. No por casualidad, fueron los años de hegemonía de la revolución conservadora.

---

8 Augusto Mario Morello, *Línea de partida de la Argentina posible*, La Plata, FEN, 2002, p. 74.

9 Leónidas Colapinto, *Iniquidades de la adopción*, Bahía Blanca, edic. de autor, 2005, p. 142 y s.

El abismo entre países pobres y países ricos es cada vez más acentuado. Y la endémica pobreza de aquellos está motivada, principalmente, en la despiadada explotación impuesta por los grandes *trusts* internacionales y por las oligarquías locales. Coincidiendo con el uruguayo Eduardo Galeano podemos afirmar que países en desarrollo es el nombre con el que los expertos designan a los países arrollados por el desarrollo ajeno.

Paradójicamente, la caribeña tierra cubana donde había puesto su mira Jefferson, se mantuvo indemne frente a los sucesivos atropellos y embates de su gigantesco vecino. Los deseos intervencionistas del imperio, junto con los planes de la CIA, incluyendo intentos de magnicidio, quedaron sepultados en las arenas de playa Girón donde fueron derrotadas las fuerzas mercenarias cubano-estadounidenses que allí habían desembarcado (1961).

Han pasado casi dos siglos desde que el tercer presidente estadounidense expuso su pensamiento en la carta que le dirigiera a Monroe, y poco ha cambiado. Quienes al día de hoy emergen como los poderosos que se disputan el mando político y hasta la posibilidad de acceder a la Casa Blanca, continúan con el mismo empeñamiento: dominar al resto de las naciones y sacar provecho de tal dominio. Durante su campaña electoral, el ex candidato a la presidencia de los Estados Unidos, el ultra conservador John McCain, eligió como modelo a seguir para el supuesto de llegar a ser ungido como mandatario, al recordado Theodore Roosevelt.<sup>10</sup> Y es el caso que este ex presidente de EUA es el mismo que anunció que habría de crear un vasto imperio con las antiguas colonias españolas del Caribe. El mismo que lanzó la idea de que Estados Unidos debían erigirse en celosos guardianes del mundo, lo cual no significa otra cosa que proponer convertirse en custodios de sus propios intereses y en cancherberos de los países sojuzgado. El mismo que aconsejaba, hacia principios del siglo XX, comportarse con sus vecinos latinoamericanos con la buena técnica de la diplomacia “pero sosteniendo un gran garrote (*big stick* en la jerga yanqui) en nuestra mano”. Esto es, utilizar la prepotencia de los rifles para el supuesto que la persuasión hablada no funcionase; tener preparada la opción del asesinato político, aún al más alto nivel, si la acción psicológica

---

10 Tomás Eloy Martínez, en *La Nación*, Buenos Aires, 6 de septiembre de 2008.

no da resultado. Algo similar a lo que los hitlerianos implementarían algún tiempo después, doblegar al adversario con el chantaje verbal y, de no prosperar este, avasallararlo con la prepotencia de las bayonetas.

Pero si nada ha cambiado en el ideario de los políticos del norte, algo sí, afortunadamente, se ha modificado en el contexto de los países latinoamericanos. Ya Cuba no se encuentra en la orfandad; ya los foros internacionales, por amplia mayoría, exigen el levantamiento del bloqueo; ya otros países –entre ellos Venezuela, Ecuador y Bolivia– se plantan firmes frente al vasallaje y a la prepotencia de los poderosos. Y aunque mucho falta por hacer, es mucho también lo que se ha avanzado. Hay una tendencia fuerte, con la construcción de un frente monolítico, de un muro sin fisuras de todo el resto de América. Esta unidad resulta imprescindible porque, como decía el africano Thomas Sankara en su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 4 de octubre de 1984: es necesario acceder a un nuevo orden internacional, un orden que se inscribe, muy simplemente, al lado de todos los demás derechos de las naciones –derecho a la independencia, a la libre elección de las formas y de las estructuras de gobierno– como así también el derecho al desarrollo de los pueblos; pero “ello nunca será resultado de un acto de generosidad de alguna potencia, es necesario que juntos pongamos nuestro esfuerzo para que cese la altanería de los otros”.<sup>11</sup>

---

11 *Le Monde Diplomatique*, No. 100, Buenos Aires, octubre de 2007.





# Insurgencia en Colombia y derecho internacional humanitario

*Carlos Meneses\**

## Presentación

Al abordar el tema del conflicto armado en Colombia desde una temática jurídico-política, se busca diligenciar el planteamiento y desarrollo de aspectos nuevos, no necesariamente únicos, que viabilicen el entendimiento y comprensión de tan álgido tema.

Corresponde que en la escena de la política internacional, la búsqueda de aproximaciones traiga consigo el cambio de actitudes, en el concierto de los países, en torno a por qué en el siglo XXI, un país parte del conjunto de naciones latinoamericanas, se encuentra inmersa en fases relegadas de situaciones pasadas, en el orden internacional, como las de la guerra fría, las inspiraciones del consenso de Washington, las doctrinas de seguridad nacional, la diplomacia de las cañoneras, etc.

Asumir una temática jurídico-política, implica contribuir en el aporte de elementos jurídicos nuevos y el subsecuente efecto de contenido político, que tales planteamientos aporten, en un momento determinado.

A la actitud vigilante, sumamos la de búsqueda y comprensión de un entendimiento internacional; en la instalación de ese mismo entendimiento a nivel de la mayoría de los colombianos; manifestación de valer la intensidad del riesgo asumido en clara disposición de consecuencia ante los retos que implica romper el marasmo en que la indolencia de una opinión publica internacional, sumada a la alineación mediática de una opinión publica interna colombiana, registra en torno a la solución definitiva al conflicto armado, así planteado.

---

\* Abogado colombiano.

## Visión del conflicto colombiano

En este acápite, más que todo informativo e ilustrativo, remitiré a aportes, textuales o no, de diferentes fuentes, que permitirán situarnos en el entorno de la conflictiva situación del país colombiano. Busco con ello, no la interpretación lineal y personal de los sucesos históricos pasados y presentes del conflicto armado en Colombia; sino la excepcional situación que muchos decimos conocer y explicar y que mejor hacerlo bajo la secuencia de concomitantes redacciones y de situaciones cambiantes.

### Antecedentes históricos

Nuestra sociedad ha estado atravesada por el conflicto social armado desde la mismísima invasión europea hace más de 500 años. La frustración de la revolución de independencia gracias a la victoria de los santanderistas –en contraposición a los seguidores de Bolívar– afianzó las bases de una desigualdad cebada desde la época colonial, que aunado al régimen político aristocrático y antidemocrático fueron el caldo de cultivo para los sucesivos estallidos de conflictos armados en nuestro país –las sucesivas guerras civiles que asolaron a Colombia durante el siglo XIX–. La oligarquía que usurpa el poder desde hace casi 200 años decidió dar al traste con las reivindicaciones más sentidas de los campesinos, indígenas y artesanos que fueron la fuerza viva del ejército libertador y protagonistas esenciales del proceso independentista. Se negó la libertad de partos y se aplazó la abolición de la esclavitud, se desconocieron las medidas que concedían tierras a campesinos e indígenas, se exoneraron de los impuestos a los grandes terratenientes, y hasta se impidió el ascenso a los combatientes de origen humilde.

Durante 100 años los partidos tradicionales llevaron a los hijos del pueblo a la guerra, en función de intereses que beneficiaban fundamentalmente a las grandes élites. Sin embargo en los sectores del pueblo empezaba a hacerse incontenible el clamor de los viejos problemas irresueltos y los nuevos conflictos sociales que aparecían. Al avanzar el siglo XX el campesinado seguía sin acceso a la tierra, y el naciente movimiento obrero que luchaba por las reivindicaciones laborales más elementales era tratado no como un problema social sino de orden público, como lo mostraban

los luctuosos hechos de Ciénaga en 1928 –alude a la matanza de obreros de la Fruit Company, bajo la orden a sable del general Cortez, del ejército colombiano–.

Cabe resaltar que en dicho período de tiempo se organizan las ligas campesinas, compuestas por campesinos que trabajaban en las grandes haciendas cafeteras, y exigían aumento de sus salarios, y que las pesas con las cuales medían su trabajo, y por lo tanto su salario, estuvieran calibradas. Dicho movimiento agrario se fortalece con el incipiente proceso de Reforma Agraria bajo la consigna “la tierra es para quien la trabaja”, pues les permitió apropiarse de los terrenos baldíos. Esta reforma fue implementada a través de la Ley 200 de 1936, bajo la presidencia de Alfonso López Pumarejo. “Pero la reforma se suspendió en 1944 por presiones del Partido Conservador y de los mismos terratenientes liberales. Y aquí comienza a liquidarse la reforma agraria. La parálisis del proceso de distribución de tierras, fue lo que creó una condición general de violencia, tanto del Partido Conservador como del Partido Liberal. Esto es un hecho significativo de este período. Es la gasolina de toda la violencia” –la creación en 1965 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), burocratizó la caricatura de reforma agraria; lo cual llevó al movimiento campesino a la toma generalizada de tierras en la década de 1970 y atizó la lucha armada en el campo–.

La violencia generada por el Partido Conservador, concebida como oposición beligerante a la “chusma” –como definían al campesinado–, da origen en la década de los años 40 a la organización de grupos irregulares armados, llamados chulavitas o también conocidos como pájaros en diferentes zonas del país –pues viajaban de una región a otra a perpetrar los crímenes bajo el manto institucional–, que operaron junto con la policía con una clara orientación del Partido Conservador y la bendición de la Iglesia Católica –la Policía Nacional de Colombia soporta la carga histórica de responsabilidad genocida bajo el calificativo de “policía chulavita”–. Estos grupos son los antecedentes de los paramilitares, pues el objetivo fue y actualmente es el mismo: desplazamiento, para eliminar al opositor con la muerte y destinar las tierras usurpadas a proyectos productivos agropecuarios. Las tierras o los lotes que quedaban “limpios” de liberales, los conservadores las daban a los chulavitas como forma de pago de estos “favores”, mientras a los campesinos desplazados les quedaban tres opciones: ir

a las ciudades a convertirse en trabajadores, colonizar la montaña (selvas o páramos) ampliando la frontera agrícola o “enmontarse” y proteger la vida.

Estos graves hechos de violencia se agudizan con el asesinato del caudillo popular Jorge Eliécer Gaitán en 1948, lo cual marca un recrudescimiento de la violencia tanto en la zona rural como urbana de ese entonces, cuyos mayores impactos agudizaron la acciones de los chulavitas en las zonas rurales del país. El llamado “bogotazo” fue la reacción popular al asesinato del caudillo el 9 de abril de 1948, en el que el saqueo, la destrucción y francotiradores asolaron la ciudad durante dos días. La muerte de Gaitán es un símbolo, pero no es el inicio mismo del conflicto armado actual, ya que este se enraizaba en la tozuda y violenta respuesta latifundista a la justa reivindicación campesina, aunada a la política de Estado de persecución contra la oposición política y social.

En respuesta a la violencia que estaban generando los terratenientes, los campesinos que huyeron hacia la montaña se organizaron en grupos de resistencia armada. Estos grupos tuvieron diferentes tendencias ideológicas y formas de actuar en medio de la violencia, variando de acuerdo a la región donde se encontraban. Es así como gran parte de estos grupos fueron organizados por el Partido Liberal en los años 50 y apoyados económicamente por los comerciantes, ganaderos y terratenientes de este partido. Paralelamente, en las antiguas zonas de las ligas campesinas, cuyas orientaciones provenían del Partido Comunista, se organizan grupos de autodefensa, los cuales buscaron una solución para los campesinos que las conformaban, pues se armaron para proteger su vida, y la posibilidad de vivirla dignamente: mediante la posesión de tierra para trabajar. Inicialmente la labor de estas autodefensas, aunque tuvieron una inclinación política, giró en torno a las actividades cotidianas del campesinado de la época –la década de 1947 a 1957 se estima la de mayor desarrollo industrial urbano en Colombia; contribución directa del éxodo del campo a la ciudad–.

El imperio del norte, engeguado por su confrontación de la Guerra Fría, y ante el efectivo despertar de movimientos guerrilleros inspirados en la revolución cubana por toda América Latina, da la orden del bombardeo a las zonas campesinas macartizadas por el conservador Gómez Hurtado como “repúblicas independientes”. Es así como de la agresión a las regiones de Marquetalia, El Pato, Riochiquito y Guayabero, surgen las actuales FARC.

La violencia bipartidista encubrió realmente una guerra de clase, una contrarreforma agraria efectiva y una urbanización obligada que sobreofertó obreros para la economía urbana, rebajando los salarios y aumentando las ganancias de las empresas.

Las circunstancias que generaron este fenómeno son evidentemente políticas, económicas y sociales, y se relacionan íntimamente. Políticas en el sentido que el inicio del actual conflicto armado fue una respuesta popular a la violencia, que materializaba la forma de ejercer el poder o de gobernar. Y sociales y económicas, en el sentido que las condiciones de vida del campesinado (falta de tierra, pocas vías de acceso, ausencia de escuelas, etc.) y de los trabajadores generaron inconformidad y levantamientos de los campesinos principalmente en una lucha incesante por la tierra, en contravía de la creciente preocupación de los terratenientes.

En el año de 1967 el gobierno de turno creó la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC). El trabajo político de la izquierda en sus bases, la consolidó, en la década de 1970, como una organización que lideró el mayor movimiento de masas campesinas en Colombia y por la recuperación directa de tierras. En los Departamento de Sucre y Bolívar, al norte colombiano, en la región natural de Los Montes de María, recuperaron los campesinos ciento veinte mil hectáreas, invadieron más de cuatrocientos haciendas y lograron a su favor la titulación de más de quinientas cincuenta fincas. El conflicto que no se resolvía por la ausencia de garantías para los dirigentes campesinos, arreciará por la intervención directa de los norteamericanos en nuestro país.

Mientras tanto, otros sectores políticos expresando la inconformidad creciente de capas medias urbanas dan origen a otros grupos insurgentes como el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL), así como a otros tantos. El Estado buscó desde entonces la “salida militar” y declaró la guerra no solo a estas organizaciones, sino gracias al seguimiento a pie juntillas de la denominada Doctrina de Seguridad Nacional, emprendió una persecución abierta contra cualquier expresión social no afín al régimen, en su paranoica teoría del “enemigo interno”, forma larvada de la actual diatriba antiterrorista.

Así mismo, volviendo a su vieja usanza, las clases poseedores relanzan sus “pájaros” con especial furor desde la década del 80, ahora bajo el

mote de paramilitares, con la innegable anuencia de los altos mandos y coincidiendo con el empoderamiento de los carteles del narcotráfico dentro la élite colombiana. En los 90 este fenómeno se eleva a una verdadera política de Estado, anclada no al combate militar de la insurgencia sino al control político, la persecución al movimiento popular y la salvaguarda de los grandes intereses económicos de los capitales legales e ilegales (en la década de 1990, en los citados Montes de María, ocurrieron cincuenta y seis masacres; cuatro mil asesinatos políticos de campesinos y el desplazamiento de doscientos mil de ellos).

## El conflicto en Colombia

Según Susanne Brenner:

El país vive desde hace más de 50 años un conflicto armado interno cuyas causas provienen de la gran desigualdad social y de la lucha por la propiedad de la tierra. Este conflicto viene agudizándose por la explotación de los abundantes yacimientos de recursos naturales y la biodiversidad; por las condiciones óptimas para el uso agro-industrial; y por mega-proyectos infraestructurales. Pero también por el control del cultivo y del comercio de la coca. [...]

Existe una oligarquía que domina el país desde siglos y defiende su hegemonía sin importarle el costo social. El narcotráfico, por su parte, se presenta como atractivo para ciertos sectores de la población, a partir de su promesa de la “plata fácil”. Hace gran daño porque destruye el tejido social de las comunidades locales, incentiva a la corrupción política a todos los niveles y sirve como fuente de financiamiento de los grupos armados de todo tipo. ¿Cómo vencer a un enemigo tan potente y atractivo, que además tiene muchos vínculos internacionales?

En todo ese conflicto, el tema de la tierra es clave. No solamente para mega-proyectos de cultivos como la palma africana, que amenazan la soberanía alimentaria, sino también para proyectos de minería.

Las minorías étnicas pierden cada día más sus títulos colectivos sobre la tierra. Y no solamente los pierden por desplazamiento forzado, sino más y más por corrupción y soborno a sus líderes. Parte de una nueva estrategia promovida por los grupos de poder interesados en explotar esos territorios.

De James Petras:

### Un Presidente con récords mundiales

No cabe duda de que el presidente Uribe ingresará en el *Libro Guinness de los Récords*.

El Presidente cuenta con el respaldo de *más narco-diputados* que cualquier otro presidente o primer ministro del mundo –incluida Afganistán–.

El Presidente es responsable del desplazamiento de *más personas* –4 millones de refugiados– en *el plazo más breve* –8 años– que cualquier otro presidente del mundo. (Ha desbancado a Israel en su medio siglo).

El Presidente ha autorizado la instalación de *más bases militares estadounidenses* que todos los presidentes latinoamericanos juntos. El Presidente es responsable de la matanza de *más militantes y dirigentes sindicales* que cualquier otro líder mundial (1.500). Por cada primer puesto en muerte y usurpación, el presidente Uribe merece un nuevo galardón, un premio *Innoble*.

Pero no es el único, *tres presidentes estadounidenses*, tanto demócratas como republicanos (Clinton, Bush y Obama), han suministrado armamento y centenares de asesores por valor de miles de millones de dólares para financiar a 30.000 narco-miembros de escuadrones de la muerte y 300.000 soldados, que desempeñan un papel fundamental en la obtención de los “récords mundiales” de Uribe.

Recordemos y castigemos los crímenes contra la humanidad del pasado y del presente, pero tomemos la delantera en la búsqueda del diálogo entre quienes están dispuestos a mantenerlo, porque constituyen una mayoría que cree en la paz a través de la justicia.

## Caracterización del conflicto colombiano

El proceso histórico del conflicto colombiano no puede explicarse solamente desde sus características armadas sino desde las causas que dieron origen a estas organizaciones que decidieron ejercer la lucha armada.

El conflicto armado colombiano constituye entonces la expresión más evidente de un profundo conflicto social, que tiene su origen en las intensas desigualdades sociales existentes al interior de la sociedad colombiana, así como en el excluyente régimen político colombiano; la concen-

tración de la tierra y de los demás factores de la producción, la exclusión de las mayorías de los mecanismos de toma de las decisiones políticas y económicas, el aniquilamiento físico de la oposición, como en el caso de la Unión Patriótica (UP) constituyen muestras de dicha realidad –el genocidio asciende a seis mil activistas y militantes de ese partido político–. La actual desigualdad social, ha sido una constante en nuestra historia y está fundamentada en el enriquecimiento de un sector minoritario de la sociedad mediante el desplazamiento del campesinado, la explotación de los trabajadores y el empobrecimiento del pueblo colombiano en general.

Pese a lo anterior, la posición oficial del régimen uribista ha sido la de desconocer las raíces sociales del conflicto y limitar la acción armada a un simple actuar de bandas del narcotráfico, donde paramilitares y guerrillas significan lo mismo y su lucha se da en la competencia que existe por rutas y mercados de la droga. Bajo este argumento la lucha armada no comprende ningún fin político, por lo tanto discusiones como el estatus de beligerancia, el intercambio de prisioneros y la solución política del conflicto no tiene cabida en la agenda política del gobierno nacional.

Seguidamente otra característica propia del gobierno nacional es la de dibujar la lucha armada y social en el marco de la acción preventiva, el enemigo interno, y los grupos terroristas. Desde esta lógica, todo accionar armado se reduce a hacer parte de una “amenaza terrorista” latente al interior del territorio que quiere atentar contra el gobierno nacional y el gobierno estadounidense. La lucha social se estigmatiza como “apología al terrorismo” y de esta forma se manipula y doblégan las intenciones de cambio y transformación social, generando un hilo de vulnerabilidad sobre las poblaciones y sectores sociales que se atrevan a proponer nuevas formas de vida.

Este sometimiento ideológico se fortalece con la ayuda económica y tecnológica, recibida del gobierno estadounidense y la entrega de territorios para que los militares extranjeros instalen sus bases de dominación supranacional.

Bajo estos preceptos ideológicos del terrorismo, el gobierno nacional desconoce la existencia del conflicto social y armado y cierra toda posible vía que nos lleve a encontrar una solución política y negociada entre los diversos actores.

Ante esta actitud, se contraponen la de la sociedad internacional vecina, principalmente Venezuela y Ecuador, quienes padecen los alcances del conflicto colombiano y sus incidencias en sus propios países. Estos gobiernos han promovido a nivel internacional una cruzada para la solución política y negociada en Colombia, para lo cual han puesto recursos y presupuestos para de lograr dosificar los impactos de nuestra guerra nacional.

Así mismo, diferentes organizaciones sociales y populares que recogen varios sectores de la población, han articulado diversas iniciativas en pro de la solución política del conflicto, promoviendo a través de un diálogo fluido con la guerrilla de las FARC-EP, liberaciones unilaterales de rehenes que permitan tomar confianza hacia un acuerdo humanitario –intercambio de prisioneros de guerra–, como el primer paso, para que las partes logren sentarse en la mesa a dialogar, y así generar caminos de paz que permitan la eliminación de las causas políticas, económicas y sociales promotoras del conflicto y de la desigualdad social que reina en nuestro país.

La superación del conflicto social y armado requiere de unas Fuerzas Militares para la paz, cuya base sea un nuevo mando militar formado en la defensa de nuestra soberanía nacional y el respeto a las libertades ciudadanas; Colombia necesita una nuevas Fuerzas Armadas purgadas de la Doctrina de Seguridad Nacional con base en la cual han actuado durante décadas bajo el supuesto de la existencia del “enemigo interno”. La depuración de la oficialidad implicada en violaciones de derechos humanos (DH) en asocio con el paramilitarismo y el narcotráfico, en asesinatos de civiles como los denominados “falsos positivos” y en casos de corrupción, es otra de las tareas ineludibles hacia la consolidación de la paz. Se requiere barrer con cualquier resquicio del fuero militar detrás del que pretenden esconderse los criminales de guerra y rechazar firmemente los intentos fascistas por la restitución de modalidades afines a la impunidad.

El presupuesto de estas Fuerzas Armadas debe ser coherente con las nuevas necesidades del país; no es sostenible, para un país que aspira saldar la brecha social que ha sido combustible del conflicto armado, mantener un presupuesto militar cercano al 7% del PIB requiriendo cada año el aumento de la carga tributaria para alimentar la guerra como sucede en la actualidad, con un pie de fuerza hipertrofiado que se ha cua-

druplicado en la última década y un pasivo pensional que crece hacia el infinito. En ningún otro momento de la historia colombiana el porcentaje de inversión en guerra fue tan alto, este presenta una tendencia creciente desde el año 1991, pasando del 2% al 6,32% en 2007 y al 6,5% en 2008. Este corresponde al más alto nivel de inversión en guerra del continente americano y a uno de los más elevados del mundo, por encima de Estados Unidos (4,04% del PIB) o los países europeos pertenecientes a la OTAN (alrededor del 2% del PIB). La salida política al conflicto requiere de la reducción y readecuación técnica, presupuestal y operacional del Ejército para la preservación de paz en las fronteras; la Policía deberá reorganizarse para garantizar la seguridad ciudadana.

## De la aplicación del derecho internacional humanitario

El derecho internacional humanitario (DIH) comprende las reglas que rigen las relaciones con la comunidad internacional. Es parte integral del derecho internacional.

Para el tema que nos ocupa visualicemos cuándo se habla de aplicación del DIH y cuándo de aplicación de los DH. Cuando se hace relación a los conflictos armados internacionales y a los conflictos armados no internacionales; nos encontramos en la aplicación del DIH.

Esta rama del derecho internacional aplica a lo aludido como derecho de la guerra, en cuanto a su génesis o formación en los convenios, también conocidos como Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya. Las expresiones latinas *jus ad bellum*, *jus in bello*, reúnen la referente aplicación del DIH, para la calificación de un conflicto armado en mira a la aplicación y observaciones en torno a protección de prisioneros de guerra, de población civil, por ejemplo.

Es de resaltar que conceptos como “derecho de la guerra”, no obedece a la concepción moderna del derecho internacional y hoy no aplica. La denominación jurídica de guerra entre dos Estados, es una situación de prohibición formal en el actual derecho internacional público. Las guerras hoy son ilegítimas y de darse situaciones adversas no se habla de “gue-

rras” justas o no entre Estados. La definición jurídica ha cambiado por la de situación de conflicto armado internacional. El concepto de conflicto resulta más amplio que el de guerra. El pasado *jus ad bellum* (derecho a la guerra) era el que motivaría a un Estado soberano para acudir a ella. Tales procedimientos excluían el ámbito de las relaciones internacionales en el ejercicio de la diplomacia. Esa rama del derecho internacional público –la diplomacia– como el ejercicio más civilizado era desplazada. Se habilitan métodos y medios para conducir las hostilidades.

Como referencia cronológica del DIH, citemos el primer convenio de Ginebra en 1864; el convenio de La Haya en 1895; la declaración de San Petersburgo en 1868; la fundación –por el gobierno suizo– de la Cruz Roja Internacional en 1863, con las ideas de Henry Dunant, plasmadas en su libro *Recuerdos de Solferino*, pueblo de Italia escenario de la batalla en que los franceses derrotan a los austriacos en 1859 y en el que clama por la atención de los heridos. En 1949 los cuatro convenios de La Haya, con la suscripción de 156 Estados partes. Luego en 1974 el gobierno suizo convocó la conferencia diplomática, que generó la expedición de los protocolos adicionales I y II de 1977; teniendo todos como punto de aplicación el art. 3 de la Convención de Ginebra. Existe la codificación de normas de protección a las víctimas de los conflictos armados. Protección a heridos, presos, náufragos, población civil, corresponden a categorías especializadas. La protección a las víctimas de conflictos armados tiende a que cualquier método o medio de extender la guerra más allá de sus alcances, con sufrimientos inútiles, han sido excluidos por la comunidad internacional, calificándoles de inaceptables. A continuación transcribo el art. 3 de la Convención de Ginebra (1949), de particular importancia en contenido:

#### Art. 3 Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las cir-

cunstances, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
  - b) la toma de rehenes;
  - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
  - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

Acorde con lo predominante en el derecho internacional moderno el *ius ad bellum*, el derecho a la guerra, hoy no existe y solo se aplica el *ius in bello*, el derecho de la guerra, también conocido como el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya.

Los conflictos armados internacionales son aquellos suscitados entre dos o más Estados parte. El conflicto armado no internacional es aquel sucedido al interior de un Estado parte. El DIH, en situaciones de disturbios internos y de tensiones internas, en un Estado miembro, categoría que no es tema del presente estudio.

Pero ¿las reglas que rigen las relaciones entre la comunidad internacional –como lo hemos acotado– se configuran en un cuerpo normativo o de derecho positivo, con el criterio –digamos– de intereses consolidados? A nuestro modesto entender, no. No opera o se da una existencia de nor-

mativa tipificante de conductas a observarse. Por ende, no estamos ante un derecho punitivo o penal. Existe una especie de codificación de normas sobre protección a heridos, a ex combatientes, etc. Luego de la Segunda Guerra Mundial se editan los Cuatro Convenios de Ginebra. El Primer Convenio, sobre el trato a heridos y enfermos. El Segundo Convenio en cuanto al trato de heridos, enfermos, náufragos en el mar, pero de interpretación extensiva en ríos. El Tercer Convenio, sobre trato a prisioneros de guerra. El Cuarto Convenio, sobre protección a personas civiles en territorios ocupados.

En el derecho internacional público normativo o positivo, se integra el DIH; para la aplicación de conflictos armados internacionales entre Estados; o conflictos armados no internacionales, que son aquellos sucedidos en el interior de un Estado miembro o parte. Los Estados parte así afectados, eligen medios y métodos a tratar de aplicar como protección, con ocasión de ese conflicto planteado o existente. Teleológicamente busca el nuevo derecho internacional público que lo ilícito de ese conflicto se rija por la aplicación de los principios humanistas. Es lo así conocido como humanización del conflicto o humanización de la guerra; que tantas conjeturas ha desarrollado en torno a la probabilidad que la guerra sea humana; cuando aun la categoría de justa ha sido desplazada.

## Contenido del DIH

De conformidad con que en el sistema del derecho internacional hace parte el DIH, corresponde detenernos en la caracterización de su contenido.

El contenido del derecho internacional es esencialmente no represivo. No tipifica conductas punitivas, ni emite juicios de condena. La esencia del derecho internacional es de interpretación teleológica o finalista. Tampoco se enmarca en lo esencialmente normativo y por ende, no es de contenido taxativo, ni *numerus clausus*. No configura un estereotipo a imagen y semejanza de nada. No comporta un paradigma de exigencias. Algunos le endilgan requisitos o ajustes; pero lo que ello implica es el reflejo de expresiones de intereses políticos en concreto, por gobiernos o

países aludidos en torno a la aplicación del DIH. Expresa sí, la ejecución de métodos y de medios para abordar y conducir las hostilidades planteadas en un momento determinado. Por ello se parte que no es un derecho positivo normativo; sino que constituye un derecho de norma consuetudinaria, entrelazando una opinión *juris* u opinión *necessitati* en un proceso individual *rationae personae*. De tal manera que el caso dado o artículo concreto, objeto de estudio particular, para la aplicación del DIH –como en el caso del presente que busca habilitar el ejercicio del análisis de la insurgencia armada en Colombia– no podrá revestirse de la tipificación particular de un estereotipo normativo a manera de imposición o camisa de fuerza, sobre premisas, por ejemplo, que “así lo dicta el DIH”.

Con lo anterior se busca resaltar que el planteamiento del presente artículo no aplica para la insurgencia colombiana como una camisa de fuerza o sometimiento, puesto que el derecho internacional es un derecho de excepción, es un derecho político. El poder lo tiene la comunidad internacional, en relación con las potencias, con su peso e incidencia. El procedimiento es el indicado por la Organización de las Naciones Unidas. El practicismo apunta a comprender que al derecho internacional público lo domina políticamente la potencia. Entendemos al respecto que, temas como la libertad de reunión, o de asociación, o de derechos económicos, sociales, culturales, no son de aplicación en el DIH. Corresponde precisar que aspectos como las de normas de conducta a imponer u observar a la insurgencia colombiana, es difícil de aplicar en el DIH.

## El papel del DIH

En situaciones de un conflicto armado internacional, aplica el DIH. También en situaciones de un conflicto armado no internacional, que es el tema de la presente ponencia. Otra es la aplicación del DIH, por las situaciones de Disturbios Interiores y de Tensiones Internas, bajo requerimiento vigilante o de seguimiento al gobierno del Estado parte afectado y bajo la observación de los DH.

## Noción de conflicto armado no internacional

Por conflicto armado no internacional se puede entender la confrontación armada contra un gobierno constituido, entre fuerzas armadas de un Estado parte, contra fuerzas armadas disidentes o fuerzas armadas irregulares, bajo la dirección de un mando responsable y cuyo conflicto se desarrolle dentro del territorio de ese Estado parte, con un control tal de hecho y con la realización de operaciones militares sostenidas y concertadas.

### Elementos

- a) El conflicto surge por enfrentamientos o choques armados; generando combates que se desarrollan o tienen como escenario el territorio de un Estado parte. Se desarrollan dentro de la jurisdicción de esa nación.
- b) La confrontación con fuerzas armadas disidentes, entendidas como sectores que hacían parte, pero se separaron y no obedecen al mando del gobierno central.
- c) O con fuerzas armadas irregulares; entendiéndose como grupos armados que al no seguir las reglas del Estado parte se erigen contra él. Su conformación ha sido espontánea o fruto de un proceso organizativo, con permanencia en el tiempo en relación con origen y causa.
- d) Contra un gobierno constituido, lo cual expresa la intención de subvertirlo, insurreccionando en su contra. Es enfrentamiento contra un poder legítimo y el de la insurgencia es un poder naciente, un germen de poder aún no legitimado.
- e) Un mando unificado, responsable. Este elemento resume toda la teoría de la guerra o al desarrollo de teóricos como Klauts o Sun Yat-Sen. Destacan cinco factores en toda guerra: la doctrina, el tiempo, el terreno, el mando y la disciplina. Deteniéndonos en este elemento de la noción esbozada, alude a la existencia de una dirección militar y política que asume la responsabilidad de todo el accionar insurreccional durante el conflicto. Ese mando es centralizado y en lo militar es vertical. Las órdenes de los superiores militares se cumplen. Así ha sido desde los orígenes de la guerra o el conflicto; al igual que como

enseñó Ho Chi Min, el arte de la guerra es el camuflaje y el engaño al enemigo.

- f) Con operaciones militares continuadas, sostenidas, concertadas, que denotan un “control tal” de hecho y bajo cuya efectividad, son las que explican la existencia del conflicto.

Con el enunciado del anterior concepto expresamos la inexistencia de una definición normativa del DIH respecto a conflicto no internacional.

De igual manera que el concepto de conflicto es más amplio que el de guerra; la calificación de ese conflicto no necesariamente cae en el gobierno del Estado parte afectado, que por motivaciones políticas por lo general no lo admite, no lo reconoce y lo desestima.

La calificación para el reconocimiento del conflicto es de mucho peso eolítico. Las relaciones entre los Estados se rigen por los acuerdos y la diplomacia. Pero la calificación del conflicto se centra en ejercicio a las Altas Partes. También a organizaciones regionales –OEA, UNASUR, por ejemplo–. De igual manera al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Entre las fuentes de derecho creadoras de esa noción de Conflicto No Internacional, resaltan los Convenios que abordan ese tema del conflicto como muy preciso; también los protocolos, que en cambio aplican unos criterios más amplios. Es una prueba más del carácter de excepción del DIH. Por ello diremos que la no calificación del conflicto armado no internacional por algún ente, no significa desaplicar el DIH. Significa en cambio, que ante la situación concreta y real, padecida al interior territorial de ese Estado parte afectado por el Conflicto, están operando los convenios protectores ya reseñados; así como la incidencia de Potencias Protectoras, protección a prisioneros de guerra, a ex combatientes, protección a la población civil. Es decir, todos los sistemas de protección están activados. Es por ello que aunque no se califique, o peor aún no se acataren las normas de conducta; resulta desde todo punto de vista político y humano inadmisibles la desprotección. Esta excepcionabilidad es lo que algunos califican de ilusorio con relación al respeto de un derecho ya violado o normas de conducta inobservadas. Pero es ahí donde resalta el carácter político y de contenido ético de la coerción moral que alimenta al DIH.

## De tesis sobre aproximaciones a la situación de la insurgencia en Colombia

### Primera tesis: actualización particular del conflicto

Al mencionar que por intereses políticos del Estado parte afectado, se llegaría a la indefinición de aceptación de un conflicto no internacional; corresponde remitir a la comunidad internacional o de naciones su papel de actuante o facilitador. Aquí es dable destacar el papel de Naciones Unidas en los conflictos internos, sin que ello represente un reconocimiento expreso de una beligerancia. Corresponde destacar que la actuación de organismos internacionales, regionales, o de países en particular, no significa injerencia interna en ese país, como Estado parte afectado. Ello es de por sí sensible; pero no se parte de hipótesis, sino de razonada actualización en el enunciado o actuación de grupos irregulares en armas contra el Estado o contra gobiernos legítimos. Por actualizar el conflicto en el Estado parte afectado, no se está rompiendo el orden internacional. La aceptación internamente dentro del Estado afectado puede no ser expresa. El reconocimiento o aceptación tácita se da por actos notorios. Múltiples serán las formas de manifestación tácita; como cuando voceros autorizados en la línea de mando, por ejemplo, reclaman a la fuerza irregular la aplicación o respeto al derecho humanitario o el requerimiento al accionar de niveles internacionales. La llamada internacionalización del conflicto por actos de los insurgentes –como fuerzas irregulares– que pueden afectar o afectan en algún grado a terceros Estados, actualiza el conflicto y esos sujetos dejan de ser irregulares para ese tercer Estado. Existen quejas al gobierno colombiano, por parte de gobiernos vecinos, por acciones u omisiones en torno al manejo del conflicto para sustentar esta tesis de la actualización particular del conflicto.

### Segunda tesis: lo real, lo concreto

Muchas veces se plantea por parte del Estado afectado una serie de requisitos o de exigencias que no tienen asidero en el derecho internacional. Que para calificar el conflicto se exigen hostilidades totales o control

de parte del territorio, por ejemplo. Conforme lo expuesto sobre la naturaleza y caracterización del derecho internacional, no existe una tarifa expresa a cumplirse. Lo sensible del asunto radica en que se trata de un acto de reconocimiento y de peso esencialmente político. Aquí el planteamiento de la tesis es ir a lo real, a lo concreto, a lo existente. Obviamente que este aspecto permite el juego de sustentaciones y de argumentaciones, como el de que en Colombia no se asiste a un grado de hostilidades totales. Que si bien la insurgencia armada, ataca y controla en un lugar hoy y en otro mañana, conforme a la movilidad de una guerrilla; la fuerza legal o ejército oficial se cuida de no acudir a una “ofensiva general”. La realidad palpable invita a otra lectura. Los planes ofensivos del ejército legítimo se suceden a todo lo ancho y largo del país afectado. La sumatoria de ofensivas con diferentes denominaciones –Plan Colombia, Plan Patriota, Plan Consolidación, etc.– se suceden con inicio y sin fin. Podemos calificarlos de permanentes y totales. La consigna del actual mandatario del Estado afectado: “arreciar, arreciar, arreciar” denota una constante total. La respuesta insurgente de generar múltiples inconvenientes, en sucesivas regiones del país, produce efectos político-militares deseados y la actualización de su constante accionar permanece activa, latente en la opinión poblacional. Y no se trata del peso o efecto de lo mediático. Se trata del drama humano, humanitario, que genera el escenario del conflicto.

### **Tercera tesis: el concepto de conflicto es más amplio que el de la guerra**

En Colombia las hostilidades –como Estado afectado– se suceden desde hace muchos años. El factor tiempo, esencial en toda guerra, no aplica en la misma intensidad en el conflicto. En la guerra, el factor tiempo determina el evitarla al máximo. Las guerras prolongadas, con las vicisitudes que ello acarrea, desnaturalizan el factor tiempo. En la estrategia de la guerra es determinante el factor tiempo: por cuánto tiempo se va a estar ahí. Esta estrategia del factor tiempo va unida al factor territorio. El planteamiento de esta tesis es que acogiéndonos al concepto moderno del derecho internacional de la ilegitimidad de la guerra y asumiendo solo el concepto de conflicto, no reviste peso alguno la argumentada exigencia a

la insurgencia, por parte del Estado afectado, de no contar con un control territorial administrativo, al menos parcial, del territorio nacional. La especie de exigencia de territorios tomados y bajo control de la fuerza armada irregular, no es de recibo a la luz del moderno derecho internacional. No descalifica en modo alguno el carácter de conflicto no internacional el que la fuerza armada insurgente asuma control transitorio de parte de territorio del país afectado y luego lo deje o desplace a otra zona territorial. Califica en cambio la permanencia en el tiempo de presencia insurgente nacional. Sin pretender desviar la atención de lo analizado, el escenario del conflicto por tantos años de permanencia en Colombia hace parte del imaginario nacional. Desde 1945, los conflictos armados internos no internacionales son más comunes que los conflictos armados entre Estados. Tal como lo anotamos al explicar el elemento 6 de la noción de conflicto, las operaciones militares continuadas, sostenidas, concertadas, que denotan un “control tal” de hecho, son las que demuestran la efectividad de la existencia del conflicto y de lo cual la nación colombiana desafortunadamente no está librada. De manera que el énfasis de la presente tesis planteada es la del no necesario control administrativo de parte del territorio del Estado afectado para sustentar la existencia del conflicto.

#### **Cuarta tesis: el peso político de la calificación del conflicto**

Bajo un análisis de naturaleza objetiva, corresponde destacar la actitud política del Estado afectado en que la situación planteada se pueda o no calificar de conflicto.

Por referencias históricas a un nivel de conflagraciones como la guerra civil española, no procedió lo de la calificación o reconocimiento; pero sí operó el mecanismo de los países neutrales. Pero esto también es un acto expreso de voluntad política. Al aceptar otro Estado la situación de conflicto interno no internacional en otro, asume una posición de neutralidad. Cuando el Estado parte aboga por un rechazo o calificación, para cooperación, que se traduciría en involucramiento en el conflicto y el tercer Estado no interviene, se está –tácitamente– ante una posición neutral. Ante el conflicto en Colombia, la tónica de los países sudamericanos ha sido

esa. El acto político que acepta el reconocimiento del conflicto lo es tanto en lo declarativo como en lo Constitutivo. Al declararse la aceptación del conflicto, corresponde un respaldo moral a los insurgentes y se constituye una reciprocidad entre el que reconoce y el reconocido. Esto que era lo aplicado en caso de guerra, hoy opera igualmente ante el conflicto no internacional. El punto a destacar radica en que si ese acto político debe ser expreso. Obviamente que el reconocimiento o calificativo tácito, no opera con el peso político requerido. En el conflicto armado no internacional, el neutral llama a las partes a concertar. Este es un ejercicio del derecho convencional de iniciativa que no lo puede considerar el Estado padecido o afectado como de injerencia en asuntos internos. Ningún gobierno así involucrado puede sentirse molesto por ello. El estereotipado formalismo de encajar condiciones redundante en falta de voluntad política. Reiteramos en las consideraciones de carácter político para que por múltiples razones no se den las calificaciones del conflicto interno. Pues precisamente es por este motivo que la comunidad internacional debe prestar la mayor atención a la aplicación de esta rama del DIH.

## Quinta tesis: el conflicto es negación de los derechos humanos

El analista colombiano Hernando Vanegas Tolosa, en su libro *La Complejidad de la Guerra y la Paz*, incursiona en la perpleja y compleja realidad del que “decide la guerra” y “el que hace la guerra”. En desarrollo del enunciado o máxima que la guerra es la continuación de la política por otros medios, alerta que el debido manejo de los otros medios es lo que evita la derrota. En una explicación metodológica que él llama dialéctica-dialógica explica que en la guerra-victoria-derrota, la una es contenido de la otra y que la victoria es inherente a la derrota. En el caso del conflicto que nos ocupa, como lo es el colombiano, los gobiernos se tornan incapaces al buscar una solución dialéctica de triunfo en el teatro de operaciones, sin apreciar el aspecto dialógico de lo inherente victoria-derrota. El mismo analista al referirse a la paz, no la identifica con la sola ausencia de guerra. La centra en la búsqueda constante de solución a lo antagónico, a la lucha de los contrarios. Pero en esa búsqueda acude al discurso de la palabra y resume en ese recurso del homo sapiens el reencuentro en el

juego de las probabilidades. La palabra, diálogo, conversación, la minga o palabra colectiva de los indígenas, habilita la transición pacífica hacia el mañana que es incertidumbre; pues afirma, la guerra es certidumbre hacia la muerte.

La insistencia en llamar la atención sobre lo humano es por las desastrosas consecuencias del conflicto armado. Las armas callan las comunicaciones de los colombianos; acallan la voz de la razón. Ante las situaciones progresivas del conflicto armado, el papel funcional del DIH emana de la solidaridad humana.

## Vigencia o no de la beligerancia

La beligerancia es una vieja figura del derecho internacional. El reconocimiento de beligerancia, viene de la Convención de La Habana de 1928. Tanto lo de beligerancia como lo de neutralidad, fueron temas del llamado derecho de la guerra, que tuvo su auge; pero como lo explicamos, la Carta de las Naciones Unidas (1945) eliminó el derecho de los Estados a recurrir a la guerra y por ende las nociones de beligerancia y neutralidad han perdido vigencia.

Con relación al análisis que nos ocupa, la adopción de las Convenciones de Ginebra, sus Protocolos Adicionales de 1977, en particular el Protocolo II y la referencia al art. 3 citado, respecto a los conflictos armados no internacionales, hace innecesario invocar lo de beligerancia y neutralidad; destacando el papel de las Naciones Unidas y de los organismos regionales multilaterales. Las corrientes del nuevo o moderno derecho internacional habilitan a esos organismos para que intensifiquen su papel en la intervención creciente en los conflictos armados internos, buscando la participación de las fuerzas armadas contendientes, sin que ello implique el reconocimiento de beligerancia. Esta expresión las rechazan siempre los Estados parte involucrados. Con la mejor intención, simplifiquemos que ante la existencia de un escenario que no ha llegado al grado de hostilidades totales generalizadas que reflejen un nivel de “guerra” civil, declarada o no, lo de beligerancia no aplica.

Partiendo que la beligerancia es una vieja figura del derecho internacional, el aporte de los tratadistas, o de la doctrina jurídica internacional,

abarca hoy tres etapas, en torno a los conflictos armados no internacionales: 1. rebeldes; 2. insurgentes; 3. beligerantes (guerra civil). Lo de guerra es expresión proscrita del nuevo derecho internacional; pero ello no implica que los gobiernos de un Estado parte con sus Fuerzas Armadas que combaten, utilicen la expresión de “estar en guerra” o “declarar la guerra” lo cual habilita una forma de efecto internacional de ese conflicto interno para el manejo del asunto interno en ese país.

Tengamos en claro que se impone la revisión de los planteamientos del derecho internacional ante las situaciones progresivas. Las condiciones exigidas por el viejo derecho internacional para el reconocimiento de beligerancia como las de: 1. Situación real de guerra, con hostilidades generalizadas. 2. Control insurgente de porción de Territorio. 3. Alguna forma de gobierno de esas fuerzas insurgentes. 4. Capacidad de las fuerzas insurgentes de cumplir con las normas del derecho de la guerra; así citado para reiterar lo tendiente a humanizar el comportamiento de los ejércitos. Estas condiciones, insistimos, no aplican en el calificativo de conflicto armado no internacional. Por ende no aplican en el estudio presente al caso colombiano. En la confrontación colombiana no se ha llegado a hostilidades generales; aunque penosamente la tendencia sea el incremento de las actividades con características graves. Operan fuerzas armadas insurgentes con presencia nacional e imagen notoria de mandos centralizados, similares a las jerarquías de un ejército convencional; pero no ejercen funciones de gobierno propio, así sea parcial. Lo de control territorial o no, deja de ser un argumento controversial válido.

La indisoluble relación de los factores espacio-tiempo en el prolongado conflicto interno colombiano, conlleva a que la presencia de las fuerzas insurgentes abarque el territorio nacional. Sintomático lo de la aceptación gubernamental de que tales territorios que antes eran del control de la insurgencia, hoy ya no lo son, de que están relegados a los territorios más despoblados de la nación, de que no están presentes en las grandes ciudades, sin ninguna veracidad. Existe una aceptación —tácita o no— de la presencia insurgente y de la movilidad guerrillera en todo el país. Esto de movilidad territorial habilita el factor analizado, dado que lo aplican los insurgentes para no ser capturados. Un elemento de tipo político como lo es el de que no se ha dado una derrota militar; aunque no es un factor del

derecho internacional, pues en el evento de darse desaparece el conflicto; reviste de características relevantes el cambio de paradigmas en las situaciones progresivas y cambiantes del conflicto interno armado colombiano.

## Prejuicios existentes

La posición de Colombia como Estado parte afectado, es la expresada por su gobierno, el cual no acepta la existencia del conflicto armado interno puesto que ello implicaría admitir la existencia de beligerancia. Debaten en torno a que el reconocimiento del conflicto armado en el país significa reconocer status de beligerantes. La finalidad de esta ponencia, alienta a legitimar la existencia del conflicto armado en particular y aportar al no calificativo de la fuerza armada que se enfrenta como contraparte como una fuerza beligerante. Ello, por que como hemos insistido, lo de beligerancia no es de usanza en el calificativo de conflicto armado no internacional. Que la expresión guerra y guerra civil esta proscrito del léxico del derecho internacional. Que el derecho internacional moderno califica al conflicto armado no internacional y concibe los niveles de grados de hostilidades en su agravamiento, lo que en romance no jurídico, conllevaría a la comprensión de una “guerra” civil. Beligerante se predica a la nación que esta en guerra. Académicamente insistimos en que la beligerancia es una vieja figura del derecho internacional. Beligerante proviene de belicoso, guerrero; lo cual no comulga con nuestra búsqueda por la paz. Desarmemos los espíritus en el papel y función del DIH, como vértice que emana de la solidaridad humana. Y llamar la atención de lo humano es que se imponga la voz de la razón por los desastres y consecuencias de un conflicto armado.

Cuando el inigualable Hanz Kelsen, al estudiar el estado de beligerancia resumió los requisitos exigidos y ya explicados, y concluía que si no reunían los tres requisitos incluido el de control territorial, así fuere parcial, se les debería llamar insurgentes; aunque lo hubiere hecho bajo la concepción imperante en 1900, indicó una salida. De apostilla retomemos el significado léxico de insurgente: es un insurrecto, un sublevado. La insurrección es el levantamiento o rebelión contra el poder establecido. El insurgente es un rebelde armado. Confluye con la caracterización del

conflicto armado no internacional. Obviamente, la calificación de conflicto armado no internacional, trae consigo el status de insurgentes a la fuerza armada opositora; sin pecar de reiterativos. Y, ¿que se entiende por Status Político? El reconocimiento que el jefe de gobierno del Estado parte afectado hace a un grupo alzado en armas con el fin de establecer o iniciar negociaciones.

## La insurgencia colombiana y los compromisos recíprocos

La internacionalización del conflicto armado interno, se suscita por actos de los insurgentes y del Estado parte involucrado, que pueden afectar a terceros Estados. Los sujetos con status político de insurgentes dejan de ser irregulares frente a esos terceros Estados y les incumbe la jurisdicción del derecho internacional. Aquí podríamos hablar técnicamente de partes involucrados; de sujetos del DIH, como conjunto de reglas que rigen las relaciones internacionales y cuyo contenido y alcances ya fue tratado en los capítulos anteriores.

El antagonismo o controversia resulta manifiesto: como el calificativo de ilegitimidad por las denuncias al sistema electoral vigente; la incursión sistemática en actos de terrorismo de Estado; por la contraparte insurgente; como los calificativos de terroristas o de actos terroristas de afectación a la población civil. Todas esas acusaciones directas implican compromisos recíprocos de protección a las víctimas del conflicto armado.

El art. 3 de la Convención de Ginebra ya analizado, retoma toda vigencia en el calificado Conflicto Armado No Internacional y es considerado como un mini convenio de aplicación recíproca; en el que están incluidas las agresiones contra la población civil, atentados personales, contra la vida y la integridad, mutilaciones, torturas, suplicios, degradaciones humillantes, toma de rehenes, trato a prisioneros, heridos, náufragos. En fin, configura la habilitación y aplicación de los Convenios y Acuerdos que contienen todas las disposiciones del trato humanitario. Tal como lo caracterizamos anteriormente se trata de la aplicación del “derecho convencional de iniciativa” y las condenas dictadas por los tribunales consti-

tuidos, sin que en modo alguno se pueda tomar o calificar como injerencia en los asuntos internos.

En la vorágine mediática de la controversia por el conflicto –en el caso particular de Colombia– se es muy dado al calificativo o descalificación, a la censura y el vituperio, la adjetivización de las acciones, tanto a la insurgencia, por parte del Estado afectado, como de esta contra el establecimiento que confronta.

Del Estado se predica una actuación institucional como Estadonación bajo las premisas de un Estado de derecho. De la insurgencia la aplicación de hecho de una concepción total de desconocimiento de ese Establecimiento. Con una posición de enunciado ideológico-político (ideo-político), su consecuente enfrentamiento no es contra un gobierno en particular sino contra el Estado parte. Su concepción filosófico-comunista (filo-comunista), expresa la concepción de un orden nuevo que aspira imponer, bajo el poder. La intensidad y grado de aplicación de ese nuevo orden no obedece a triunfo militar alguno; como a la conquista política que avizora. Esto conlleva todo un nexo de causalidad. La interdependencia de la intensidad del conflicto en relación con los logros políticos alcanzados: de un lado el establecimiento por mantenerse; del otro, el contrario por imponerse. En el antagonismo de los contrarios lo alternativo juega su papel.

De manera que ¿podrá imponerse a la insurgencia la exigibilidad de otra conducta? En el nivel de la confrontación el gobierno del Estado parte le exige prácticamente la no violación de las conductas previstas en el orden penal interno. Por ejemplo, desnaturaliza el delito político, siendo de la esencia del delito de rebelión el alzamiento en armas para combatir a ese Estado, lo cual genera combates con su secuela de muertes. La legislación penal y de procedimiento penal en la Colombia actual judicializó el conflicto interno como si este y sus causas se pudieran resolver con el paliativo de aplicación de esa justicia estatal. Al desconocerse el delito político en Colombia tanto a nivel de legislación como jurisprudencial, se guerrerizó a la justicia y se unificó el calificativo de terroristas a todas las actuaciones de la insurgencia e internamente se judicializó toda manifestación de protesta. Se instrumentalizó el derecho penal como un derecho contra-insurgente, para estatal o para institucional. La aplicación absoluta

del derecho del enemigo. Generaliza las acciones propias de la insurgencia como terroristas. En Colombia el art. 343 del Código Penal, define el delito de terrorismo: “El que...” El art. 144, *ibid.*, define actos de terrorismo: “El que...” en desarrollo del conflicto armado... De manera que enmarcan a organismos colectivos insurgentes en conductas típicas individuales. Aunque esto del terrorismo merece estudio aparte; al respecto no aplica como definirlo, conceptuarlo, como una conducta punible internacional al no constreñirlo norma internacional convencional alguna. El calificativo de terroristas que atribuyen a las organizaciones insurgentes colombianas obedece a la expedición de listas de la potencia estadounidenses o europeas como actos administrativos propios y con alcances sui generis a sus intereses políticos.

De su parte la insurgencia colombiana ha respondido. Por ejemplo, ante la prohibición convencional internacional de no tener rehenes, el Ejército de Liberación Nacional (ELN) en comunicado público niega tener rehenes. Por rehén se entiende la persona que queda en poder del enemigo como prenda de la ejecución de un convenio; como garantía para obtener algo. Niegan que sus retenidos –como denominan a los secuestrados– sean tomados como escudos parapetados en acción militar alguna. No ha impedido ni condicionado que el gobierno ataque zonas o sedes en donde permanecen, o se tiene conocimiento, permanecen esos cautivos. Llegó a acuerdos el ELN mediante el cual recuperaron la libertad los retenidos del avión de Avianca, el kilómetro 18 y dos policías enfermos. La liberación en navidad de 2006 de 29 policías, 10 soldados y 3 agentes del DAS por parte del ELN.

De los reductos del Ejército Popular de Liberación (EPL) no se cuenta con datos al respecto.

El canje de prisioneros se ha dado en el conflicto colombiano. En 1977 las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), ejército del pueblo, liberó 60 soldados y 10 infantes de marina. En 2001, liberó 42 policías y soldados a cambio de 15 guerrilleros presos. El 27 de junio de 2001 se dio la liberación de 310 policías. Durante los últimos ocho años ha dejado en libertad, en gestos unilaterales, tanto a civiles como a agentes de las Fuerzas Armadas del Estado colombiano, en su poder.

Como se ve, los presos de las FARC-EP y del resto de fuerzas insurgentes en las cárceles colombianas tienen la calidad de prisioneros de guerra, ya que, de acuerdo a la III Convención de Ginebra, se consideran combatientes y sujetos de derecho internacional los que reúnan los siguientes requisitos: 1. Ser investigados bajo la existencia de un movimiento organizado. 2. Se les identifica con distintivo conocido. 3. Se encausa la relación de las costumbres y leyes de la guerra.

No buscamos con la presente ponencia, cambiar la soberbia y el triunfalismo de unos, ni la imposición obsecuente a otros. Sí resaltar lo determinante de la calificación de los organismos internacionales en torno al conflicto armado no internacional en Colombia. Obtener el estatus político requerido por parte del gobierno colombiano, como Estado parte afectado, a una contraparte evidentemente insurgente. Habilitar el espacio internacional a esa citada fuerza para que encauce al convencionalismo del DIH.

Con solo haber contribuido a explorar tan acucioso tema damos por cumplido nuestro objetivo.





## América Latina: el cóndor sigue volando

*Martín Almada\**

Según el acta de nacimiento de la Operación Cóndor encontrado en el Archivo del Terror de Asunción, Paraguay, en diciembre de 1992, declara que se trata de una organización militar para salvar supuestamente la civilización occidental y cristiana de la garras del comunismo. La Operación Cóndor dejó como saldo más de 100.000 víctimas asesinadas entre 1975-1985, más del 50% fueron dirigentes sindicales, luego estudiantes, profesores, periodistas, religiosos, abogados, médicos, artistas, intelectuales, es decir la clase pensante de América Latina. Los 100.000 sacrificados de América Latina permitieron a Washington imponer el modelo neoliberal salvaje y criminal. Es decir, la liquidación de las empresas del Estado, la destrucción del aparato económico, la destrucción del sistema educativo y la pérdida del control sobre las reservas naturales. Esta fue la represión articulada más cruel, salvaje y criminal que conoció la región del Cono Sur.

El Plan Colombia, que se firmó para combatir el narcotráfico, muy pronto se convirtió en un plan terrorista para reprimir a los movimientos de izquierda y de trabajadores de la oposición. Reprimir a todos aquellos que se oponen al parlamentarismo y a la social democracia, pero el pretexto sigue siendo el mismo: la lucha contra el narcotráfico.

Argentina fue el primer país que muy rápidamente en 2008 aprobó la ley de “fomento y protección a las inversiones realizadas por inversores nacionales y extranjeros”.

---

o

\* Abogado paraguayo, Doctor en Ciencias de la Educación. Consultor de UNESCO para América Latina (París, 1978-1992), directivo de la AAJ. Premio Europa Solar 2005, Berlín.

Para proteger la inversión extranjera se legaliza de esta manera la intervención de los militares en conflictos sociales y cercenar las libertades de reunión y de movilización.

Gracias a las luchas populares como los movimientos campesinos, sindicales, indígenas, ambientalistas y comunidades de base, se pudo parar ese proyecto de ley en Paraguay en el año 2008.

Sin embargo, nuevamente en el año 2009, bajo la presidencia de Fernando Lugo, quien tiene el gobierno pero no el poder, aparece en la agenda del Congreso Nacional esa ley a propuesta de las fuerzas reaccionarias como un intento de engaño, ya que la denominación del proyecto de ley hace referencia a una ley de incentivo económico y/o protección a las inversiones. Sin embargo el contenido es netamente de seguridad interna, porque bien sabemos que el capital extranjero no viene a nuestros países para promover el desarrollo, sino para sojuzgarnos y transformarnos en una mera factoría dependiente.

Para el efecto, se pretende asignar un nuevo rol a las Fuerzas Armadas legalizando su actuación para la represión de los movimientos populares y les obliga a actuar de oficio en caso de invasiones a la propiedad privada, obstáculos al libre tránsito –cierres de rutas–, así como posibilita la represión de cualquier reunión y/o manifestación. El proyecto de ley en gestión en Paraguay atenta contra el orden legal vigente, ya que niega el derecho a la defensa y al debido proceso de quienes ellos denominan “invasores de propiedades”, violando la Constitución nacional y el derecho internacional. Cualquier agente policial, judicial o militar que se niegue a aplicar esta nueva normativa que tiene su origen en Washington, podrá ser sancionado e incluso destituido. Por oponerse a ese nuevo rol a las Fuerzas Armadas, el general del Ejército en situación de retiro, Luis Bareiro Spaini, fue destituido últimamente por orden de la Embajada norteamericana.

Los jueces, fiscales y legisladores herederos de la dictadura militar de la Operación Cóndor, pretenden hoy penalizar las protestas sociales y legitimar la violencia, para ello quieren modificar el Código Procesal Penal. Este hecho nos lleva a proponer un debate nacional en el que el pueblo determine que cambios requiere el orden jurídico procesal penal para responder a la conflictividad que sufre la sociedad paraguaya a partir de los mandatos de la Constitución nacional. Sabemos muy bien que el actual

Código Procesal Penal no es el responsable de la inseguridad ciudadana sino la voracidad incontenible del capitalismo excluyente.

La memoria duele y enseña. Recordando la secuela de la Segunda Guerra Mundial, mencionamos especialmente esta sentencia alemana:

[h]ay que tener la nobleza de vivir en justicia, de descubrir todos los crímenes oficiales que se ordenaron, de sentir el espanto sobre la barbarie hasta que el propio dolor desembolse en furia que otorgue la fuerza liberadora y el coraje de dejar desnudo a los culpables: dar nombre y apellido a los criminales y dejar en claro su crimen y así crear el único modo de honrar a las víctimas caídas y salvadas del ominoso olvido.

Estas fueron las palabras de Friz Bauer, alemán, Fiscal en el juicio de Auschwitz en 1961. Esta sentencia del Fiscal alemán sería muy útil al Ministro de Defensa de Brasil, a quien envié una carta abierta en 2008 diciendo lo siguiente:

Señor: Nelson Jobim, Ministro de Defensa del Brasil Brasilia.

Asunto: Denunciar internacionalmente la promoción de la impunidad en las FF.AA. brasileñas.

Estamos informados que el Poder Judicial de Sao Paulo declaró responsable de graves violaciones a los derechos humanos al coronel retirado Carlos Alberto Brilhante Ustra, entonces comandante del órgano represivo estatal DOI-CODI en San Paulo entre 1970-1974, el más cruel del ejército de Brasil. Sabemos también que tanto el Ministro de Justicia Tarso Genro y el Secretario Nacional de los Derechos Humanos, Paulo Vannuchi, se manifestaron a favor de una ejemplar sanción a todos los torturadores. Se trata de la época del vuelo de la Operación Cóndor. Pacto criminal entre los gobiernos militares de la década del 70 como Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, cuyas piezas documentales más relevantes obran en el Archivo del Terror que tuve el honor de descubrir el 22 de diciembre de 1992 con el apoyo de la justicia paraguaya, prensa nacional e internacional. Mientras el gobierno del presidente Lula declara a favor de la integridad regional y respeto a los derechos humanos usted Señor Ministro de Defensa se colocó a favor de la impunidad de los que violaron los derechos humanos ordenando que los abogados del propio Ejército asuman gratuitamente la defensa del criminal Brilhante Ustra, que nada tiene de brillante solo para usted. En mi condición de Premio Nobel Alternativo de La Paz 2002, integrante del Comité de Apoyo Internacional del Tribunal

Russell y miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Americana de Juristas (AAJ), vengo a cuestionar seriamente la medida tomada por usted y también a solidarizarme con la Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que promovió la acción correspondiente ante la Corte Suprema de Justicia, asimismo con la Secretaria Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA y con la organización no gubernamental Center for Justice and International Law (CEJIL), para impedir la amnistía a los torturadores. Su grave decisión como Ministro de Defensa de impedir que se cumpla una orden judicial en un gobierno republicano, el poder militar consagra la impunidad de los represores, hecho que causa preocupación, desazón y consternación en el ámbito de los derechos humanos de América Latina. Por la salud de la democracia en la región venimos a rogar a usted reconsiderar su determinación. No olvidamos, no perdonamos, exigimos juicio y castigo a los asesinos de ayer y hoy. Porque aún creemos en la justicia, la solidaridad y la paz, trabajamos para cambiar este mundo.

Veamos también nuestra carta de solidaridad con los compañeros del Movimiento sin Tierra (MST):

Señor Embajador del Brasil en Paraguay  
Asunción

Apreciado Embajador:

Estamos informados que el MST esta sufriendo una verdadera ofensiva por parte de las fuerzas reaccionarias del Estado de Río Grande del Sur. Estos nostálgicos de la dictadura militar no solamente se oponen a la Reforma Agraria sino que abogan por la criminalización de las luchas sociales en el marco de la doctrina de la seguridad nacional implantada en América Latina por los Estados Unidos.

Este hecho nos recuerda también a la aplicación de la Operación Cóndor. Pacto criminal entre los gobiernos militares de la década del 70, Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, que costo más de 100.000 vidas en la región, dirigentes de la clase obrera, estudiantes, profesores, religiosos/as, periodistas, abogados, artistas, intelectuales, es decir la clase pensante en América Latina.

Es evidente que esas fuerzas políticas instaladas en el Estado de Río Grande del Sur están bajo el control de los grupos de poder económico nacional y, como de costumbre en América Latina, al servicio de las empresas multinacionales extranjeras, lógico contando con la complicidad de las fuerzas políticas, poder judicial y el servicio de seguridad, convertido en

tropa colonial. Por todo ello, en defensa de los derechos humanos venimos a pedir por su intermedio al gobierno Federal garantice el derecho de libre organización de los trabajadores como determina la Constitución nacional brasileña y que cese el terrorismo de Estado.

Concretamente, venimos a expresar nuestra total solidaridad con la legítima lucha de los compañeros del MST y su intervención para que se respeten los derechos humanos y el medio ambiente.

Veamos lo que ocurrió también en materia de impunidad en Chile:

**a) ¿Los mapuches son chilenos?**

Misión de la Asociación Americana de Juristas apoya las demandas Mapuche. El inicio de la desmilitarización de los territorios mapuche; la implementación de un programa efectivo de recuperación de tierras ancestrales, consulta previa respecto de mega proyectos de inversión, reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, ratificación del convenio 169 sin agregados, y redefinición de los delitos de “terrorismo” figuran entre las veinte recomendaciones formuladas al Estado chileno por una misión de la Asociación Americana de Juristas (AAJ).

En respuesta a una petición de la rama chilena de la AAJ se acordó que representantes chilenos y argentinos realizaran una visita a la Región de la Araucanía. A ellos se sumó un representante de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos de Argentina (APDH). La abogada Graciela Álvarez, presidenta de la entidad en Chile, y sus colegas Manuel Jacques y Yénive Cavieres, junto a los argentinos Ernesto Moreau, presidente de la rama argentina de la AAJ, Claudia Rocca, y Raúl Prytula, este último de la APDH de Argentina, conformaron la misión. El informe revela la grave y permanente violación a sus derechos humanos que sufren la población mapuche.

**b) Designación como Presidente del Senado a ex funcionario del régimen dictatorial**

Con respecto a la designación en el alto cargo de Presidente del Senado de la República del Senador Jovino Novoa, ex Subsecretario del Ministerio Secretaría General de Gobierno (SEGEGOB) del régimen dictatorial

de Augusto Pinochet, la Rama Chilena de la Asociación Americana de Juristas (AAJ) considera que tal designación es una afrenta a la memoria de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, así como a sus familiares, que ven más que frustrados sus esfuerzos porque se castigue a todos los culpables y a sus cómplices y que, después de tantos años de gobierno de la Concertación, constatan con dolor que aún continúa la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, y se premia a los cómplices civiles que, como el Senador Novoa, tienen una alta cuota de responsabilidad por haber sido colaboradores de una política de exterminio, torturas, desaparecimientos, exilio, confinamientos y muerte, de centenares de chilenos y chilenas.

Se suele decir que la solidaridad es la ternura de los pueblos. Así nos solidarizamos con el pueblo de México. Desde Asunción, hemos manifestado en estos términos nuestra total condena a las acciones de las fuerzas públicas mexicanas para reprimir los reclamos del pueblo de Oaxaca apoyado por su Asociación de Educadores: A pesar de que el gobierno mexicano monta una gran campaña mediática para ocultar las atrocidades de la fuerza represiva observamos que el pueblo de Oaxaca apenas se defiende arrojando palos y piedras. Realmente, las fuerzas federales se comportan como un ejército de ocupación. Lo que pasa en Oaxaca me hace recordar al Operativo Cóndor, pacto criminal entre los gobiernos militares de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay de secuestrar, torturar, asesinar a los opositores en los años 70 con el beneplácito del gobierno de Washington.

El Estado mexicano está en la obligación de garantizar la seguridad pública de la población y el pleno respeto a los derechos humanos conforme a las normas internas e internacionales. La causa de Oaxaca es la de todos los pueblos del mundo por eso apoyamos las acciones de la Asamblea Popular de los Pueblos de Oaxaca, y responsabilizamos exclusivamente al gobierno del presidente Fox del terrorismo de Estado contra la criminalización de la lucha social y sindical. Finalmente, llamamos a la solidaridad internacional para detener más baño de sangre en Oaxaca y exigimos un alto a la barbarie.

Otra estrategia de lucha contra la acción terrorista de las empresas multinacionales –agro-negocio– fue solicitar al Presidente de la República la más alta condecoración para los luchadores sociales en prisión.

Se solicitó la más alta condecoración nacional para los dirigentes campesinos Tomas Zayas, Adela Giménez, Cristino Giménez, Darío Giménez

y Américo Romero por promover la patriótica campaña “paren de fumar en defensa de la comunidad y de la vida”, iniciada en diciembre de 2007.

Recuerdo que en mi condición de víctima del Operativo Cóndor y descubridor del Archivo del Terror en Asunción, el 22 de diciembre de 1992, me sumé al acto de recordación del 24 de marzo, fecha que recuerda el 30 aniversario del golpe militar fascista en la República Argentina. Así se instaló el terrorismo de Estado, la violencia de los de arriba que obligó a la organización y autodefensa de los de abajo. Siendo la Argentina en la década del 70 “tierra de asilo” para los perseguidos de Brasil, Bolivia, Chile, Uruguay y Paraguay.

Finalmente, cuando el Capitán de Navío Jorge Casas, firmó en representación del gobierno militar argentino el pacto criminal “Cóndor”, a fines de noviembre de 1975, allí comenzó la pesadilla y los recuerdos envenenados para el Cono Sur de América Latina. Más de 120 paraguayos fueron detenidos o desaparecidos en el marco de esa “guerra sucia” sin contar los detenidos o desaparecidos bolivianos, uruguayos, chilenos, brasileños que hasta hoy reclaman justicia.

El 10 de julio de 1997 el coronel paraguayo Francisco Ramón Ledesma remitió al coronel ecuatoriano, Jaime del Castillo Báez, oficial de enlace de la Conferencia de Ejército Americano (CEA) la lista de los subversivos paraguayos para que Castillo Báez prepare la lista de los subversivos de América Latina. Documento militar que fue entregado a la justicia paraguaya para que se investigue, sin resultado alguno hasta la fecha.

A la luz del Archivo del Terror de Paraguay, el Ejército, la Marina y la Fuerza Aérea, a través de sus Departamentos de Inteligencia, fueron los órganos privilegiados de represión en América Latina, cuya acción se siente hasta la fecha.

Justamente, en la víspera del 30 aniversario del golpe militar fascista, el CELS denuncia en Argentina las actividades de inteligencia efectuadas por la Armada Argentina, es la prueba contundente de que el cóndor sigue volando.

Se demostró que la dirección de Inteligencia Naval Argentina en Chubut, realiza tarea de espionaje contra políticos nacionales y provinciales, Poder Judicial, familiares de víctimas, abogados y de organizaciones de derechos humanos, no nos debe sorprender la noticia que el cóndor sigue

volando pero esta vez de las manos de la CEA, según prueba encontrada en Asunción en 1997.

Destacamos que las Fuerzas Armadas de América Latina fueron formadas en el modelo de la Escuela de las Américas de la Zona del Canal de Panamá, trasladado en 1984 en el Fuerte Boeing de USA. Hasta la fecha varios países de América Latina siguen enviando, en democracia, a representantes de sus Ejércitos tanto al Fuerte Boeing como las reuniones de la CEA, donde siguen aprendiendo a espiar al estilo nazi.

Finalmente, conocemos también el caso de un periodista de investigación del Canal 10 de Montevideo, Eduardo Preve que le robaron “misteriosamente” de su vehículo, documentos referentes a la intervención de las Fuerzas Armadas de Chile y Uruguay en el marco del Operativo Cóndor.

Las organizaciones de derechos humanos tienen la responsabilidad de formular las propuestas para una urgente reconversión democrática de las Fuerzas Armadas en América Latina, una tarea pendiente. Ante los vestigios de un sistema de espionaje propio del terrorismo de Estado, típico del Operativo Cóndor, globalicemos la lucha, globalicemos la esperanza.

Expertos en derecho internacional dijeron que la denominada “guerra contra el terrorismo” de Washington socavó los derechos humanos en todo el mundo y generó un cinismo persistente que ahora las Naciones Unidas deben combatir. Mary Robinson, ex Alta Comisionada de los Derechos Humanos de la ONU, advirtió que los duros interrogatorios y detenciones practicados por Estados Unidos dieron una peligrosa señal a otros países que fácilmente podrían seguir su ejemplo. Robinson manifestó que deben tener lugar cambios radicales para asegurar que Washington abandone su “paradigma de guerra”.

## La conmemoración del bicentenario

El próximo año 2010 se cumplirá el bicentenario de nuestra independencia de España y Portugal, por ese motivo tenemos que hacer un balance del caminar en el tiempo y el país que tenemos. Es necesario analizar y comprender los avances y retrocesos sociales. ¿Cómo fue y es hoy la defensa de los derechos humanos en nuestra historia y muy en par-

ticular durante el terrorismo de Estado que reinara de 1960?, como bien lo señalara el estudioso de la Operación Cóndor, Jair Krischke. El tiempo transcurrido desde ese genocidio, marca gran parte de la vida de nuestros pueblos aun en el presente. Es necesario hacer memoria y trabajar para alcanzar la verdad y justicia, y reclamar a las autoridades políticas y jurídicas el juicio y castigo a los responsables de crímenes de lesa humanidad, sean civiles o militares y/o empresas transnacionales como la ITT en el caso de Chile para el derrocamiento de Salvador Allende.

Rechazamos en particular las propuestas de reforzar el mandato y los recursos del FMI, del BM y de los bancos regionales de desarrollo que han sido responsables por la actual crisis.

También saludamos como un importante aunque tardío avance la decisión del Supremo Tribunal brasileño que deroga la ley de prensa de la dictadura militar que rigió en Brasil durante 42 años, era uno de los tantos resabios de la dictadura militar que gobernó este país entre 1964 y 1985.

En conclusión, para fortalecer nuestras democracias en el contexto del capitalismo mundial globalizado, mafioso y superconcentrado no podemos permitir que los pobres del mundo sigan pagando los derroches de los ricos. Una respuesta válida para evitar que la inventada guerra contra el terrorismo de Washington se imponga de nuevo en la Región a través de Colombia. La prueba reciente que el cóndor sigue volando fue el golpe militar del Pentágono cometido contra el gobierno constitucional de Honduras.

La resistencia popular hondureña al golpe del poder económico, político y militar es heroica. La gente pone el pecho a los tanques de fabricación norteamericana, a las brutales palizas policiales y a los grupos paramilitares. Esto que ocurre en Honduras nos hace recordar lo que decía el comandante vietnamita, Giap: “Bombardearon nuestras ciudades, destruyeron nuestras cosechas, ¡pero nosotros venceremos!”.

El imperio quiere seguir acumulando riqueza en América Latina y socializando la pobreza a través de la fuerza, como en la década del 70 entre los gobiernos de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay. El cóndor sigue volando y se impone urgentemente cortarle las alas, ese es nuestro gran desafío.





# Régimen constitucional de biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles, y recursos naturales

*Agustín Grijalva\**

## Introducción

El presente documento desarrolla algunas ideas para la discusión en torno a tres secciones: 1. biodiversidad y soberanía, interés público y nacional; 2. desarrollo y áreas intangibles; y 3. propiedad, ambiente y agua. En todos estos temas se analiza de qué forma los derechos constitucionales ambientales limitan y se ven limitados por otros principios y derechos constitucionales. El nivel de análisis es el propio del derecho constitucional, cuya generalidad y abstracción es al tiempo una ventaja y una limitación, en cuanto permite trazar criterios de interpretación sistémica de leyes y otras normas jurídicas en base a derechos constitucionales, pero con frecuencia sin los niveles de especificidad y concreción propio de las normas infra-constitucionales.

## Biodiversidad, soberanía, interés público y nacional

La noción de soberanía requiere diversas precisiones antes de ser relacionada adecuadamente con los derechos ambientales y de la naturaleza. Estas precisiones se refieren a los siguientes aspectos: a) su titular, b) su alcance, y c) su actualidad.

---

\* Docente e investigador de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la PUCE, M.A. por la Universidad de Kansas y Ph.D. por la Universidad de Pittsburgh.

- a) El titular de la soberanía es el Estado, y más exactamente el pueblo, entendido como comunidad política asentada en un territorio. La soberanía entonces no corresponde primordial ni exclusivamente al Ejecutivo, sino a una entidad más amplia y compleja, del cual este es solo uno entre varios órganos públicos. En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 en su primer artículo establece que la soberanía radica en el pueblo, pero que la ejerce mediante los órganos del poder público y las formas de participación directa establecidas en la misma Carta. En consecuencia, el Presidente, la Asamblea o cualquier otro órgano no es en realidad titular de la soberanía sino que todos los órganos públicos en su conjunto son medios mediante los cuales esta es ejercida.

Debe además destacarse el vínculo explícito que la Constitución desarrolla entre soberanía y participación de los ciudadanos. Estos no renuncian totalmente a la soberanía al nombrar sus representantes, primero porque según este artículo el fundamento de la autoridad es siempre y solamente la voluntad del pueblo, y segundo porque los propios ciudadanos también ejercen la soberanía mediante los mecanismos de participación directa que la Constitución establece.

- b) Respecto a su alcance, debe destacarse que la soberanía hoy en día tiene un carácter relativo, tanto en su dimensión externa –respecto a otros Estados– como en su dimensión interna –respecto a otros poderes al interior de un Estado–. La soberanía de un Estado frente a otros Estados y la comunidad internacional es un valor y poder real pero limitado por el derecho internacional, y más radicalmente por el derecho internacional de los derechos humanos. También procesos como el desarrollo de una comunidad internacional y la necesidad de paz entre los Estados,<sup>1</sup> la interdependencia económica y en general la globalización, el desarrollo de la integración supranacional y de organizaciones transnacionales, han venido a relativizar la dimensión externa de la

---

1 La Carta de las Naciones Unidas de 1945 contiene ya el principio de obligaciones internacionales asumidas por Estados igualmente soberanos. Otros instrumentos tempranos de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1), ratifican la soberanía de los Estados, incluyendo su poder para disponer de sus riquezas y recursos naturales sin perjuicio de sus obligaciones jurídicas internacionales.

soberanía. En cuando a su dimensión interna, los propios derechos constitucionales, la descentralización, el federalismo, las autonomías y el autogobierno de pueblos indígenas, han venido también a contribuir a esta relativización. La noción de Estado nacional vinculada estructuralmente a la noción de soberanía absoluta como poder centralizado e ilimitado dentro de un territorio, viene a ser cuestionada frontalmente por la noción de un Estado plurinacional.<sup>2</sup>

Los problemas y derechos ambientales limitan también la noción absoluta de soberanía. Los más graves problemas ambientales de hoy en día tienen carácter global, tal es el caso por ejemplo de la ruptura de la capa de ozono, el calentamiento del planeta, la acidificación de los mares o la pérdida de biodiversidad. Otros problemas aunque ubicados regionalmente, involucran a dos o más Estados, y tienen también consecuencias planetarias, como sucede con el deterioro de la Amazonía. Puesto que estos problemas son supranacionales, las soluciones, incluyendo la normativa e institucionalidad para afrontarlos, tienen también una dimensión supranacional, volviendo la actuación aislada o autárquica de un Estado simplemente insuficiente.

- c) Sobre su actualidad, hay que decir que aunque relativizada, la soberanía sigue siendo una realidad y un concepto de gran vigencia. Los Estados continúan siendo sujetos claves de la comunidad internacional, y bajo su poder se estructuran los sistemas políticos y económicos nacionales plasmados en las Constituciones. De hecho, en América Latina asistimos a una reactivación de la soberanía como una reacción y reivindicación contra la condicionalidad de los organismos financieros internacionales, la actuación irregular de algunas transnacionales y la injerencia de poderes extra-regionales. En el caso ecuatoriano, la soberanía ha adquirido incluso expresiones más específicas al constitucionalizarse las nociones de soberanía alimentaria (art. 281), energética y en general económica (art. 284-3), incluso referida al endeudamiento público (art. 290-2).

En materia ambiental el art. 3 del Convenio sobre la Biodiversidad

---

2 He analizado este efecto del Estado plurinacional para el caso ecuatoriano en el artículo, "El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008", en *Ecuador Debate*, No. 75, Quito, CAAP, diciembre de 2008.

Biológica establece que los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, pero el Convenio en sí mismo contiene una serie de medidas, parámetros y jurisdicciones a los cuales se someten los Estados suscriptores en una suerte de autolimitación de su soberanía.

En definitiva, la noción absoluta de soberanía ha sido conceptual e históricamente superada, puesto que, como sostiene Zagrebelsky,<sup>3</sup> resulta simplemente incompatible con el Estado constitucional moderno, puesto que la centralización, unicidad y supremacía de la soberanía absoluta no pueden coexistir con la diversidad, participación, internacionalización y derechos propios de un Estado constitucional y democrático, como lo concebimos hoy en día. A ellos habría que añadir la fuerte interdependencia económica de todos los países. Es por tanto esta noción relativa de soberanía que hallamos en la actual Constitución del Ecuador.

La noción relativa de soberanía se caracteriza o debe caracterizarse entonces no por su debilidad o precariedad sino por constituir un principio orientado necesariamente a la defensa de lo público, del interés social, y al mismo tiempo por la integración de cada Estado a la comunidad internacional y al derecho internacional, con las limitaciones a la soberanía que ello implica.

En este marco, la soberanía en su nueva dimensión continúa siendo un principio necesario y valioso mediante el cual los países en desarrollo pueden defender la gestión sustentable de los recursos en sus territorios frente a los poderes transnacionales privados y frente a la injerencia indebida de otros Estados. Se trata en definitiva de una soberanía constitucionalizada e internacionalmente responsable. Este principio, como todo principio constitucional bien entendido, no debe ser una mera declaración retórica sino una directriz jurídica efectiva para la legislación y las políticas públicas, y traducirse en prácticas tan específicas como el carácter público de las evaluaciones de impacto ambiental o de las consultas previas, a veces indebidamente realizadas por empresas privadas, o la regulación estatal del agua, áreas protegidas y zonas intangibles.

---

3 Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho ductil*, Madrid, Trotta, 2005.

El art. 400 de la Constitución ecuatoriana establece que el Estado ejerce soberanía sobre la biodiversidad, la cual se declara de interés público. Puesto que la soberanía se ejerce no solo mediante el Ejecutivo<sup>4</sup> sino a través de múltiples órganos del poder público y de la participación directa de los ciudadanos (art. 1), la Constitución establece que para la ratificación o denuncia de tratados internacionales que afecten la biodiversidad del país y en general comprometan el patrimonio natural, se requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional (art. 419-8); en el caso de la ratificación se requiere además un dictamen previo de efecto vinculante de la Corte Constitucional, la cual debe revisar la constitucionalidad del tratado (art. 438). A su vez el art. 403 incluye una prohibición expresa de que el Estado ecuatoriano suscriba convenios o acuerdos de cooperación lesivos al manejo sustentable de la biodiversidad. Pero no solo el Ejecutivo, la Asamblea, los gobiernos locales y la Corte Constitucional son órganos públicos de ejercicio de la soberanía sobre la biodiversidad. En el caso de actividades estatales o privadas que puedan afectar al ambiente, la Constitución prevé la consulta a las comunidades involucradas (art. 398), incluyendo disposiciones específicas para los pueblos indígenas (art. 57 numerales 7 y 17).

Se plantea en todo caso la pregunta de si puede haber una contradicción entre el “derecho” soberano de un Estado a explotar sus recursos naturales y otros derechos constitucionales, tanto de las personas, como de la naturaleza. En efecto, el problema se plantea cuando existe desacuerdo sobre la viabilidad o el impacto ambiental de una actividad económica o un proyecto de desarrollo. Si hay quienes afirman que estos efectos violan los derechos constitucionales y los derechos de la naturaleza, se plantea un problema de constitucionalidad de los actos o normas de explotación de estos recursos.

Previo al análisis es necesario precisar términos, puesto que no existe desde una perspectiva técnico-constitucional un “derecho humano a explotar recursos naturales”. Los derechos constitucionales se ejercen frente o contra el Estado, como un límite a sus actos o como una exigencia de

---

4 En este sentido el art. 147-17 de la Constitución, que establece que el Presidente de la República debe “velar por el mantenimiento de la soberanía”, no debe entenderse como excluyendo de esta responsabilidad a otros órganos públicos.

prestaciones públicas jurídicamente exigibles. En consecuencia, el Estado en cuanto tal, es sujeto obligado al cumplimiento de tales derechos y no titular de los mismos. Se sigue que en general no existe propiamente un “derecho a explotar” estos recursos frente a otros derechos potencial o realmente afectados, sino un ejercicio soberano del uso y gestión de tales recursos, una potestad pública que sin embargo está claramente limitada por la propia Constitución, y en particular por el derecho de los seres humanos a un medio ambiente sano, los derechos de la naturaleza y por los principios constitucionales ambientales.

Lo que puede suceder es que la explotación de recursos naturales se plantee como un medio para ejercer o efectivizar ciertos derechos, tales como el derecho a una vida digna (art. 66-2), el derecho al trabajo (art. 33), a la libertad de empresa y contratación (art. 66-16), al libre tránsito y elección de residencia (art. 66-14), a desarrollar actividades económicas (art. 66-15) o el derecho a la propiedad (art. 66-26), etc. En efecto, es fácil imaginar y encontrar situaciones en que estos derechos deben ser regulados o limitados a efectos de proteger tanto el derecho a vivir en un medio ambiente sano (art. 66-27) como los derechos de la naturaleza (art. 71 al 74). La propia Constitución al referirse a varias de ellos aclara que deben ejercerse con responsabilidad ambiental.

## Desarrollo y áreas intangibles

La Constitución crea un régimen de desarrollo (art. 275) en el cual se integra un sistema económico social y solidario orientado al ejercicio de los derechos constitucionales (art. 283). ¿Cómo resolver entonces conflictos reales o aparentes entre, por un lado, el derecho a un medio ambiente sano, los derechos de la naturaleza, y por otro lado, derechos constitucionales como los antes mencionados además de otros derechos sociales y económicos cuya realización es el objetivo del desarrollo? ¿Hay contradicción entre derechos constitucionales ambientales y desarrollo?

En cuanto a su concepción económica, la Constitución ecuatoriana no concibe el desarrollo como contradictorio sino como estructuralmente vinculado a un modelo sustentable. En la Constitución el crecimiento económico, pese a su importancia, no es más que una de las varias dimen-

siones del desarrollo integral, pues este se expresa en un régimen complejo que incluye dimensiones culturales, sociales y ambientales (art. 275), orientado a efectivizar el buen vivir y los derechos constitucionales,<sup>5</sup> entre los cuales hay que incluir el derecho a vivir en un medio ambiente sano (art. 276-4), y los derechos de la naturaleza (art. 71 al 74).

Ello no significa que el crecimiento económico haya sido proscrito –crecimiento cero– pues la propia Constitución hace referencia a “incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas” (art. 284-2), así como “promocionar la incorporación de valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas” (art. 284-4). Es decir, el crecimiento económico debe siempre realizarse en términos sustentables.

Se trata entonces de un sistema económico subordinado a y en función de la realización de los derechos de personas y colectividades –desarrollo humano–, los cuales son componentes centrales del principio del buen vivir. Las diversas formas de organización económica –privada, pública, comunitaria, etc.– deben entonces orientarse a estos objetivos, propios del Estado social; y, en consecuencia, la viabilidad constitucional de explotación de recursos naturales puede ir, conforme a los grados y tipos de impacto ambiental, desde el aprovechamiento sustentable (art. 74) hasta la prohibición absoluta de toda actividad económica en zonas intangibles habitadas por pueblos indígenas en aislamiento voluntario (art. 57-21).

En relación a los potenciales conflictos entre derechos constitucionales, no es posible establecer jerarquías fijas y definitivas entre los derechos constitucionales ambientales y otros derechos, tanto por razones conceptuales como positivas.<sup>6</sup>

---

5 He desarrollado un análisis algo más detenido del modelo constitucional económico en el Ecuador en el artículo escrito con Julio Cesar Trujillo: “El fundamento constitucional de la nueva economía”, publicado en revista *La Tendencia*, No. 10, Quito, FES-ILDIS, febrero-marzo de 2010. Accesible en <http://www.fes-ecuador.org>.

6 Para una introducción a la ponderación de derechos constitucionales ver: Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho constitucional*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002. Una visión más compleja, especialmente de la ponderación y la ley, se encuentra en Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

Las razones conceptuales hacen relación a la naturaleza y estructura de los derechos, los cuales adoptan la forma de principios, esto es normas jurídicas cuyas antinomias no se resuelven con la invalidación definitiva de una de ellos, sino con la ponderación o ajuste en el ejercicio de derechos en conflicto, de forma que uno de ellos se subordina o limita frente a otro pero siempre en el marco de circunstancias concretas o casos específicos, salvo que haya sido el propio legislador el que mediante ley haya regulado un derecho mediante una ponderación general, pero igualmente razonable, necesaria y proporcional.

Así, por ejemplo, en el caso de zonas intangibles, la facultad estatal de explotar recursos naturales y el derecho a realizar actividades económicas (art. 66-15) debe, en principio, ceder frente a los derechos ambientales y de la naturaleza, debido a la imposibilidad objetiva de una no afectación severa a los ecosistemas o culturas allí existentes. Estos estándares de protección ambiental pueden ser menos excluyentes en otras áreas de recursos naturales, donde es posible desarrollar actividades económicas con un menor impacto ambiental utilizando tecnologías adecuadas. Han entonces criterios de proporcionalidad y razonabilidad a tener en cuenta por legisladores, jueces y demás autoridades públicas.

En cuanto a las razones positivas, la Constitución en su art. 11 establece que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”. En consecuencia, dado un conflicto entre derechos constitucionales solo cabe sopesarlos para el caso concreto a efectos de determinar una limitación razonable, proporcional y necesaria de uno de ellos frente a otro u otros, conforme a los principios de la propia Constitución. Esta limitación no puede en ningún caso invalidar el derecho limitado de forma definitiva y con efectos generales. Así, por ejemplo, la exclusión de actividades económicas en zonas intangibles, no invalida de forma general, en otras zonas, los derechos al trabajo, a la actividad económica, a la circulación, residencia, etc., sino que los limita específicamente en la zona declarada intangible.

El derecho constitucional moderno se caracteriza justamente por una hermenéutica orientada a la concretización, es decir a la consideración de los actores y contextos reales y específicos en los cuales las normas se aplican, a efectos de lograr la mayor optimización posible de los derechos,

incluso si algunos de ellos registran tensiones o contradicciones entre sí. De esta forma, no es lo mismo, por ejemplo, la regulación de la actividad económica orientada a la explotación de recursos renovables que la de recursos no renovables, o el desarrollo de esta actividad en zonas intangibles de alta biodiversidad o en donde habitan pueblos indígenas, que en otras áreas que no albergan estos ecosistemas o en las cuales no habitan estos pueblos.

También deberá considerarse el grado y tipo de relación de estos pueblos con el resto de la sociedad ecuatoriana. En este sentido, los estudios de impacto ambiental son de gran importancia,<sup>7</sup> aunque para ciertos tipos de áreas y actividad económica la propia Constitución ha formulado ya claras prioridades.

El art. 407 establece como regla general la prohibición de actividades extractivas de recursos no renovables en área protegidas y zonas declaradas intangibles. Sin embargo, de forma excepcional estos recursos pueden explotarse cuando el Presidente de la República solicita a la Asamblea Nacional una declaratoria de interés nacional. La Asamblea, a su vez, podría convocar a consulta popular. María Amparo Albán<sup>8</sup> ha notado que esta excepción a la prohibición de actividades extractivas no constaba en la Constitución de 1998 sino solo a nivel legal, mientras que en la actual Carta Fundamental consta a nivel constitucional, disminuyendo así el nivel de protección. Ciertamente, la Constitución debe ahorrar excepciones pues se corre el riesgo de restar efectividad a sus propias prescripciones. En todo caso, puesto que la excepción está positivizada conviene dilucidar sus alcances procedimentales y materiales.

En el derecho ecuatoriano la definición de zona intangible se ha realizado solo a nivel infralegal, más precisamente mediante los decretos presidenciales 551 y 552 de 1999, en base a los cuales se las define como:

---

7 Su utilidad puede extenderse incluso ulteriormente, una vez producido el daño, como parámetro para liquidación de sus costos y de viabilizar las reparaciones a que hubieren lugar.

8 María Amparo Albán, “El tema ambiental en el nuevo Derecho constitucional ecuatoriano”, en Diego Pérez Ordoñez, comp., *La Constitución ciudadana*, Quito, Santillana, 2009.

Espacios protegidos de excepcional importancia cultural y biológica en los cuales no puede realizarse ningún tipo de actividad extractiva debido al valor que tienen para las generaciones presentes y futuras. Por lo tanto, son zonas que no pueden ser destinadas a las actividades mineras, de extracción de madera, de colonización o cualquier otro tipo de actividad que pueda poner en riesgo tanto a la diversidad cultural como a la biológica que en ellas se ha desarrollado.

Pero no solamente el concepto de zona intangible y de áreas protegidas consta a nivel infraconstitucional, sino que la propia creación y delimitación de estas áreas se realiza mediante decretos ejecutivos e incluso mediante acuerdos ministeriales. Ello deriva en la práctica, en la ineficacia y violación de las normas constitucionales, puesto que fácilmente mediante modificaciones discrecionales a los límites de las zonas protegidas puede ignorarse los objetivos de preservación ambiental y cultural al que apuntan las normas constitucionales. Esta práctica implica también violaciones formales a la Constitución puesto que al afectar tales delimitaciones a derechos constitucionales, opera necesariamente la reserva de ley orgánica establecida en los art. 132 y 133 de la Carta Fundamental.

Si en el área protegida o zona intangible viven comunidades que pueden ser afectadas por el impacto ambiental, antes de la petición del presidente debe realizarse la consulta previa que la Constitución ordena en el art. 398. Esta disposición incluye un derecho general a consulta previa, informada y oportuna, a todas las comunidades potencialmente afectadas, y mal podría interpretarse que tal derecho no existe en el caso de comunidades que viven en zonas para las cuales se han planteado altos estándares de protección o en que estén en juego extracción de recursos no renovables.<sup>9</sup> De existir oposición mayoritaria de la comunidad puede decidir, según el art. 398 de la Constitución, la instancia administrativa superior.

Hay, sin embargo, al menos dos problemas constitucionales respecto a los efectos de la consulta. Primero, según el art. 32 numeral 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, suscrita por el Ecuador, la consulta debería orientarse a “obtener

---

9 La única excepción, por razones lógicas, sería la de los pueblos en aislamiento voluntario (art. 57-21).

su consentimiento libre e informado antes de suscribir cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización, o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. De hecho, en el caso específico de los pueblos indígenas, el artículo constitucional 57-7 solo establece que “si no se obtuviere el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”.

Un segundo problema constitucional consiste en que la decisión de la instancia administrativa superior a la que se refiere el art. 398 de la Carta Fundamental no puede ser superior ni contraria a la Constitución y a los derechos constitucionales y del derecho internacional, por lo que quedan abiertas a los ciudadanos las garantías y acciones constitucionales que les permitan cuestionar la constitucionalidad de tal decisión.

En el caso de explotación de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas intangibles no puede decidir cualquier autoridad administrativa, puesto que la propia Constitución faculta exclusivamente al Presidente de la República para iniciar un proceso de excepción bajo petición a la Asamblea Nacional. En todo caso solo una vez realizada la consulta a las comunidades potencialmente afectadas puede el presidente proseguir con la petición referida en el art. 407, puesto que la facultad de realizar esta petición no elimina el derecho constitucional a la consulta de aquellas comunidades.

Hay que destacar que la solicitud del Presidente de la República a la Asamblea referida en el art. 407 es una “petición fundamentada”. No nos referimos entonces a una competencia por la que el presidente por sí mismo, de forma discrecional y autónoma, pueda decidir sobre el inicio de actividades extractivas. Por otra parte, la fundamentación que la Constitución requiere no puede ser la simple enunciación de razones, sino que debe ser una fundamentación jurídica y técnica constitucionalmente admisible.

En efecto, la Asamblea Nacional, según el art. 407, deberá evaluar como tal autorización de explotación beneficiará al “interés nacional”. Este interés es una noción genérica, incluso vaga, pero ciertamente el “interés nacional” en ningún caso puede ser incompatible con, o conducir a la violación de derechos constitucionales. En otras palabras, una excepción

incluso a nivel constitucional, no puede ser entendida en el sentido de autorizar la violación de derechos. La inadmisibilidad de tal violación se consolida aún más al constatar que la propia Constitución en su art. 400 declara a la propia conservación de la biodiversidad y todos sus componentes como de interés público.

Expresado de otra forma: aunque el Presidente y la Asamblea según la propia Constitución pueden impulsar actividades económicas en zonas protegidas e intangibles, para que estas decisiones sean constitucionalmente válidas deben seguir no solo los procedimientos respectivos, es decir no solo ser formalmente válidas, sino que tales decisiones deben ser materialmente compatibles con la Constitución, en el sentido de que se fundamente objetivamente de qué forma tales actividades apuntan a una mayor y mejor realización de derechos constitucionales, lo cual constituye el núcleo del interés público y nacional.

En este punto es pertinente recordar que justamente un aspecto esencial de cualquier Estado constitucional moderno es el de subordinación no solo formal o procedimental de los actos y normas de toda autoridad pública a la Constitución, sino su subordinación material, es decir la conformidad de todos estos actos y normas a los derechos constitucionales, de los cuales deben ser su realización, y nunca medios de su violación.<sup>10</sup> Así, por ejemplo, el Presidente de la República puede co-legislar o declarar estados de excepción, pero para ello no solo requiere seguir los procedimientos constitucionales –validez formal–, sino hacerlo en conformidad con los derechos establecidos en la Carta –validez material–.

En términos de garantías esto significa que incluso producida la declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea, este acto o los actos administrativos del presidente están sujetos, como todo acto de autoridad pública, a control constitucional, y por tanto serían susceptibles

---

10 Esta es, por ejemplo, la distinción que hace Ferrajoli entre un Estado regido por leyes dictadas siguiendo el procedimiento constitucional (principio de legalidad formal) y un Estado constitucional en el que, a más de seguir estos procedimientos, se dictan leyes compatibles materialmente con la Constitución y los derechos, o se invalida a las que no lo son (principio estricto de legalidad). Para una aproximación ver Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001; especialmente el capítulo final.

de la acción de protección o la acción de inconstitucionalidad, según sea el caso y, especialmente, en cuanto se produzcan violaciones a derechos constitucionales.

Esta situación se ve verificada y fortalecida cuando se considera la vigencia de tratados internacionales de derechos humanos y ambientales ratificados por el Estado ecuatoriano, los cuales por remisión de la Carta Fundamental tienen rango constitucional. La protección ambiental o cultural reconocida por el Estado ecuatoriano mediante estos tratados no pueden quedar sin efectos sino mediante la denuncia formal del tratado, lo cual reviste particulares dificultades en materia de derechos humanos. Mientras el tratado esté vigente ni el Presidente ni la Asamblea puede desconocerlo mediante una declaratoria. Adicionalmente conforme al principio *Pacta sunt servanda* establecido en la Convención de Viena sobre los tratados, el Ecuador está obligado a cumplir los tratados que suscribe y no puede invocar disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento.

Una situación de este tipo podría presentarse al querer justificar la explotación de recursos no renovables en áreas intangibles. La excepción establecida en el art. 407 es una disposición del derecho interno ecuatoriano, si bien de jerarquía constitucional, pero no puede servir de justificación para incumplir obligaciones internacionales contraídas por el Estado ecuatoriano, tales como el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas y otros instrumentos internacionales similares.

En todo caso, no es admisible el contra-argumento de que la Constitución debe prevalecer sobre los tratados internacionales de derecho humanos, como lo sugeriría una lectura fragmentada de la primera parte del art. 424 que establece la supremacía de la Constitución. El contra-argumento no es admisible porque es la propia Constitución la que en la segunda parte de este artículo otorga a los tratados internacionales de derechos humanos incluso mayor jerarquía que la Constitución, cuando tales tratados establezcan derechos más favorables que esta. Aun más, el art. 395-4 consigna el principio indubio pro-natura por razón del cual, en caso de duda de la norma o interpretación aplicable, prevalece la más favorable a la protección de la naturaleza.

Finalmente, la decisión de explotar recursos no renovables en zonas intangibles puede ser sometida a consulta popular. Hay que precisar que esta facultad no es exclusiva de la Asamblea, como podría sugerirlo una lectura aislada del art. 407, sino que también el Presidente de la República y la ciudadanía tienen esta facultad constitucional, en cuanto sigan el procedimiento del art. 104. Debe notarse que aún en el caso de consulta popular existe un control previo sobre la constitucionalidad de las preguntas, que debe realizarlo, según este mismo artículo, la Corte Constitucional.

Una situación específica pero relacionada es la de la explotación de recursos no renovables que afecten a los pueblos indígenas y eventualmente a comunidades afroecuatorianas y montubias (art. 57 numerales 7, 8, 12, 17 y 21). Puesto que en estos casos se halla además en juego la diversidad sociocultural, la cual en un Estado plurinacional e intercultural está constitucionalmente protegida, la Carta Fundamental establece varias disposiciones específicas. Entre ellas debe destacarse el caso del art. 57-21, que hace referencia a los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario; la Constitución establece que “en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva”. En consecuencia, en estos casos no procede la excepción por petición presidencial prevista en el art. 407 y analizada anteriormente.<sup>11</sup>

En el caso de explotación de recursos renovables, la Constitución autoriza la explotación económica pero siempre en términos sustentables. Así por ejemplo, el art. 406 establece que el Estado regulará la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación, y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados. Igualmente para zonas con regímenes territoriales especiales, como el caso de las islas Galápagos y la Amazonía, se asegura un acceso preferente de los residentes a los recursos naturales y actividades ambientalmente sustentables (art. 258 y 259).

Los “derechos de la naturaleza” merecen mención aparte por su novedad y complejidad. En otro trabajo<sup>12</sup> hemos destacado que los art. 71, 72, 73

---

11 Para un análisis y conclusión concurrente en el caso de pueblos en aislamiento voluntario en la zona del ITT ver Mario Melo, Isabela Figueroa y Norman Wray, “Estudio de los aspectos jurídico constitucionales de la Propuesta ITT”, Informe de consultoría presentado al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Quito, marzo de 2009.

12 Julio César Trujillo y Agustín Grijalva, *op. cit.*

y 74 de la Constitución, que establecen los derechos de la naturaleza, expresan el principio constitucional de que el desarrollo y el sistema económico no pueden ser vistos como procesos externos o aislados de la naturaleza. Esta no puede ser reducida a mera fuente de recursos naturales para ser extraídos, transformados y consumidos en el proceso económico. Los procesos económicos se generan siempre en el marco de ecosistemas, hay por tanto una relación intrínseca y estructural entre economía y naturaleza. No se trata entonces solamente de preservar recursos naturales o un medio ambiente sano para las generaciones futuras, sino además, según el art. 271, de respetar los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos naturales.

La discusión teórica en torno al fundamento y necesidad de los derechos de la naturaleza puede ser indefinida<sup>13</sup> puesto que estos derechos descansan sobre un esfuerzo de cambio de paradigma, desde una visión antropocéntrica hacia otra biocéntrica.<sup>14</sup> En todo caso, al hallarse positivizados por la Constitución ecuatoriana tienen necesariamente el efecto de elevar los estándares de protección ambiental. En virtud de los derechos de la naturaleza, el daño ambiental, para ser tal, no requiere implicar una afectación inmediata y directa sobre los seres humanos.<sup>15</sup> Es decir, no se requiere una violación patente del derecho humano a un medio ambiente sano, sino que la sola disrupción dañosa de los procesos naturales de los propios ecosistemas, aun sin afectar supuestamente a los seres humanos, constituye una violación a la Constitución. Contrario a lo que se afirma, esta noción objetiva o institucional del daño ambiental no es en realidad tan extraña al derecho como lo atestigua la existencia de delitos ambien-

---

13 Para una aproximación a este debate ver Ricardo Crespo, “La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica?”, en *CEDA, Temas de Análisis*, septiembre de 2009, <www.ceda.org.ec>.

14 Ver al respecto el texto clásico de Cormac Cullinan, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, Londres, The Gaia Foundation, 2003.

15 Decimos afectación directa e inmediata porque en el paradigma biocéntrico el daño ambiental siempre supone una afectación a los seres humanos, aunque fuere indirecta o mediata, dada la concepción de la especie humana, en el marco de esta paradigma, como integrada al ecosistema Tierra. En consecuencia, en último análisis los derechos de la naturaleza son también derechos humanos en cuanto apuntan a las condiciones naturales necesarias para la sobrevivencia de la especie humana.

tales en que se sancionan conductas destructivas del ambiente aunque no se afecte directa e inmediatamente a población humana.<sup>16</sup>

## Propiedad, ambiente y agua

La propiedad en la Constitución ecuatoriana es al tiempo un derecho constitucional y una institución del régimen de desarrollo. Como derecho constitucional está incluida entre los derechos de libertad de las personas, en el art. 66-26, justamente antes de la disposición que establece el derecho a vivir en un ambiente sano (art. 66-27). A más de la propiedad privada se reconocen otras formas de propiedad tales como la pública, comunitaria, cooperativa y mixta (art. 321). Por otra parte, la propiedad no solo es un derecho constitucional sino también una institución económica, componente objetivo del régimen de desarrollo (art. 275), y por ello se encuentra incluida en los art. 321 al 324, en la sección relativa a este régimen.<sup>17</sup>

Esta naturaleza dual de la propiedad, la de ser derecho subjetivo e institución objetiva, se proyecta también al ámbito ambiental. A diferencia de la Constitución de 1998, que hacía referencia solo a la responsabilidad social de la propiedad, la actual Carta Política establece la función y responsabilidad ambiental de la propiedad en todas sus formas (art. 66-26 y 321), lo cual puede derivar incluso a la expropiación y control de áreas por parte de las municipalidades y por razones de orden ambiental (art. 376).

Anteriormente, en el apartado dos, destacamos justamente que los derechos constitucionales se ajustan o limitan –regulan– mutuamente. Este ajuste puede realizarlo la propia Constitución o formularse vía legislativa o jurisprudencial. La función ambiental de la propiedad es jus-

---

16 Por ejemplo, el Código Penal ecuatoriano, a partir del art. 437, claramente diferencia tipos en que se afecta al ambiente, y otros en que esta afectación del ambiente perjudica además a la salud humana, sancionando ambos, aunque con mayor rigor a las conductas que afectando al ambiente también perjudican la salud de las personas.

17 Para un análisis de la propiedad en la Constitución de 2008 ver Pablo Egas, “La propiedad”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009.

tamente un caso de mutuo condicionamiento creado por la propia Constitución entre dos derechos, el derecho de propiedad y el derecho a un medio ambiente sano, y en el caso ecuatoriano a este último deberían añadirse los derechos de la naturaleza.

Por otra parte, en el apartado uno de este trabajo destacamos el carácter limitado pero activo de la soberanía. Ahora podemos subrayar la función limitante de la soberanía en su dimensión interna, en otras palabras, la forma como el Estado y específicamente sus órganos públicos regulan la propiedad a efectos de que cumpla su función social y ambiental.

Es en este sentido que el art. 406 hace referencia a que el Estado regulará “la conservación, manejo y uso sustentable, recuperación y limitaciones de dominio de los ecosistemas frágiles y amenazados”. En efecto, es necesario distinguir, por un lado el derecho de dominio privado o colectivo sobre recursos naturales,<sup>18</sup> y por otro el ejercicio soberano que tiene el Estado sobre la biodiversidad expresada o plasmada en esos bienes (art. 400), de lo cual derivan justamente estas limitaciones legítimas al dominio. En esa línea, la Constitución de 2008 integra el concepto de patrimonio natural (art. 3-7, 404). Esta es una situación en alguna medida comparable a la del patrimonio cultural tangible e intangible del cual es titular el Estado independientemente del dominio que sobre algunos bienes puedan ejercer los particulares, dominio que se encuentra limitado y regulado en virtud de tal patrimonio (art. 379 y 380).

A efectos de regular y preservar la biodiversidad, la Constitución crea mediante el art. 405 un Sistema Nacional de Áreas Protegidas, en el cual se integran subsistemas comunitarios y privados, en tanto el conjunto del sistema se halla, según este artículo, bajo rectoría y regulación del Estado. Se ha observado que existe una aparente contradicción entre esta disposición y la incluida en el art. 397-4 según el cual “[e]l manejo y administración de las áreas naturales protegidas estará a cargo del Estado”. Corresponde aclarar que el manejo y administración del Estado

---

18 Se excluyen, por ser de propiedad exclusiva del Estado según los art. 317 y 408, los recursos naturales no renovables y los productos del subsuelo, yacimientos minerales e hidrocarburos, y otras sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo.

corresponde al subsistema estatal, mientras la rectoría y control se realiza respecto a los demás subsistemas.<sup>19</sup>

Consecuentemente, en el caso de los propietarios particulares y comunitarios de áreas biodiversas, el Estado tiene la potestad y el deber, según el art. 405, de garantizar “la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas”, puesto que estas áreas de propiedad privada integran el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, y la biodiversidad y el patrimonio genético constituyen incluso sectores estratégicos (art. 313) y bienes de interés público (art. 14-2) respecto de los cuales los propietarios privados y comunitarios están obligados a cumplir regulaciones específicas de gestión ambiental por parte del Estado. Esta facultad regulatoria del Estado solo puede ser la objetivamente necesaria para la conservación de la biodiversidad, puesto que tal facultad se halla, a su vez, limitada por los derechos constitucionales que conservan los propietarios privados y comunitarios, que la Constitución también garantiza en tanto cumpla su función ambiental (art. 57-4, 66-26 y 321). En definitiva, de la noción relativa de soberanía, que es la que la Constitución adopta, deriva un ejercicio constitucionalmente regulado de las potestades públicas, cuya orientación y limitaciones se halla básicamente en los derechos constitucionales.

Un derecho constitucional novedoso es el derecho al agua, reconocido en el art. 12. Esta disposición además establece que el agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público. Cuando el art. 12 declara que el derecho humano al agua “es fundamental e irrenunciable” incurre en una caracterización innecesaria. El concepto de “derecho fundamental” no encaja bien en la Constitución de 2008, puesto que hace relación a los sistemas constitucionales en que se diferencia entre derechos fundamentales y otros derechos constitucionales, como por ejemplo, en las constituciones colombiana y española. Esta diferenciación generalmente guarda relaciones con el sistema de garantías constitucionales,<sup>20</sup> puesto que con

---

19 Mario Melo *et al.*, *op. cit.*

20 En un artículo en coautoría con Mario Melo examiné las garantías constitucionales del derecho al medio ambiente bajo la Constitución de 1998, lo cual puede ser útil para una comparación con la actual Constitución. Ver Agustín Grijalva y Mario Melo, “Constitución y responsabilidad por daño ambiental”, publicado en *Ruptura*, No. 51, Quito, PUCÉ, 2007.

frecuencia se puede interponer tutela o amparo solo contra la violación de derechos fundamentales.

En contraste, la Constitución ecuatoriana de 2008 declara que todos los derechos constitucionales son interdependientes y tienen igual jerarquía (art. 11-6), mientras el art. 88 establece que la acción de protección tiene por objeto la protección de todos los derechos constitucionales, de los cuales debe exceptuarse solo aquellos para los que la propia Constitución crea garantías específicas, como el habeas corpus en el caso del derecho a la libertad. En definitiva, en el caso ecuatoriano puede afirmarse que esta categoría es inaplicable al tener todos los derechos la misma jerarquía.

En consecuencia, los posibles conflictos entre el derecho al agua y otros derechos, incluyendo los derechos de la naturaleza, deben resolverse en base a los criterios de ponderación mencionados anteriormente, y que conviene en este punto sintetizar: 1. determinar si la propia Constitución incluye una ponderación por la cual un derecho está limitado por otro en función del mayor ejercicio posible de los derechos; 2. establecer si el legislador ha realizado una ponderación general entre estos derechos mediante ley; y 3. desarrollar una jurisprudencia constitucional que elabore la ponderación de derechos para casos específicos y como precedente de casos similares. En todos los casos la ponderación debe ser razonable, proporcional y necesaria.

En el caso del derecho al agua hay que destacar que la Constitución realiza ya una suerte de ponderación al establecer que la sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano tendrán prioridad en el uso y aprovechamiento del agua (art. 411-2). En este sentido, otros derechos, como por ejemplo el de desarrollar actividades económicas (art. 66-15), lo cual implica uso del agua para fines productivos, puede verse legítimamente limitado frente a las arriba mencionadas prioridades, y de hecho el art. 318-4 impone como requisito la autorización del Estado para uso del agua con fines productivos.

En el caso de conflictos entre el uso del agua para sustentabilidad de los ecosistemas y el uso para consumo humano, habría que determinar múltiples aspectos tales como el impacto ambiental y el impacto social en el caso específico, la existencia de tecnologías sustentables, la posibilidad de fuentes de agua alternativas, etc. Solo una evaluación en este nivel es-

pecífico y en base a indicadores técnicos y normas legales constitucionalmente adecuadas puede proveer la ponderación constitucional conducente a la mayor efectivización de derechos.

Otro aspecto que puede destacarse del derecho al agua es su inclusión entre los derechos del buen vivir –ambiente, educación, vivienda, salud–. Estos derechos corresponden a lo que doctrinariamente se conocen como Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Los DESC se caracterizan, aunque no de forma exclusiva, por su relación directa y estructural con las políticas públicas, y en el caso del agua ello se expresa en el art. 314 que hace del Estado el responsable de la provisión de agua potable y de riego.

Igual que en el caso de la explotación de recursos no renovables en zonas intangibles, la gestión del agua debe responder en todos los casos, independientemente de la composición del órgano de gestión, a los procedimientos y a los parámetros materiales que el derecho al agua y otros derechos constitucionales implica.

## Conclusiones

La Constitución ecuatoriana de 2008 probablemente se halla entre las Constituciones que establecen mayores estándares de protección ambiental a nivel comparado. En ella la dimensión ambiental se desarrolla transversalmente incluyéndose en el contenido de otros derechos y como una dimensión de múltiples procesos de la actividad económica; se incluyen principios como los de precaución, responsabilidad objetiva, consulta previa, el indubio pro-natura, etc. Se protegen a pueblos en aislamiento voluntario en zonas intangibles y se restringen actividades extractivas en zonas biodiversas. Se establece el derecho al agua, y disposiciones relativas a la biósfera, la ecología urbana y energías alternativas. Se llega incluso a declarar los derechos de la naturaleza.

No obstante, la propia Constitución establece algunos procedimientos que podrían llevar a desarrollar actividades económicas violatorias de estos derechos y principios, como son las decisiones administrativas para explotar recursos no renovables en zonas intangibles o contra la voluntad de comunidades afectadas.

Esta paradoja no puede resolverse aceptando que la Constitución autoriza excepcionalmente la violación de derechos. Puesto que el fin del Estado y el núcleo de la Constitución son los derechos, las decisiones administrativas deben ser formal y materialmente compatibles con los mismos. Un postulado central del constitucionalismo actual es el principio de efectividad de los derechos mediante el desarrollo de garantías de diverso orden. En consecuencia, una Constitución no puede ser interpretada en el sentido de autorizar violación de derechos constitucionales, pues ello es contrario a su propia función.

## Bibliografía

- Albán, María Amparo, “El tema ambiental en el nuevo derecho constitucional ecuatoriano”, en Diego Pérez Ordoñez, comp., *La Constitución ciudadana*, Quito, Santillana, 2009.
- Código Penal del Ecuador.
- Constitución del Ecuador, 2008.
- Constitución Política del Ecuador, 1998.
- Crespo, Ricardo, “La naturaleza como sujeto de derechos: ¿símbolo o realidad jurídica?”, en *CEDA, Temas de Análisis*, septiembre de 2009, <www.ceda.org.ec>.
- Cullinan, Cormac, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, Londres, The Gaia Foundation, 2003.
- Egas, Pablo, “La Propiedad”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009 [2001].
- Grijalva, Agustín, “Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *Ecuador Debate*, No. 75, Quito, diciembre de 2008.

- Grijalva, Agustín, y Mario Melo, “Constitución y responsabilidad por daño ambiental”, en *Ruptura*, No. 51, Quito, PUCE, 2007.
- Melo, Mario, Isabela Figueroa y Norman Wray, “Estudio de los aspectos jurídico constitucionales de la Propuesta ITT”, en “Informe de consultoría presentado al Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo”, Quito, marzo de 2009.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Trujillo, Julio César, y Agustín Grijalva, “El fundamento constitucional de la nueva economía”, en *La Tendencia*, No. 10, Quito, FES-ILDIS, febrero-marzo de 2010.
- Vila Casado, Iván, *Nuevo Derecho Constitucional*, Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho ductil*, Madrid, Trotta, 2005.



## El derecho de la información en América Latina

*Damián M. Loreti\**

El presente artículo da cuenta de una de las herramientas que hacen a la política de comunicación de un Estado, cual es la legislación referida a los estándares buscados en materia de derecho a la información, en el contexto de la legislación de los países de América Latina.

Lo expuesto, en orden a que uno de los modos por los que se definen y aplican las políticas en comunicación –y que repercuten indefectiblemente en las agendas de medios y políticos– son las legislaciones. Y, en esta materia, no solo las leyes de servicios de comunicación audiovisual, sobre las que se han encarado reformas en muchos de nuestros países, son las encargadas de llevar esta responsabilidad, sino varias más, generalmente ajenas a la luz pública.

Pero es preciso, en tal sentido, que la comunidad se apropie y lidere la búsqueda de esos estándares compatibles con el derecho a la información como derecho humano universal, más que –sin que ello implique menospreciar su importancia y valor estratégico– la libertad individual de prensa.

Estos tópicos incluyen cuestiones de democratización de los medios de comunicación, de acceso a la información pública, de expresiones públicas en el contexto de la protesta social, de despenalización de la palabra en cuestiones atinentes al interés público.

Pero, ello de por sí es insuficiente en la medida en que no se vea acompañado este tratamiento por un conjunto de estándares y principios que lo haga coherente. De allí que nos animemos a cuestionarnos si el derecho a la información puede ser susceptible de ser entendido como

---

\* Abogado argentino.

una rama o disciplina especializada dentro del derecho, siendo que las universidades –en el ámbito de las facultades de leyes– nunca, al menos en tendencias generales, se han hecho cargo de estudiar armónicamente la cantidad de cuestiones que encierra la cuestión.

El desafío, por tanto, obliga a debatir sobre la política y las herramientas legales de información en aristas generalmente poco consideradas. Todos nos debemos a un marco jurídico que garantice el ejercicio del derecho a la información de modo compatible con los derechos humanos y que reconozca la especificidad de un corpus jurídico con principios propios.

Voy a tratar los temas y tendencias que existen en debate alrededor del derecho de la información y su ubicación en el campo del conocimiento de las ciencias jurídicas y también de la comunicación. El primer debate a afrontar es si el derecho de la información cuenta con autonomía científica que permita su reconocimiento como disciplina.

Décadas atrás, cuando materias vinculadas a estos conocimientos fueron planteadas en los currículos universitarios, este abordaje nunca fue realizado, al menos de modo reconocible y estable, desde las facultades de derecho o de ciencias jurídicas.

En rigor de verdad, la incorporación de disciplinas jurídicas vinculadas a las ciencias de la comunicación, la información o el periodismo se dio en las carreras específicas recibiendo denominaciones muy variadas, como “Régimen Jurídico del Periodismo”, “Legislación y Ética del Periodismo”. Es particularmente en los ochenta que el “derecho a la información” comienza –al menos de modo mayoritario– a ser la denominación de esta disciplina, a veces en conjunto con “derecho de la comunicación” y otras como “derecho de la información”.

Por su parte, en los programas habituales o clásicos de las facultades de derecho y ciencias jurídicas, no existieron materias con denominaciones o puntos de interés similares. Los contenidos de lo que hoy se llama derecho de la información –en tanto conjunto de normas positivas, decisiones, jurisprudencia, precedentes y costumbres– vinculados a este objeto de estudio que llamaremos convencionalmente “información”, aparecen repartidos –y no todos– en varias materias o asignaturas y –al menos hasta donde sabemos– sin pretensión de armonizar entre sí o participar de la búsqueda de un corpus único.

Pero antes de avanzar, es importante una breve puntualización. El derecho “a” la información no es equivalente al derecho “de” la información. Esto es más que un juego de palabras aunque aparente serlo. El derecho “a” la información es la consagración del derecho humano universal y sustantivo a recibir, difundir e investigar informaciones y opiniones. El derecho “de” la información, está dicho, aparece representado por el derecho positivo, la jurisprudencia y las costumbres.

Entonces, el derecho “a” la información, aparecerá tangencialmente en el estudio de los tratados de derechos humanos y las convenciones internacionales. Se lo estudia —generalmente poco— al estudiarse derecho constitucional.

Luego, las cuestiones vinculadas al acceso a la información del Estado es posible que se vean en algún recorrido del derecho administrativo, como también es posible —aunque con pocas expectativas— que en la misma materia se alcance a saber que existen leyes de servicios de comunicación audiovisual, de telecomunicaciones, de televisión por cable, de prensa o de radiodifusión.

Las responsabilidades civiles y penales por el ejercicio del derecho de informar quedan enmarañadas con otros delitos y obligaciones de reparación ante amenazas de sanciones del poder represivo del Estado.

Los tratamientos recientes sobre los procesos de despenalización de calumnias o injurias pocas veces se consideran integralmente con los mandatos del sistema interamericano de derechos humanos.

Por otro lado, la discusión sobre el rol del trabajo periodístico en una sociedad en la que los medios de comunicación tienen un papel jugado y a jugarse —que cualquier lector definirá con mucha mejor calidad y alcance que yo—, quizá sea vista junto con una decena de regímenes laborales. Aún más si en algunos países existen leyes específicas de acceso a la profesión periodística por exigencia de título profesional o de pertenencia a colegios de modo obligatorio.

Las recientes resoluciones de las máximas instancias judiciales de Brasil o Colombia, por las que se declaran inaplicables las leyes de imprenta o del estatuto del periodista respectivamente no suelen ir acompañadas en las universidades con un proceso de reflexión sobre la vinculación

entre estas reglas y el sistema de derechos humanos. Lo propio en Costa Rica tras la declaración de inconstitucionalidad de la colegiación en la Sala IV Constitucional hace unas décadas.

Puesto así, para los estudiosos del derecho, sería una conclusión obvia que el derecho de la información carece de autonomía científica, de un corpus propio y de principios de interpretación que lo caracterice y distinga de otras disciplinas jurídicas.

Pero el caso es que –sin más pretensiones que la de aportar a un debate incipientemente ya planteado– estimamos que todos esos elementos sí se hacen presentes, aunque por el momento nos abstendremos de afirmar categóricamente la autonomía científica del derecho de la información.

Tiene, en tanto derecho humano universal, un objeto propio, conformado por las informaciones y las opiniones. Y estos conceptos involucran todos los tipos de expresiones, es decir, informativas, culturales, artísticas, humorísticas y sobre todos los soportes, incluyendo el derecho de acceso a la información de carácter público.

La primera cuestión es sobre el rol del Estado en materia de libertad de expresión ejercida en un soporte distinto al papel o a la toma de la voz pública.

En particular existe una tensión teórica entre quienes sostienen que el Estado satisface sus obligaciones de respeto a la libertad de expresión como derecho humano con la abstención de censurar y aquellos que entienden que los Estados tienen una obligación mucho más extensa y por tanto, importa el cumplimiento de obligaciones de prestación con una agenda más activa y permeable. Dicha agenda incluye la facilidad de acceso a la información pública y otras intervenciones sobre posiciones más cercanas a entender que, en la deliberación democrática sobre asuntos de políticas públicas, la protección conlleva a la regulación de aspectos complejos como lo son los medios electrónicos, las campañas electorales, la pornografía o el discurso del odio.

En otro orden de ideas, ha quedado sentado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas –interpretando el Pacto de Derechos Civiles y Políticos– que la negativa de un Estado a renovar el registro de una publicación no solo constituye una violación al derecho de libertad de

expresión de medios, sino que también expresa una violación a los derechos de los lectores a recibir información.<sup>1</sup>

De tal modo, aparecen dos principios de universalidad, aplicables a sujetos –aunque nos quedan dudas sobre el goce de estos derechos por los migrantes– y medios, y otro de generalidad, aplicado a los mensajes –ya que las propias convenciones de derechos humanos plantean sus excepciones como la apología de la guerra, el odio racial y la discriminación–.

Otro elemento a tomar en cuenta para dilucidar si existe tal autonomía disciplinaria en materia de corpus es la existencia de un acto jurídico propio del conjunto de normas positivas que englobamos y caracterizamos como derecho de la información.

Así como en ciertas ramas del derecho aparecen el acto de comercio, la relación de trabajo, la acción delictiva, el daño ambiental, etc., como núcleo que atrae la creación, modificación, extinción y satisfacción de derechos y obligaciones recíprocos entre partes, a nuestro criterio –aún cuando no se ha profundizado demasiado en los estudios sobre este tópico–, cuando se satisface a alguien su derecho a recibir, difundir o investigar informaciones u opiniones, también estaríamos ante un acto jurídico determinado –al que podemos llamar acto informativo– que cuenta con características propias.

La satisfacción del derecho a la información como acto de justicia –en su concepción más amplia– deberá estar orientada al sujeto universal titular de este derecho a recibir, difundir e investigar.

Quien resulta –o debería resultar– beneficiado por la difusión de informaciones y opiniones es el público –todos y cada uno de los hombres y mujeres–, de la mano de quien difunde la información. Pero si hipotéticamente –y con la sola pretensión de este análisis– remitiéramos el ejercicio de este derecho a la profesión de periodista, veríamos que la investigación, la obtención de información, la reserva de las fuentes, y la difusión del mensaje no está destinada por sí misma a satisfacer las obligaciones de un contrato de trabajo periodístico, sino a dar cumplimiento a la misión de informar al conjunto.

---

1 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: caso Mavlonov y Sa'di vs. Uzbekistán, 19 de marzo de 2009.

También el derecho de la información cuenta con principios de interpretación que se ponen en juego cuando existen conflictos. Que nadie debe ser molestado a causa de sus opiniones, que se debe privilegiar el evidente interés público por sobre el individual, salvo que exista intención de dañar, que las sanciones penales –por tanto de castigo y no de reparación– son intimidatorias y cercenan la libertad de expresión cuando mediante ellas se intenta proteger el honor de funcionarios o personas de reconocimiento público o a quienes sin tenerlo se involucren en cuestiones de interés público, que la aplicación de responsabilidades se rige por el principio de “necesidad”, esto es, el menor grado de restricción posible que permita reparar el daño sin generar intimidación o autocensura, o que los obstáculos indirectos a la circulación de informaciones u opiniones violen el derecho a la información, son piedras fundamentales de este derecho. Que los medios tienen función social y que el derecho de acceder a ellos no es meramente declarativo.

Los fallos de la Corte Interamericana y los informes de la Relatoría Especial y de la Comisión Interamericana son claros indicadores de estos estándares.

Sentados estos principios y puntos de partida sobre la disciplina, trataremos sobre los avatares de la agenda interamericana de los debates, no solo académicos, sino políticos y judiciales sobre el derecho a la información. Agenda que si bien es común para América Latina, nos limitaremos a revisar algunos cambios de la legislación argentina y su articulación con el panorama regional.

## **El efecto intimidatorio de las sanciones: la despenalización**

Uno de los temas más sensibles del derecho a la información es el que se relaciona con la oportunidad, magnitud y necesidad de la aplicación de las llamadas responsabilidades ulteriores y las corrientes de despenalización de la crítica a los funcionarios públicos, las personas de reconocimiento público y las que, sin tener esta condición, se involucran voluntariamente en temas de interés social. En este plano han existido

en la legislación dos tipologías de previsiones penales para castigar estas conductas: el desacato y los delitos contra el honor.

Respecto al desacato, como emergente de un procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, iniciado por una denuncia de Horacio Verbitsky contra el Estado argentino<sup>2</sup> tras ser condenado por infracción al art. 244 del Código Penal,<sup>3</sup> el Estado se comprometió a derogar esa previsión, lo que efectivamente ocurrió. Circunstancias parecidas han transcurrido en Uruguay, en Honduras por resolución judicial o en México a nivel federal, entre otros.

El caso es que, en los hechos, la figura del desacato fue reemplazada por una extensión no debida de las figuras penales que “protegen” el honor de las personas como las calumnias y las injurias. Y afirmamos ello en la medida en que se ha echado mano de esta herramienta jurídica en más de un centenar de casos por funcionarios públicos, por lo que la única diferencia parecería estar en la participación de la fiscalía.<sup>4</sup>

Lo expuesto parecería no dar cuenta del problema de fondo. Efectivamente, es cierto: el eje del debate aparece en la fricción que surge de analizar las interpretaciones sobre la pertinencia de las leyes de desacato o que imponen otras figuras penales –calumnias e injurias– que ha señalado el sistema interamericano y otras fuentes de interpretación de los derechos humanos en el derecho comparado versus las legislaciones internas de los países de América Latina.<sup>5</sup>

---

2 Caso 11012, Informe No. 22/94, Argentina, Horacio Verbitsky, 20 de septiembre de 1994 (Solución amistosa).

3 Era el artículo que establecía sanción penal a quien de cualquier modo ofendiera a un funcionario público con motivo o en ocasión de sus funciones.

4 Informe de la Relatoría de Libertad de Expresión, OEA, 2002: “El reconocimiento de que los funcionarios públicos están sometidos a un menor grado de protección frente al examen y la crítica del público, significa que la distinción entre las personas públicas y privadas también debe establecerse en las leyes ordinarias sobre injurias, calumnias y difamación. La posibilidad de que funcionarios públicos hagan abuso de estas leyes para silenciar opiniones críticas es tan alta con las leyes de esta índole como con las de desacato”.

5 Según el Informe de la CIDH de 1994, existen leyes de desacato en los siguientes Estados: Bolivia, art. 162 del Código Penal; Brasil, art. 331 del Código Penal; Chile, tít. VI del Código Penal, “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, art. 263 y 264; Costa Rica, tít.

En su Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana ha fijado el estándar de interpretación de la Convención. Para ello dice, en el punto 10:

Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaban difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

Y agrega en el punto 11: “Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’, atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.

Pero si bien en algunos países de la región el desacato fue derogado, la subsistencia de las previsiones sobre calumnias e injurias que se utilizan para los mismos fines, siguen resultando contradictorias con la Convención Americana.

---

XIII del Código Penal, “Delitos contra la autoridad pública”, art. 307; Cuba, cap. II del Código Penal, “Violencia, ofensa y desobediencia contra la autoridad, los funcionarios públicos y sus agentes”, art. 144; Ecuador, art. 231 del Código Penal; El Salvador, art. 456 del Código Penal; Guatemala, tít. XIII del Código Penal, “De los delitos contra la administración pública”, art. 411, 412, 413; Haití, cap. II del Código Penal, “Ultrajes, violencia contra los depositarios de la autoridad y la fuerza pública”, art. 183; México, cap. IV del Código Penal, “Delitos cometidos contra funcionarios públicos”, art. 189; Paraguay, cap. IV del Código Penal, “Delitos contra la autoridad pública”, art. 163(1); Perú, secc. III del Código Penal, art. 374; Uruguay, tít. V del Código Penal, “Delitos contra la autoridad pública”, art. 173; Venezuela, cap. VIII del Código Penal, “De los ultrajes y otros delitos contra las personas investidas de autoridad pública”, art. 223.

## La información pública

Otra arista en debate pasa por la consagración legislativa interna de herramientas jurídicas que garanticen el derecho de acceso a la información pública. También esta es una batalla política en esta materia. Ya su sola caracterización implica un enfrentamiento de posiciones y no necesariamente desinteresadas.

Por información pública entendemos no solo la que está en manos del Estado sino aquella de interés público en tanto se vincula con la propia gestión del Estado, con la de los servicios que este ha cedido, licenciado o concesionado –con lo que se incluyen a las empresas de servicios privatizados como obligadas a dar información–, o aquella que guarda relación con cuestiones de interés social como la información sanitaria o ambiental.

Aparece como obvio que esta información debería estar en manos de cualquier habitante de nuestros países. Pero no es así. Hay ejemplos inmediatamente a nuestra disposición y los hay más complejos.

Desde un simple pedido para revisar un expediente en los municipios o la universidad, hasta acceder al estudio de impacto ambiental de la explotación de una refinería, existe una gran diferencia.

El derecho de acceso a la información es prioritario no solo desde el punto de vista teórico señalado; el efectivo ejercicio de este derecho no solo debe ser pensado para combatir la corrupción, sino también como una herramienta sustantiva para el ejercicio y goce de derechos humanos sociales, económicos, culturales y de incidencia colectiva. Por eso se requiere una política de Estado en materia de información.

Luego del fallo “Reyes” de la Corte Interamericana, ha quedado claro que estamos frente a un principio incorporado a un derecho humano de primera generación, y varios países han tomado los recaudos del caso para regularlo y promoverlo. Chile, Uruguay, Costa Rica, México (casi paradigmáticamente con la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información), Brasil y Argentina lo están discutiendo.

Pero lo que enfatizamos es que su razón de ser excede la mera exigencia de rendición de cuentas al Estado. Ese es un modelo válido, importante, exigible y necesario. Pero también debe ser un derecho que vaya más allá de entender al conjunto de las organizaciones sociales como grupos

de contribuyentes que exigen rendición de cuentas, sino como ciudadanos y sujetos de derechos con intereses propios de mejorar sus condiciones de vida, en lo ambiental, en lo económico, en lo social y en lo cultural.

## Protesta social y libertad de expresión

Abriendo un nuevo campo de debate sobre un tópico no incorporado del todo a la normativa en cuanto a las características de la protesta social como ejercicio del derecho a difundir informaciones y opiniones, diré que generalmente los sectores más comprometidos con las transformaciones han amparado las posiciones de protesta social como una de las formas de peticionar a las autoridades, de reclamar por derechos conculcados de distintas formas o de exigir la modificación de situaciones planteadas.

Ya viene siendo crucial que las formas de protesta social empiecen a ser estudiadas desde otro plano. El de la expresión de opiniones e informaciones. Este es un desafío en la agenda del derecho a la información. De otra forma, el derecho de la información nunca se hará cargo de amparar una problemática tan importante como la búsqueda de soluciones mediante el uso de espacios públicos.<sup>6</sup>

Y esta advertencia viene de la necesidad de que la legislación y la jurisprudencia reconozcan que el acceso a los medios continúa siendo un privilegio, y que la criminalización de las “nuevas” formas de expresión pública –habría que preguntarse si efectivamente son “nuevas”–, que los medios reflejan como protesta social, merece un debate más profundo.

En efecto, el dilema de cómo ejercer y ensanchar los marcos de la libertad de expresión en un marco de pobreza estructural en el continente no pasa solo por la queja contra la “judicialización” y la “criminalización” de la protesta social. Pasa por entender la interacción de los derechos humanos comprometidos en su integralidad.

En este sentido, el Informe de 2002 de la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA dice:

---

6 Así fue resuelto favorablemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Hague vs. CIO” (307 U.S. 496), 1939.

La Relatoría señala que la participación de las sociedades a través de la manifestación social es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades y que, en general, ella como ejercicio de la libertad de expresión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación a esa forma de ejercicio de la libertad de expresión.<sup>7</sup> La Relatoría entiende que las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes. Sería insuficiente un peligro eventual y genérico, ya que no se podría entender al derecho de reunión como sinónimo de desorden público para restringirlo per se.<sup>8</sup> [...] [S]e debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha restricción (la criminalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática. Asimismo, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos. Es importante recordar que la criminalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afectan directamente. En este sentido, se hace imperativo que al imponer restricciones a esta forma de expresión, los Estados miembros lleven a cabo un análisis riguroso de los intereses que se pretende proteger a través de la restricción teniendo en cuenta el alto grado de protección que merece la libertad de expresión como derecho que garantiza la participación ciudadana y la fiscalización del accionar del Estado en cuestiones públicas.

El sentido de la inclusión de este tema es la urgencia en la iniciación del debate sobre la legislación y la protesta social desde una óptica distinta o

---

7 Ver “Feldek vs. Slovakia”, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia del 12 de julio de 2001, párr. 59.

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-456, *supra*. 32.

al menos mucho más amplia que la vigente. Existen procesados y condenados en nuestros tribunales por infracción al articulado del Código Penal que castiga el entorpecimiento de los transportes por tierra, como si lo único que tuviera que tenerse en miras fuera el paso por las rutas.<sup>9</sup>

Para no equivocarnos: Lo que auspiciamos es la comprensión cabal del fenómeno de la protesta social por el derecho de difundir informaciones y opiniones. Esta tesis excede con holgura el análisis del tema como un fenómeno del Derecho Penal.

## Radiodifusión y discriminación

Un último tópico a considerar dentro de las políticas del Estado respecto de la información y la comunicación apunta a la discriminación existente respecto del acceso a los medios, y en particular a los servicios de radiodifusión.

En casi todos los países de América Latina existen restricciones directas —como las hubo en Argentina— o indirectas para que las entidades intermedias que no tengan finalidad comercial estén excluidas del pleno ejercicio del derecho a la información a través de un medio de comunicación social electrónico, en violación clara a los principios de universalidad a los que nos referimos más arriba.

En ciertos casos, aun existiendo previsión para que estos emprendimientos no comerciales puedan acceder a frecuencias, las restricciones u obstáculos se expresan mediante limitaciones al alcance de sus emisoras, como es el caso de las radios chilenas y brasileras de mínima cobertura<sup>10</sup> o en Brasil.<sup>11</sup> O a la imposición de utilizar una ubicación marginal del espectro violentando así cualquier posibilidad de pluralismo, tal como sucede también en Brasil con la autorización para un solo canal en todo el país, de los 200 potencialmente disponibles. Es usual verificar que las radios no

---

9 Nos referimos al art. 194 del Código Penal.

10 Solamente 1 vatio, según la Ley 18.168, art. 3, lo que permite un alcance de unas pocas cuadras.

11 La Ley 9612 establece un máximo de 25 vatios, pero el reglamento (Decreto 2/98) es más restrictivo aún: solo permite la libertad de expresión en un radio de 1 km.

comerciales están impedidas de formar redes transitorias o permanentes, lo que conspira claramente contra la posibilidad de difundir eventos de trascendencia nacional o regional, en clara discriminación frente a otros usuarios.

Se le suman exclusiones a la posibilidad de conseguir recursos genuinos emergentes del reconocimiento de la creación intelectual o artística que desarrollan. Esta discriminación respecto a otras formas jurídicas se establece especialmente para las radios gestionadas con fines sociales en casi todos los países –con excepción de Colombia y Venezuela, con algunas limitaciones y, recientemente, Ecuador–, confinando a las radioemisoras no comerciales al amateurismo y limitando su capacidad de independencia.

También es posible constatar la existencia de regímenes de subasta como único mecanismo de otorgamiento de frecuencias radioeléctricas, como en Guatemala<sup>12</sup> y en Paraguay,<sup>13</sup> en los cuales el factor económico no solo es preponderante, sino único. Este procedimiento fue –en ambos casos– duramente objetado por la Relatoría de Libertad de Expresión y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,<sup>14</sup> por entender que la fortuna económica no debe ser criterio para las decisiones oficiales de extender autorizaciones de uso de espectro para el ejercicio del derecho a informar y ser informado.

Tanto más grave son las previsiones legales y reglamentarias por las cuales los radiodifusores de emisoras que sean propiedad de entidades intermedias tienen limitaciones de contenido, puesto que se las destina de modo excluyente a tratar determinadas temáticas. Las cláusulas típicas en esta materia son las que obligan a difundir exclusivamente temáticas educativas, culturales o sociales, como si se trataran de propagandistas y no de medios de comunicación social. Así ocurre en varios países de la región.<sup>15</sup>

Finalmente, aunque no por ello menos importante, es la imposición de sanciones más graves que implican el cierre de la emisora incluso de infrac-

12 Decreto 94/96, art. 61, 62 y concordantes.

13 Ley 642, art. 70 al exigir pago por única vez como requisito de acceso, sin perjuicio del canon del 1% anual.

14 Informe CIDH especial sobre Guatemala OEA/Ser.L/V/II.111, 6/4/2001, punto 30 y sobre Paraguay OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 9/3/2001, punto 53.

15 Por ejemplo, en Perú (D.S. No. 013-93, art. 99).

ciones que para los medios comerciales solo serían un llamado de atención o una amonestación en el legajo. La más evidente situación es el diferente tratamiento que se da a la protección contra las interferencias perjudiciales de las que gozan plenamente las emisoras comerciales y no las de la sociedad civil, significando ello una clara violación a la igualdad ante la ley.<sup>16</sup>

Aunque algunas veces las leyes, y las propias constituciones, reconocen el acceso en igualdad de oportunidades, los reglamentos específicos y requisitos incluyen condiciones que limitan fuertemente o impiden esa posibilidad. Es el caso de la exigencia de umbrales técnicos o económicos para el acceso a la participación de los sistemas de adjudicación, que se vuelven infranqueables para las emisoras pequeñas.<sup>17</sup> También en situaciones donde se exige tener una naturaleza social específica para postular, afectando la libertad de asociación.<sup>18</sup>

Junto con esas disposiciones explícitas de los marcos legales vigentes, las prácticas administrativas en su aplicación aportan nuevas fuentes de discrecionalidad y discriminación. La ausencia de mecanismos justos, democráticos y, sobre todo, transparentes, permite que las frecuencias radioeléctricas sean entregadas como verdaderos ducados para amigos políticos o empresarios cercanos al poder.<sup>19</sup>

Sin perjuicio de ello, pueden destacarse algunas reglamentaciones auspiciosas en cuanto al acceso a las frecuencias radioeléctricas,<sup>20</sup> así como modificaciones legales recientes tendientes a incorporar pautas de aplicación de mejores políticas hacia las radios no comerciales, como la legislación ecuatoriana que elimina discriminaciones de contenidos y acceso a la recaudación publicitaria,<sup>21</sup> o decisiones gubernamentales que comienzan a resolver parcialmente esta situación discriminatoria, como en Paraguay.<sup>22</sup>

---

16 Es el caso de Brasil: Dto. Reglamentario 2/98, art. 27.

17 Tal el caso de México por los requerimientos de contar con cierto equipamiento de difícil acceso o la necesidad de contar con avales técnicos de difícil acceso para las comunidades pobres.

18 Venezuela, Decreto 1521, 3 de noviembre de 2001, art. 2o.

19 Uruguay.

20 Colombia y Venezuela: Decreto 1446/95 y Decreto 1521.

21 Decreto Supremo 256-A y sus posteriores reformas.

22 Resolución 2002/2002, de la CONATEL que abrió la posibilidad de normalizar más de cien emisoras de baja potencia.

De tal modo, las exclusiones a sectores determinados de la sociedad civil por el solo hecho de su conformación jurídica presenta un grado de violación a los derechos humanos en el sistema interamericano que excede de las previsiones vinculadas a la libertad de expresión, al igual que las restricciones en materia de contenido, alcance y financiamiento por esa misma causa.

En el sentido expuesto, también la Relatoría de la OEA entiende que “los Estados en su función de administradores de las ondas del espectro radioeléctrico deben asignarlas de acuerdo a criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades a todos los individuos en el acceso a los mismos. Esto precisamente es lo que establece el principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión” (Informe 2002).

Apoyado en este criterio, tras la puesta en conocimiento público de la Coalición por una Radiodifusión Democrática y sus ya reconocidos “21 puntos para una ley democrática de radiodifusión”, el Estado argentino ha dado espacio a un proceso inédito por la participación y a una novedosa legislación reconocida por las Relatorías de Libertad de Expresión de la ONU y la OEA. Esta ley 26522 propone una plataforma legal destinada a la promoción del pluralismo y la diversidad.

Otros se encaminan en el mismo sentido, el Ecuador y Uruguay recientemente anunciaron el inicio de las discusiones parlamentarias, Brasil acaba de finalizar su Conferencia Nacional de Comunicaciones.

Pero siempre hay una pregunta pendiente: ¿qué hacer con los oligopolios y cómo proteger la universalidad del derecho a la libertad de expresión?

## Principios para desconcentrar

El principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, de octubre de 2000, es desde el cual se deberían conformar los procesos reglamentarios de la legislación en radiodifusión y servicios de comunicación audiovisual.

Este principio ha sido contenido y desarrollado por diferentes estamentos de las entidades supranacionales y sus representantes, así como por los órganos de la CIDH. En aplicación de estos principios sentados

en la Declaración de Octubre de 2000, en marzo de 2001, la CIDH elaboró un informe sobre derechos humanos en Paraguay<sup>23</sup> que establece un antecedente para toda la región. En una de las tres recomendaciones planteadas al gobierno paraguayo por el actual Secretario Ejecutivo de la CIDH, se establece, “la necesidad de aplicar criterios democráticos en la distribución de las licencias para las radioemisoras y canales de televisión. Dichas asignaciones no deben ser hechas basándose solamente en criterios económicos, sino también en criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidad al acceso de las mismas”.<sup>24</sup>

En la misma inteligencia, la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA, sostiene que “la radiodifusión sigue siendo la fuente más importante de información para la mayoría de los pueblos del mundo”, en el marco de las consideraciones por las que declara que, “[l]a promoción de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión”.<sup>25</sup>

En el año 2004 la Relatoría Especial dedica al tema un capítulo específico de su Informe Anual, donde indica como una de sus hipótesis:

Desde hace algunos años se viene señalando que la concentración en la propiedad de los medios de comunicación masiva es una de las mayores amenazas para el pluralismo y la diversidad en la información. Aunque a veces di-

---

23 OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 9 marzo 2001, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, cap. VI.

24 Recomendaciones en el mismo sentido fueron presentadas al gobierno de Guatemala en abril del mismo año. El Informe se recomienda: “Que se investigue a profundidad la posible existencia de un monopolio de hecho en los canales de televisión abierta, y se implementen mecanismos que permitan una mayor pluralidad en la concesión de los mismos. [...] Que se revisen las reglamentaciones sobre concesiones de televisión y radiodifusión para que se incorporen criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades en el acceso a los mismos”.

25 Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión-Declaración Conjunta Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo por el Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA), 19 y 20 de noviembre de 2001.

ficilmente percibida por su carácter sutil, la libertad de expresión tiene un cercano vínculo con la problemática de la concentración. Este vínculo se traduce en lo que conocemos como “pluralidad” o “diversidad” en la información.<sup>26</sup>

En la misma línea, afirma que,

Siguiendo esta tendencia, en los últimos años se ha venido interpretando que uno de los requisitos fundamentales de la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información y opiniones disponibles al público. Y es por ello que el control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica, puede afectar seriamente el requisito de la pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se limita la posibilidad de que la información que se difunda cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho de información de toda la sociedad. La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados constituye de esta forma un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, así como para la recepción de opiniones diferentes.

Finaliza en el punto 25: “su preocupación por el peligro que representan los esquemas de concentración en la propiedad de los medios de comunicación para la formación de la opinión pública”.

Con la participación de los demás Relatores Especiales de Libertad de Expresión de los otros sistemas –ONU, OSCE y la Comisión Africana– también la Relatoría Especial se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en relación con la necesidad de pluralismo, desconcentración, protección de la diversidad respecto a la regulación de la radiodifusión y su razón de ser.

En 2001, en la Declaración Conjunta Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo,<sup>27</sup> se señala, entre otros aspectos, que, “la promoción

---

26 Cap. V, Violaciones indirectas a la libertad de expresión, informe año 2004, Punto 2.  
27 Declaración conjunta Desafíos a la Libertad de Expresión en el Nuevo Siglo. El Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), el Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA).

de la diversidad debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión; la diversidad implica igualdad de género en la radiodifusión e igualdad de oportunidades para el acceso de todos los segmentos de la sociedad a las ondas de radiodifusión; [...] Deben adoptarse medidas efectivas para evitar una concentración indebida de la propiedad en los medios de difusión”.

En 2005 la Declaración indica que, “[l]a libertad de expresión requiere que distintos puntos de vista puedan ser oídos. El control estatal de los medios de comunicación, así como las leyes y prácticas que permiten los monopolios en la propiedad de los medios de comunicación limitan la pluralidad y evitan que el público conozca ciertos puntos de vista”.<sup>28</sup>

En 2007, los apartados relacionados con tipologías de medios de comunicación y diversidad hacen constar en la declaración anual que:

Se debe asignar suficiente “espacio” para la transmisión de las diferentes plataformas de comunicación para asegurar que el público, como un todo, pueda recibir un espectro variado de servicios de medios de comunicación. En términos de difusión terrestre, ya sea análoga o digital, esto implica una asignación apropiada de las frecuencias para usos de radiodifusión. Los diferentes tipos de medios de comunicación –comerciales, de servicio público y comunitario– deben ser capaces de operar en, y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles. Las medidas específicas para promover la diversidad pueden incluir el reservar frecuencias adecuadas para diferentes tipos de medios, contar con *must-carry rules* –sobre el deber de transmisión–, requerir que tanto las tecnologías de distribución como las de recepción sean complementarias y/o inter operables, inclusive a través de las fronteras nacionales, y proveer acceso no discriminatorio a servicios de ayuda, tales como guías de programación electrónica.<sup>29</sup>

---

28 Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión Conjunta sobre Internet y sobre Medidas Antiterroristas.

29 Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información.

La declaración considera que en la planificación de la transición de la radiodifusión análoga a la digital se debe considerar el impacto que tiene en el acceso a los medios de comunicación y en sus diferentes tipos. Esto requiere un plan claro para el cambio que promueva, en lugar de limitar los medios públicos. Se deben adoptar medidas para asegurar que el costo de la transición digital no limite la capacidad de los medios comunitarios para operar. La radiodifusión comunitaria debe estar expresamente reconocida en la ley como una forma diferenciada de medios de comunicación, debe beneficiarse de procedimientos equitativos y sencillos para la obtención de licencias, no debe tener que cumplir con requisitos tecnológicos, o de otra índole, severos para la obtención de licencias, debe beneficiarse de tarifas de concesionaria de licencia y debe tener acceso a publicidad.

Aunque no de modo explícito respecto de la actividad radiodifusora, la Corte Interamericana ya había fijado posición sobre la necesidad del pluralismo en los medios de comunicación desde la Opinión Consultiva 5/85 cuando dice en su numeral 34:

Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

Del mismo modo, el considerando 56 señala:

Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica “me-

dios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.<sup>30</sup>

Si se limita la cita de una resolución reciente, la CIDH ilustra en el considerando 106 del fallo “Ríos y otros contra Venezuela”:

Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público e impulsar el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas.<sup>31</sup>

Antes, en “Kimel contra Argentina”,<sup>32</sup> la misma Corte –por mayoría– ya había sentado idéntica posición en el considerando 57.

Planteado el conjunto de directrices y estándares interpretativos destinados a la concepción del rol que debería tener el Estado en materia de regulación de medios de comunicación social, se puede preliminarmente plantear algunas premisas y dudas sobre la problemática que está siendo abordada. Respecto de la primera, cuál es el rol del estado en materia de libertad de expresión ejercida en un soporte distinto al papel o a la toma de la voz pública, se pueden apuntar estas reflexiones:

- a) La regulación de la radiodifusión aparece como una circunstancia distinta a la de otras expresiones como la gráfica y la internet. De hecho, aún cuando no existe referencia a esta última, las declaraciones de los relatores han hecho la distinción respecto a la diferencia que existe entre ambos soportes.

---

30 Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (art. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5.

31 Corte IDH. Caso Ríos y otros contra Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, No. 194.

32 Corte IDH. Caso Kimel contra Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C, No. 177.

- b) En todas las instancias se plantea la necesidad de considerar los derechos no solo de los medios y de quienes trabajan en ellos, sino también de quienes reciben la información. El pluralismo no está solo destinado a satisfacer la necesidad de quien quiera expresarse, sino también de los que dependen de las informaciones, opiniones o expresiones en general, para estar vinculados a la vida democrática.
- c) Desde la adopción del principio 12o., la afectación de los monopolios y oligopolios en la comunicación social a la libertad de expresión y a la vida en democracia ha dejado de ser un supuesto doctrinario. Es claramente un paradigma del respeto a los derechos humanos. Este fenómeno afecta tanto el derecho a recibir como a difundir e investigar.

La segunda cuestión, en relación con las interrogantes sobre estándares destinados a su inserción legislativa para que una eventual ley resulte compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es la siguiente:

- a) Si el impacto de la concentración en la comunicación social debe entenderse limitado a la situación monopólica u oligopólica de la propiedad de los medios o debe ponerse bajo análisis el abuso de posición dominante sobre los derechos de exhibición de los contenidos relevantes, como ocurre en la Directiva Europea sobre Servicios de Comunicación Audiovisual de diciembre de 2007.
- b) Aún cuando la hipótesis se limitara a la propiedad de los medios, habría que definir si los modos de limitar los monopolios se ajustan solo a la cantidad de licencias o se asumen otras medidas tales como el fomento de nuevos actores, la incorporación de nuevos soportes tecnológicos y los topes a la penetración de mercados por porcentajes.
- c) Los proyectos legislativos deberían estudiar los límites a los oligopolios y monopolios que conllevan la necesidad y/o razonabilidad de establecer controles a la propiedad cruzada y a la integración de la cadena de valor de las industrias de info-comunicación.
- d) La forma de consagrar las tres franjas tipologías de emisoras que reclaman los relatores de libertad de expresión si se quiere asegurar la igualdad de condiciones e igualdad de oportunidades.

- e) Los legisladores deben constatar si existen formas diferentes para garantizar tal modelo de franjas y si ello se logra con mecanismos idénticos para los distintos tipos de operadores o es recomendable establecer mecanismos diferenciados.
- f) El cuestionamiento de los procedimientos de adjudicación que recomienda el principio 12 implica fijar estándares diferenciados de acceso a las licencias para cada tipo de emisoras.
- g) Los legisladores deberían responder con fórmulas compatibles con el art. 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los estándares del principio 12, para que si se establecieran normas de servicio distintas, ellas no fueran discriminatorias en materia de alcance y obtención de recursos económicos genuinos para un prestador de la sociedad civil. No existe un modo de contestar a la pregunta de por qué sería admisible ese tipo de limitaciones en radiodifusión no comercial y no si se tratara de un sitio web que tiene un servicio audiovisual permanente como una radio en línea.

Sin lugar a dudas, la regulación de la radiodifusión tiene problemáticas específicas y estándares a los cuales sujetarse, no solo por imperio de cuestiones técnicas –y aún teniendo en cuenta las económicas– sino por respeto y sujeción a principios del derecho internacional de los derechos humanos. Las reflexiones y preguntas que se plantean con el límite explícito de atender al mandato de prevenir las situaciones de monopolios y oligopolios que reclama el principio 12 de la Declaración de la CIDH de 2000, se ponen a consideración de los lectores para ayudar a visualizar distintas circunstancias que las legislaciones deberían tener para ser compatibles con los mandatos y doctrinas del Sistema Interamericano.

Por lo tanto, tenemos así que en el conjunto de América Latina los funcionarios, académicos y políticos se encuentran frente a varios desafíos sobre cómo articular el derecho a la información en la agenda pública. Estos desafíos obligan a debatir sobre su política de información en aristas generalmente poco consideradas. Tenemos derecho a un marco jurídico que garantice el ejercicio del derecho a la información de modo compatible con los derechos humanos y que reconozca la especificidad de un corpus jurídico con principios propios.



# La seguridad democrática y sus implicaciones para los abogados defensores de derechos humanos en Colombia

*Edwin Rubio M.\**

## El concepto de seguridad

El concepto de seguridad, suscita diversas interpretaciones, la seguridad positiva desde un enfoque humanista, altruista, de protecciones y garantías sociales, propende por la dignificación de las personas, la salvaguarda de las condiciones mínimas para el correcto desarrollo de los pueblos.

A partir de la consolidación en 1991 del llamado Estado Social de Derecho, la política de seguridad era entendida como la política social del Estado, es decir que al hablar de la política criminal se comprendía conexas a la política social de seguridad.

## La seguridad negativa, cambio de proyecto político

El concepto de seguridad ha venido cambiando en Colombia, especialmente a partir de los gobiernos del ex presidente Álvaro Uribe Vélez ello generando un clima de desconfianza, como lo afirman Iván Orozco y Juan Gabriel Gómez en el libro *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, comentan que en Europa, los promotores más radicales del mito de la seguridad, entre ellos J. Hirsch, sobre el estado de seguridad en Alemania, donde, en el seno de la llamada sociedad de riesgo, la segu-

---

\* Abogado colombiano.

ridad ha resurgido como un tópico completamente independiente, entre una política de seguridad social y una política criminal.

## ¿Un derecho penal del enemigo en Colombia?

Hoy el enemigo en Colombia nuevamente es determinado por una estrategia geopolítica, atravesada por una fase más del ya viejo conflicto armado que se vive en el país. El actual enemigo de Occidente, los “terroristas”, sirven de bandera para enfrentar con mayor ahínco a las guerrillas. Sin embargo, el espectro de terrorismo presenta mayores amenazas que las representaciones de los enemigos del pasado, para ello me permito citar una enigmática reflexión que hace el maestro Eugenio Zaffaroni:

La única forma de admitir un derecho penal del enemigo, realmente limitado a los enemigos, sería como un extremo derecho penal del autor, o sea, limitado a un grupo de personas identificables incluso por sus características físicas, pues de lo contrario, lo que se discute no es si se puede tratar a algunos extraños de manera diferenciada, sino si el estado de derecho puede limitar las garantías y libertades de todos los ciudadanos.

El espectro de los enemigos gubernamentales se ha venido ampliando, las ONG, los defensores de derechos humanos, la rama judicial, los sindicalistas, académicos, periodistas; este complejo entramado busca finalmente generar la sensación de que los enemigos del gobierno, son los enemigos de Colombia.

## Interceptaciones ilegales en el sector justicia

Todo parece indicar que las interceptaciones hechas por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), el servicio de inteligencia adscrito al gobierno nacional, dejan en evidencia toda una teoría conspirativa de control, desprestigio, sabotaje y señalamientos en contra de los opositores del gobierno. En algunos apartes de los folios encontrados parecen instrumentos de la Guerra Fría. Un ejemplo de esto son los siguientes datos revelados por la revista *Semana*:

Operación Intercambio: el objetivo es neutralizar la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La estrategia: el desprestigio y el sabotaje. La acción: alianza con servicios de inteligencia extranjeros, comunicados, denuncias en páginas web y guerra jurídica.

Operación Europa: el objetivo es la neutralización de la influencia del sistema jurídico europeo, la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento europeo, la Oficina de la Alta Comisionada de derechos humanos de las Naciones Unidas y gobiernos nacionales. La estrategia: el desprestigio. La acción: guerra jurídica.

Operación Internet: el objetivo es generar controversia en torno a las ONG. La estrategia: el desprestigio. La acción: emisión de comunicados a través de la creación de las páginas Corporación.

Operación Extranjeros: el objetivo es la neutralización de las acciones de los extranjeros en contra de la seguridad del Estado. La estrategia: operaciones de desprestigio y presión. La acción: la deportación, comunicados y denuncias (caso de deportación en Santa Marta en marzo de 2010, a cargo del DAS).

## Antecedentes y actual situación de los abogados en Colombia

El caso de los abogados defensores de derechos humanos en Colombia es una variante más de la sistemática represión por parte del gobierno en su intento por desconocer su enorme responsabilidad en temas tan sensibles para la opinión nacional e internacional como las ejecuciones extrajudiciales, los procesos en contra de los congresistas aliados del paramilitarismo y adeptos al gobierno nacional, desplazamiento forzado, corrupción y abuso del poder.

En el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado por la ACADEUM-ASF Francia, en octubre de 2003, se lee: “Las organizaciones de derechos humanos han registrado un promedio de 25 casos de abogados y defensores de derechos humanos asesinados anualmente desde 1991, lo cual implica 400 personas en un período de 16 años”.

En relación con el Informe sobre la situación de abogados defensores de derechos humanos en Colombia, publicado por la Asociación Ameri-

cana de Juristas (AAJ) y Abogados sin Fronteras-Quebec (ASFQ) el 10 de diciembre del año 2007, a raíz de una misión conjunta realizada en Colombia en septiembre del mismo año, fueron recopilados testimonios de casos y algunas denuncias concretas sobre actos de violencia y persecución contra abogados, sus familiares y sus patrocinados.

En el año 2009, la continuación de esta grave situación de los derechos humanos en el país se ha reflejado en las visitas de cuatro relatores especiales de las Naciones Unidas. En este sentido, la Relatora Especial sobre la situación de defensores de los derechos humanos, Margaret Sekaggya, constató la grave situación de ataques e inseguridad que enfrentan los defensores: “siguen existiendo en Colombia patrones de hostigamiento y persecución contra los defensores de derechos humanos, y a menudo contra sus familiares”, quienes “han sido asesinados, torturados, maltratados, desaparecidos, amenazados, capturados y detenidos arbitrariamente, judicializados, vigilados, desplazados por la fuerza, u obligados a exiliarse; o bien se han allanado sus oficinas y se han robado sus archivos, a causa de su trabajo de defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Existe igualmente el informe sobre la independencia de los magistrados y abogados, presentado por ACADEUM a la Relatora Especial de la ONU, señora Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva, entregado durante su visita a Colombia entre el 7 y el 16 de diciembre de 2009.

En el Informe del Relator Especial de la ONU, Sr. Param Cumaraswamy, encargado de la cuestión de la independencia de los jueces y abogados, se relata de 13 asesinatos de abogados en Colombia por ejercer sus deberes profesionales, que sería la mitad de los decedidos en todo el mundo por este motivo en 1996. Según información recolectada por ACADEUM en el informe de AAJ/ASFQ, y la Caravana Internacional de Juristas, se registraron 26 casos de asesinatos de abogados en el país en 2004, 23 en 2005, y hasta el 25 de septiembre de 2007 se habían registrado 12 en dicho año. Además, según las cifras recopiladas en este informe, entre 1990 y 2004, se presentaron 70 casos de abogados asesinados, 8 desaparecidos y 11 exiliados –la mayoría desde el año 2000–.

## Tipologías halladas en el informe sobre judicializaciones y procesos disciplinarios

- José René Jaramillo Hoyos, abogado defensor de derechos humanos y asesor de la Organización Indígena de Antioquia, además de otras personas de organizaciones sociales, sindicales, estudiantiles y de derechos humanos, enfrentan una serie de investigaciones irregulares en su contra por el delito de rebelión.
- Elkin Ramírez Jaramillo, abogado defensor de derechos humanos y director de la Corporación Jurídica Libertad, es investigado por falsa denuncia penal, injuria y calumnia.
- José Carlos Vinasco, abogado especialista en derecho penal acusatorio, derechos humanos, y derecho constitucional, el 5 de enero de 2009 publicó un artículo al cual tituló “Crítica al imperio de la inquisición”, motivo por el que miembros del Colegio de Jueces y Fiscales interpusieron una denuncia por considerar una ofensa algunos apartes del mencionado artículo. Finalmente este proceso fue archivado.
- Corporación Jurídica Libertad, organización defensora de derechos humanos que ha liderado la contundente denuncia y documentación de las ejecuciones extrajudiciales en el departamento de Antioquia, ha sido víctima de montajes que organismos de inteligencia de la Fiscalía General de la Nación y de la fuerza pública pretenden hacer en contra de diversas organizaciones sociales y de derechos humanos, con el ánimo de enlodar su labor. Ejemplo de esto es el falso comunicado que circuló a través del internet, con fecha del 4 de mayo de 2009 acusando a varias organizaciones defensoras de derechos humanos y algunos dirigentes en particular –incluyendo directivos de la Corporación Jurídica Libertad– de estar vinculados a organizaciones de carácter insurgente.
- Carlos Alberto Cuenca Almario es abogado defensor de derechos humanos y fiscal de la Corporación Caguán Vive. Según informe de prensa de septiembre de 2009, junto con otros líderes y defensores de derechos humanos del departamento de Caquetá, el Sr. Cuenca ha sido señalado en un archivo de inteligencia militar de la “Brigada

Móvil 22”, con fecha del 12 de febrero de 2008, como integrante de la red de apoyo del frente amazónico de las FARC.

## Persecuciones, hostigamientos y amenazas

- José Humberto Torres, abogado defensor de derechos humanos y miembro de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, fue amenazado en mayo de 2009 por parte del grupo paramilitar autodenominado Águilas Negras. Su nombre apareció en una lista que amenazaba de muerte a diferentes líderes sindicales y sociales de Barranquilla y también incluía los nombres de los familiares de los activistas. Según el comandante de la Policía de Barranquilla, General Óscar Gamboa, grupos paramilitares no tienen presencia en la ciudad.
- Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, organización defensora de derechos humanos, recibió información el 18 de septiembre de 2008 según la cual hubo una orden de asesinar a diferentes miembros de la organización, incluyendo al abogado Germán Romero Sánchez. Igualmente, esta información se refería al seguimiento realizado en contra de las abogadas Gisela Cañas y Liliana Andrea Ávila. Estas amenazas, hechas por grupos autodenominados “Águilas Negras”, pretendían imposibilitar la continuidad de la labor humanitaria y jurídica realizada por la CIJP para acompañar a los habitantes de las Zonas Humanitarias y Zonas de Biodiversidad, en la reclamación justa de sus derechos a la vida y al territorio.
- Claudia Erazo e Irene López, abogadas defensoras de derechos humanos y miembros de la Corporación Jurídica Yira Castro (CJYC), y el Sr. Rigoberto Jiménez, líder de la Coordinación Nacional de Desplazados, fueron amenazados en un correo electrónico enviado a la organización por parte de presuntas estructuras paramilitares autodenominadas Bloque Capital Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

## Atentados contra la vida

- Mario Montes de Oca Anaya, abogado representante de población desplazada y dirigente de la Asociación de Maestros de Córdoba (ADEMACOR), fue víctima de un atentado contra su vida el 1 de octubre de 2009 a las 20:30 frente a la entrada principal del Hospital San Jerónimo de la ciudad de Montería (Departamento de Córdoba), hecho en el que fue asesinado el Sr. Alberto Luis Pastrana Soto, que lo acompañaba en el momento. Como en otros casos de asesinatos de sindicalistas y defensores de derechos humanos, ya se habían hecho las denuncias de amenazas de muerte contra el educador, sin que las autoridades hicieran nada al respecto.

## Asesinatos y desapariciones forzadas

- Jaime López Barros, abogado defensor de derechos humanos, sindicalista en el sector bancario, y miembro del comité ejecutivo departamental del Polo Democrático Alternativo, fue asesinado a bala cerca de su residencia en Barranquilla en la mañana del 26 de octubre de 2009. “Fue uno de los fundadores del barrio Las Malvinas, en el sur de Barranquilla, trabajó en la Contraloría Departamental y en la salud del Departamento. Siempre descolló por su lucha popular”, manifestó Alfonso Camerano, otro dirigente del Polo en el Atlántico. El caso sigue en investigación preliminar.
- José Pinzón Núñez, abogado defensor de derechos humanos, fue asesinado de varios impactos de bala por parte de sicarios motorizados en el Barrio San Felipe de Barranquilla en horas de la noche el 9 de marzo de 2009. El Sr. Pinzón fue militante del Polo Democrático Alternativo en el departamento de Atlántico y delegado al Primer Congreso Nacional del Partido realizado en el mes de diciembre de 2006. Además, se postuló como candidato al Concejo Distrital de Barranquilla en las elecciones del 30 de octubre de 2007 y estaba vinculado por contrato de servicios a la Gobernación del Atlántico. Deja a su esposa viuda y dos hijas.

## Interceptaciones electrónicas

- Liliana Uribe Tirado, abogada defensora de derechos humanos y miembro de la Corporación Jurídica Libertad, ha sido objeto de la interceptación de correos electrónicos sin fundamento o motivo legal y prolongación ilícita de la misma. El primero de octubre de 2008, se incluyó su dirección de correo electrónico en una lista de correos utilizados por presuntos integrantes de las FARC.

## Conclusiones

- Pese a los esfuerzos hechos para evidenciar la difícil situación de los abogados defensores de los derechos humanos en Colombia, no existe una disminución significativa de violaciones contra los profesionales del derecho, jueces, fiscales.
- De igual forma los niveles de impunidad y las dificultades de canales reales y efectivos de acceso a la justicia por parte de las víctimas siguen perviviendo actualmente.
- La creación de la Colegiatura Nacional de Abogados en Colombia no parece representar los intereses de los abogados defensores de los derechos humanos en Colombia.
- Como se evidencia, la persecución a los abogados en Colombia se presenta por una vinculación con organizaciones terroristas y por otro lado como un modo de acallar e intimidar a los defensores para que no se denuncien los crímenes de estado.
- Hemos logrado un avance significativo a la hora de caracterizar las violaciones al ejercicio del derecho y el acceso a la justicia, mejorando en los niveles de sistematización, seguimiento, instrumentalización y mecanismos de denuncia.



## Hacia un pacto social en el continente

*A. Raudilio Martín S.\**

Las circunstancias y causas que generan esta crisis global que confronta la sociedad internacional, caracterizada por una de las peores crisis económica y financiera del sistema capitalista, con una amenaza de caos ecológico y su consecuencia inmediata: el calentamiento global con un cambio climático, y lo que resulta peor, el chantaje imperial de una guerra nuclear que pone en peligro la propia existencia de la humanidad, debemos afrontarlas todos.

Ante esta realidad que se nos presenta debemos respondernos algunas preguntas: ¿cuál es el futuro?, ¿habrá seguridad y equidad?, ¿qué futuro tiene el trabajo?, ¿podemos aspirar al pleno empleo?, ¿cuál es el papel del Estado?, ¿existirán los sindicatos?, ¿a qué modelo de sociedad aspiramos y cuál es la posibilidad de lograrlo?, ¿cómo se concreta la Justicia Social?, ¿podrá lograrse un pacto social en nuestro continente?

El derrumbe del campo socialista del Este y la desaparición de la URSS, se vio como el triunfo total del capitalismo sobre el socialismo, sobre todo, de la doctrina económica del neoliberalismo tan en boga en los años ochenta después del llamado “milagro chileno” experimentado a base de represión y sangre sobre el pueblo por parte de la dictadura pinochetista.

En 1994, Estados Unidos lanzó la iniciativa imperial para América Latina del ALCA, que si bien fue derrotada, es sustituida por los llamados TLC que aún se discuten en varios países del área. Además, se nos quiso y se nos quiere vender algunas recetas de las naciones más desarrolladas y

---

\* Abogado cubano, vicepresidente de la AAJ Continental.

de la Unión Europea con soluciones, algunas aceptadas por gobiernos, que ahora la crisis global confirma que no son viables ni en sus propios países. La crisis griega, la reforma laboral en España y el retroceso de Francia, son expresiones concretas que el Estado de Bienestar o el Estado social de derecho, del que tan orgullosos estaban los europeos, ponen en peligro la paz social en el primer mundo.

Coincidentemente con lo anterior, el desarrollo de la revolución tecnológica, que puede contribuir –y en efecto lo hace– a humanizar el trabajo, si abandona a su propia espontaneidad, de acuerdo a las leyes del mercado sin límites, puede dar lugar en lo inmediato a un desplazamiento de miles de trabajadores con consecuencias que agravan las ya difíciles circunstancias de los mercados de trabajo.

Hoy la crisis global se mide, en primer lugar, además de la falta de financiación y de inversiones, por los cientos de millones de parados en el mundo, a partir de iniciar las llamadas políticas de *shock*. Pero los ideólogos del neoliberalismo y las élites del poder económico mundial vienen a reclamar de los Estados el rescate de las financieras, bancos y corporaciones con aportes millonarios para salvarlos de la bancarrota que ellos crearon. En muchas ocasiones estos aportes salen de los ahorros y fondos de los trabajadores aportados, en muchos años de trabajo, a los seguros sociales, las cajas de jubilación y las administradoras de fondos de la seguridad social. Hasta ahora no se ven que las medidas de rescate surtan los efectos deseados y la crisis continúa.

En reciente reunión, el director gerente del Fondo Monetario Internacional (FMI), Dominique Strauss Kahn, aseguró en Oslo, durante la inauguración de la conferencia sobre empleo y cohesión social, que “el mercado laboral está en una situación catastrófica” y recalcó que no mejorará con la aplicación de “las recetas de siempre”. Subrayó también que la crisis actual, que definió como “la más grave de todas”, ha “dejado un desierto de parados sin parangón”.

El dirigente del FMI hizo estas consideraciones durante el cónclave que congregó en la capital de Noruega a especialistas en el mercado laboral y a varios dirigentes europeos, entre ellos el presidente del gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, y el primer ministro griego, Giorgos Papandreu.

## Las cifras

El informe elaborado para la reunión por el FMI y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pone cifras a esa catástrofe: la crisis global –explica el documento– ha generado 30 millones de parados en apenas tres años, y la cifra mundial de desocupados ha escalado hasta los 210 millones. Y lo peor, recordó Strauss-Kahn, es que la crisis “aún no se ha detenido”.

El director del FMI destacó además que la crisis ha alterado la estructura económica de muchos países y ha puesto a prueba sus modelos. A modo de ejemplos, destacó lo sucedido en Alemania, Japón o Noruega, donde las tasas de paro apenas han aumentado desde 2007. Comparó la fortaleza y resistencia mostrada por los mercados laborales de esos Estados con lo ocurrido en otros, donde el derrumbe de las exportaciones o “el colapso del sector de la construcción” han disparado el paro. Una aseveración que los expertos consideraron una alusión velada a España y a Estados Unidos, países señalados en el documento del FMI y la OIT como excesivamente dependientes del sector del ladrillo y principales generadores de parados.

## Tragedia “social”

El organismo financiero multilateral lamenta en especial el aumento desbocado del paro entre los jóvenes, que en España ronda el 40%, el doble que antes del estallido de la crisis. Más allá de su coste económico, Strauss Kahn destacó el coste social “tremendo” que tendrá esa “tragedia” si los gobiernos no implementan políticas adecuadas. “Estamos hablando de una generación perdida”, destacó, en referencia a la situación que viven millones de jóvenes a quienes la recesión ha expulsado de sus empleos y que también podrían quedarse fuera durante la fase de recuperación si no reciben la formación adecuada a los cambios de modelo económico que pretenden instaurar algunos gobiernos como el español.

## “Prueba de fuego”

Strauss Kahn recalcó que la crisis sigue vigente, y con ella el desempleo continúa evolucionando al alza. Por ello, insistió mucho durante su intervención en que ha llegado la hora de “cambiar nuestra forma de pensar y nuestras políticas”.

“Tenemos que pensar de manera diferente porque esta crisis no es como las demás”, sentenció el director gerente del FMI. A su juicio, esta “prueba de fuego” no se supera con las viejas fórmulas porque “las reglas del juego han cambiado”. En ese sentido, abogó por una mayor cooperación y coordinación de políticas entre los gobiernos e instituciones, que permita dejar atrás las dificultades lo antes posible. Lo anterior es, sin dudas, un elemento de análisis extraordinario por venir nada menos que del director del FMI.

## El Estado

El capitalismo tiene el mecanismo para la producción, pero no el modelo para su distribución justa. Frente al liberalismo feroz y el mercado ciego, se ha de reclamar una orientación pública en la economía y un importante papel del Estado en defensa de políticas de equidad y justicia social. Hay que proclamar el papel del Estado en todo lo que haga falta en su justa medida, como controlador, regulador e impulsor de políticas que estimulen la producción y la circulación de bienes y por otra parte conduzca los programas sociales que permitan la inclusión de todos y que no hayan desamparados abandonados a su suerte.

Si bien pudiera citarse ejemplos de Estados burocráticos y corruptos que dejan dudas de su actuación, no es menos cierto que es el Estado el garante de las políticas sociales de inclusión y de freno a la explotación feroz, enajenación de los recursos naturales y riquezas de nuestras naciones.

Los que niegan o quieren que el Estado se retire o disminuir su papel, dejarlo solo como controlador del orden público, no cabe duda, son ideólogos del neoliberalismo o inocentes tontos útiles que juegan en la cuerda de las transnacionales.

## Los sindicatos

Uno de los fenómenos en la sociedad occidental es la pérdida de la conciencia de clase. Hay quienes mantienen la discusión en los términos de si aún existe lucha de clases o si esta ha quedado amortiguada o ha desaparecido. El elemento fundamental no es tanto el análisis de la progresividad o la regresividad de la lucha de clases, sino el análisis de si existen o no clases sociales, si se ha perdido o si se está perdiendo la conciencia de clases, si existe o no una negativa de la mayoría de los trabajadores a considerarse como parte de una clase concreta, con su propia conciencia colectiva.

Otra opinión muy en boga es que los movimientos sociales y las ONG han suplido las ineficiencias de las cúpulas dirigentes de los sindicatos y les roban su protagonismo.

Mi opinión, a pesar de la relativa validez de estos argumentos, es que el sindicato tiene que estar presente y, donde no lo esté, hay que inventarlo; negar su papel o tratar de sustituirlo por otra representatividad es negar la misma lucha de clases. Lo que pasa hoy en el mundo es una expresión brutal de las clases dominantes, dígase élite económica mundial, las transnacionales o el capital financiero especulador, donde se ve con mucha nitidez el abismo entre ricos y pobres, entre países del primer mundo y los llamados periféricos, la lucha de clases toma otros derroteros pero cada vez más brutales y explotadores.

En estas condiciones difíciles debe trabajar el sindicato. La independencia tanto de los partidos políticos como del Estado es un tema discutido en muchos lugares y también en la teoría y en la práctica; a veces se quiere ver esta independencia como un apoliticismo en sus objetivos globales. Si existe coincidencia en la construcción de un proyecto social, las relaciones entre sindicato, partido y estado no pueden ser de la ignorancia mutua, aunque es cierto que se necesita establecer una nueva relación dialéctica entre todos.

El sindicato debe establecer un diálogo con amplios sectores de la sociedad y no limitarse a ser una institución ajena o separada de ella, como miembro del tripartismo clásico: gobierno, empresarios, sindicatos. Si el sindicato limita su actuación a la negociación casi siempre oculta para sus

miembros, con empresarios y gobierno, corre un peligro de sustituir la defensa de los derechos de los trabajadores por la de la organización sindical, lo que puede derivar en la defensa de una burocracia sindical.

La legitimidad de la acción sindical debe proceder de los miembros del sindicato y de la sociedad, pero no puede limitar el sujeto de su lucha a los sectores mejor instalados de la clase trabajadora, no puede abandonar a su suerte –dura y triste– a los parados, a los marginados y a todos los que tienen su actividad en lo que podemos calificar como trabajo “informal”, sin derechos ni protección.

## Hagamos una mirada a América Latina

En mayor o menor medida todos los países han sufrido las consecuencias de la crisis global de la economía, pero sin dudas, aquellos que se han apartado del modelo neoliberal han mitigado sus efectos nocivos y algunos están saliendo fortalecidos, como es el caso de Brasil. En contrario tenemos el caso mexicano con los peores resultados, aliado y atado al TLC con Estados Unidos.

Hay una palabra que abarca todos los conceptos de futuro: integración. Los ejemplos más evidentes MERCOSUR, UNASUR y el ALBA. Cada uno con sus propias características, con avances y retrocesos, se trabaja para ir consolidando acciones y propósitos. Hoy se habla de proyectos integradores que abarcan varios países en temas de energía, seguridad alimentaria, proyectos viales, sociales y otros, que tienen su expresión en la creación futura de Banco del Sur, el Banco del ALBA y las formas de intercambio comercial por los medios de pagos compensatorios del sucre.

Buscar la cooperación y la solidaridad, complementarnos unos con otros, evitar la competencia entre nuestras naciones, ese es el objetivo, alejado del imperio y sin neoliberalismo, buscando el camino de la sociedad más justa para el futuro, respetando las diferencias nacionales y las particularidades, construyendo el modelo de bienestar con la inclusión social sin discriminaciones, “con todos y por el bien de todos” en palabras de José Martí.

Se hacen esfuerzos para encontrar una forma de pacto social que convoque a todos los gobiernos, empresarios, movimientos sociales y especialmente a los sindicatos. Hay propuestas de una carta socio laboral desde los abogados laboristas, para defender los derechos laborales y también se anuncia una carta de los Estados.

En cierta medida, los analistas sociales y politólogos ven grandes esperanzas en nuestra área, los compromisos de lucha se dan desde varios modelos políticos y desde los movimientos sociales que reflejan esa voluntad integradora con la que soñaron Bolívar y Martí. En este modelo tiene que estar la garantía de un derecho del trabajo protectorio y eficiente, con fuerzas productivas liberadas de la explotación del capitalismo salvaje y con la seguridad social adecuada a nuestras necesidades.

Deseo plantear una mirada a Cuba sobre dos aspectos:

Primero, se acaba de publicar un anuncio sobre futuros cambios en la legislación cubana para actualizar su modelo de desarrollo económico y que tiene efectos importantes en las relaciones de trabajo.

Se pretende reubicar a unos quinientos mil trabajadores del sector estatal y se les ofrece como alternativa una gestión personal de autoempleo, lo que en Cuba se conoce como “cuentapropista”. Esta medida tiene un gran impacto, trata de aliviar la carga del aparato del estado de una sobresaturación en sus plantillas y fomentar un segmento de prestación de servicios y actividades productivas de carácter privado o cooperativo, para ello se buscarán nuevas formas de relaciones laborales, como es el contrato de arrendamiento, prestación de servicios y otros. Todo parece indicar que es una primera medida que adelantará a otras de más alcance al futuro, de lo que podemos concluir que el socialismo cubano se renueva, busca caminos para lograr más productividad y eficiencia económica, sin abandonar el rumbo socialista que la caracteriza. No cabe duda que la política del gobierno de Estados Unidos, que mantiene un bloqueo económico, financiero y comercial sobre el gobierno y pueblo cubanos, junto a la crisis global de la economía, deja huellas en el proyecto de desarrollo.

Habrá que esperar su instrumentación y resultados para efectuar las valoraciones de rigor y elaborar una propia doctrina o teoría al respecto.





# La criminalización del trabajo precario: otra perversidad del neoliberalismo

Rubén Castro O.\*

## La dinámica del derecho

La cita que sigue a continuación, en mi parecer, define un elemento metodológico fundamental al momento de analizar los cambios jurídicos:

En un estado moderno, el derecho no solo tiene que corresponder a la situación económica general, ser expresión suya, sino que tiene que ser, además, una expresión *coherente en sí misma*, que no se dé de puñetazos a sí misma con contradicciones internas. Para conseguir esto, la fidelidad en el reflejo de las condiciones económicas tiene que sufrir cada vez más quebranto. Y esto tanto más raramente acontece que un código sea la expresión ruda, sincera, descarada, de la supremacía de una clase: tal cosa iría de por sí contra el “concepto del Derecho”. [...] Por donde la marcha de la «evolución jurídica» solo estriba, en gran parte, en la tendencia a eliminar las contradicciones que se desprenden de la traducción directa de las relaciones económicas a conceptos jurídicos, queriendo crear un sistema armónico de Derecho, hasta que irrumpen nuevamente la influencia y la fuerza del desarrollo económico ulterior y rompen de nuevo este sistema y lo envuelven en nuevas contradicciones. [...] El reflejo de las condiciones económicas en forma de principios jurídicos es también, forzosamente, un reflejo invertido: se opera sin que los sujetos agentes tengan conciencia de ello; el jurista cree manejar normas apriorísticas, sin darse cuenta de que estas normas no son más que simples reflejos económicos; todo al revés. Para mí, es evidente que esta inversión, que mientras no se la reconoce constituye lo que nosotros llamamos *concepción ideológica*, repercute a su vez sobre la base económica y puede, dentro de ciertos límites, modificarla. La base del derecho de heren-

---

\* Profesor principal de Derecho Laboral de la Universidad Central del Ecuador.

cia, presuponiendo el mismo grado de evolución de la familia, es una base económica. A pesar de eso, ...será difícil demostrar que en Inglaterra, por ejemplo, la libertad absoluta de testar y en Francia sus grandes restricciones, respondan en todos sus detalles a causas puramente económicas. Y ambos sistemas repercuten de modo muy considerable sobre la economía, puesto que influyen en el reparto de los bienes.<sup>1</sup>

Lo anterior devela las cuestiones siguientes:

- En un Estado moderno capitalista, el derecho corresponde a la realidad económica, es su expresión; pero, tiene que ser, además, una expresión *coherente en sí misma*. Si se erige como *orden de igualdad jurídica y contra los privilegios* –este, se supone, es el fundamento del derecho actual: nació bajo los auspicios de la lucha contra la monarquía, el absolutismo y el régimen feudal–, no puede mostrarse cínicamente como un orden que legaliza la supremacía de una clase –eso sería un contrasentido–. Sin embargo, esta apariencia de igualdad no afecta su esencia, la prueba más reciente de esta inocultable verdad es la Constitución y todo el entramado legal neoliberal que lograron expedir en estos últimos 25 años, especialmente. Lo anterior no ha sido un hecho evidente solo en el Ecuador sino en buena parte de los Estados del mundo.
- La “evolución jurídica”, es decir, las modificaciones del derecho dentro del sistema capitalista, en gran parte, son modificaciones que buscan eliminar las contradicciones que aparecen y se van produciendo en el desarrollo social como desajustes conceptuales o conceptos inapropiados e inexactos de las nuevas formas de las relaciones económicas. Por ello, los ajustes que se impulsan en el derecho, son válidos o tienen vigencia hasta que se producen nuevos cambios en las relaciones económicas que exigen, nuevamente, otros ajustes; la muestra es que buena parte de las “novedosas” instituciones jurídicas del derecho de la última etapa, en los países latinoamericanos, apenas corresponden a *dos procesos reales*: a) la adopción de formas jurídicas viejas, provenientes de la legislación anglosajona, –de países capita-

---

1 “Carta de Engels a Conrad Schmith”, octubre 1890, en *Obras Completas de Marx y Engels*.

listas más avanzados que los nuestros y que, por lo mismo, nos heredan sus instituciones que se tornan pertinentes y presentan aspectos novedosos ante el desarrollo capitalista local que camina detrás de ellos-, y b) La actualización de las formas jurídicas viejas de nuestra propia legislación.

- Las instituciones del derecho que se contienen en esas concepciones son la *forma ideológica* en las que se expresa la realidad material de la sociedad, es decir, las relaciones económicas y políticas; la demostración más palpable y que muestra hasta la falta de recato de los “juristas” del sistema, es que enarbolaron como “nueva” rama del derecho al *derecho económico* en el que incorporaron toda la vieja institucionalidad capitalista.
- Y, finalmente, la *concepción ideológica*, repercute a su vez sobre su base o lo que le fundamenta y puede, dentro de ciertos límites, modificarla. El derecho, sus conceptos, instituciones y demás elementos que integran el mundo jurídico, como las doctrinas, actúan sobre la realidad y, dentro de ciertas condiciones y posibilidades, actúan modificando algo de esa realidad. La Constitución, el neo constitucionalismo y el derecho económico neoliberal, sin lugar a dudas, han provocado importantes cambios en la realidad nacional: privatizaciones, apareamiento de monopolios más consolidados, dinamización de las relaciones capitalistas de producción, mayor pobreza, mayor desempleo, delincuencia, corrupción, para citar algo.

## Las expresiones en el derecho laboral

En el ámbito laboral, esta dinámica e incidencias podemos apreciarlas en varios sentidos. Primero, en la Constitución, a través de la cual se ha producido una regresión histórica que afecta la naturaleza y los principios tutelares laborales, retornando a los criterios civilistas que fueron superados hasta por la doctrina social de la Iglesia desde fines del siglo XIX. Sobre esto dejé evidencia en un artículo que circuló en junio de 2008, bajo el título de “Las sorpresas (¿?) de la involución ciudadana sobre los derechos obreros”, y en el que puse al descubierto los depredadores efectos de las aparentes defectuosas o inocentes redacciones adoptadas por la Constitu-

yente de Montecristi, cuando cambió la naturaleza del derecho al trabajo a derecho económico, elevó a categoría de principio jurídico el eficientismo laboral, trastocando el de igualdad remunerativa y que ya tiene sus efectos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y en la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), incorporando el régimen de remuneraciones variables; o, cuando también elevó a categoría constitucional mecanismos de explotación como el contrato de tiempo parcial, y trastocó los principios de intangibilidad y libertad contractual en materia colectiva.

El otro sentido corresponde a lo que es materia de esta reflexión y que la pongo a consideración de ustedes. Se trata de la *criminalización de trabajo precario*. Las devastadoras consecuencias del neoliberalismo y que son conocidas por todos, incluso por los que hacen esfuerzo por ocultarlas o distorsionarlas, precarizaron el trabajo, acompañado de la proliferación y ampliación del espectro y volumen de masas pauperizadas. Las cifras escandalosas que difundieron los organismos internacionales alcanzaron con facilidad hasta el 80% de la población en condiciones de pobreza en ciertos países. Nosotros bordeamos el 75% y, aún ahora, tenemos informes que sostienen que ellas están cercanas al 40% de ecuatorianos. Para Latinoamérica, los datos son alarmantes y en algunos casos hasta escalofriantes; la media está en el 45 y el 20%, corresponde a pobreza extrema. Estamos hablando de cerca de 230 millones de personas.

Estas condiciones han determinado que se adopten decisiones para morigerar los efectos antes indicados. Lucha contra la pobreza y trabajo digno son ejes que mueven las políticas actuales de las Naciones Unidas y la OIT, entre los Objetivos del Milenio sobre los cuales, en estos días, se dialoga en estos organismos. Más allá de las buenas intenciones o de la retórica, los resultados son tan limitados y nada alentadores, no solo por la vacilante posición de los gobiernos neoliberales y sus seguidores, sino porque, en el camino, la crisis mundial financiera les ha obligado, solo en Estados Unidos, a destinar más de mil billones de dólares para evitar el colapso de los monopolios y su gobierno.

De ello, por todas partes, la pobreza obliga a millones de seres humanos a usar toda clase de estrategias para sobrevivir. Y resulta paradójico que una sociedad que lo único que oferta a los pobres es exclusión, además opte por convertirlos en delinquentes.

## La precariedad laboral<sup>2</sup>

Un trabajo precario se refiere a una situación ocupacional que impide al trabajador reproducir en forma no-atrofiada su estructura familiar.<sup>3</sup> Esta situación se da por varias causales que pueden actuar individualmente o en forma combinada:

- si el nivel de ingreso es inferior al mínimo que da acceso a la alimentación, la vivienda, el vestuario, la educación y la salud;
- si el trabajador vive la inseguridad de no disponer de previsión, con lo cual hipoteca su futuro;
- si no dispone de seguros de enfermedad con los que se afecta el presente y futuro de su familia;
- si trabaja al margen de un contrato lo que lo deja indefenso frente a la ley;
- si la ocupación es de corta duración, lo que lo ubica entre ciclos permanentes de empleo y desempleo.

Cubillo pone de relieve, además, que las cifras de trabajo precario son mucho más preocupantes que las cifras oficiales de desempleo y cita datos de trabajos de otros autores (Dieterich y Chomsky) que revelan que, para finales del siglo XX,

---

2 Según PREALC-OIT correspondería al trabajo informal o relacionado con el proceso productivo de tecnologías atrasadas, escasa división del trabajo, sector representado por las empresas de menos de cinco personas. Otro elemento se relaciona con las formas de contratación y que involucran familiares no remunerados, trabajadoras a domicilio que usualmente, representan formas de contratación precarias o inexistentes. También connota inseguridad en el empleo, caracterizada por los trabajadores independientes –a excepción de profesionales y técnicos–, en términos de inseguridad de duración del empleo y especialmente inseguridad en el ingreso y trabajos en los que se incumplen las leyes laborales, no hay acceso a seguridad social y salud y a la existencia de contrato de trabajo, así como el de pertenecer a algún sistema pensionario. Constituyen trabajos precarios los trabajos ejecutados al margen de la legislación laboral, mal pagados, de corto plazo, informales.

3 “Atrofias a la reproducción de la familia son, por ejemplo, la desnutrición, la falta de educación, la enfermedad, la dependencia de los alucinógenos”, Julio Cubillo, “El trabajo precario en la sociedad global. Desafíos para los trabajadores de la información de América Latina”, en *Ciencias de la Información*, vol. 33, No. 1, abril de 2002.

[e]ntre 45 y 75% de la población económicamente activa en América Latina sobrevive con empleos precarios, por ejemplo, gana un ingreso mensual de máximo US \$ 150 cuando la canasta básica en las grandes urbes del subcontinente requiere un mínimo de 500,00 USD. Esto quiere decir que en el mejor de los casos se da a la mayoría de los trabajadores menos del 30% del ingreso necesario para una reproducción no-atrofiada de él y de su familia.

Este escenario lejos de modificarse en menos, como revelan los informes del PNUD o de la OIT, se ha agravado.

El trabajo precario, de otra parte, no es una característica de los países capitalistas atrasados. Constituye, para buena parte de los analistas, un fenómeno estructural de la globalización.<sup>4</sup> No hay país en el que no se registre aumento de la población en situación laboral precaria.<sup>5</sup>

Las actividades involucradas en trabajos precarios son, a pesar de todo, aquellas que en la economía social forman parte y son consecuencia

---

4 Ver Julio Cubillo, *op. cit.*

5 “En un país semi industrializado como Brasil, los trabajadores dependientes de tiempo completo representan solo una minoría de los económicamente activos. La mayoría vive en unas condiciones laborales precarias. Abundan los vendedores ambulantes, los pequeños comerciantes, y los pequeños artesanos que se ofrecen como asistentes domésticos de toda suerte, o los ‘nómadas laborales’ que se mueven entre los campos de actividad más variados [...] La situación de Alemania, refleja la situación de otras sociedades occidentales. En los años 60, solo la décima parte (0,10) pertenecía al grupo de los precariamente ocupados. En los 70 era ya la quinta parte (0,2). En los 80 la cuarta parte (0,25) y, en los 90, la tercera parte (0,3). De mantenerse así esta tendencia galopante [y todo indica que será así], dentro de diez años uno de cada dos trabajadores dependientes (0,5) tendrá un puesto de trabajo duradero a tiempo completo, mientras que la otra mitad trabajará, por así decir, ‘a la brasileña’”. Ulrich Beck, “Modelo: trabajo-cívico”, en *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2000, p. 9-10. Citado por Julio Cubillo.

“La tendencia [en los Estados Unidos de América] de desplazamiento de trabajos calificados en el sector manufacturero y en la industria pesada, hacia empleos mal remunerados en el sector servicios, significa para el Primer Mundo, [...] que no habrá una movilidad social de los trabajadores pobres hacia los estratos más privilegiados, sino al contrario una mayor pauperización de los trabajadores medios y un crecimiento de la clase trabajadora pobre”, Stefan Heinz-Dieterich, “Globalización, educación y democracia en América Latina”, en Noam Chomsky y Stefan Heinz-Dieterich, *La sociedad global. Educación, mercado y democracia*, México, Joaquín Mortiz, 1995, p. 109-110. Citado por Julio Cubillo.

natural de sus procesos. La producción, distribución, cambio y consumo, implican que lo producido entra al mercado a fin de ser intercambiado. Producción e intercambio de bienes son, no solo inevitables, sino legítimas. Puesto que la mayoría de las actividades relacionadas con el trabajo precario están en estas dos esferas de la economía social, quienes las ejecutan, por lo mismo, actúan en procesos inevitables y, además, legítimos de una sociedad. De aquí se desprende, también, su licitud. Por eso, el derecho al trabajo, supone que una persona puede actuar en cualquier actividad lícita de producción o intercambio de bienes, incluyendo las actividades de servicios.

Lo admitido como lícito es que toda persona apta para el trabajo, viva o, lo que es lo mismo, obtenga su sustento en base a su actividad laboral. En la sociedad actual, más que antes, esa es la única y exclusiva posibilidad lícita de obtención de recursos. Por ello, la legislación y la sociedad han de precautelar esa posibilidad y amparar a quien pretenda vivir bajo esa regla social. Así, todos deberíamos tener derecho a participar y realizar actividades de producción o de intercambio para permitirnos obtener recursos necesarios para nuestra subsistencia.

Una primera conclusión que deriva de lo anterior es que, la licitud de la actividad laboral, no atañe a su naturaleza o a la de la esfera económica y a la de las actividades que se derivan como consecuencia natural, sino a una cualificación externa que el Estado impone en función de ciertos intereses, exactamente como ocurre con el derecho penal al momento de la tipificación y la aplicación de la política criminal. Lo anterior aclara la percepción de que, en principio, todo trabajo es lícito y legítimo en tanto su finalidad sea la provisión de los medios de subsistencia al trabajador y a su familia. La desvalorización o anulación de esta finalidad ocasionaría la deslegitimación e ilicitud de la actividad. Ello puede ocurrir, primero, por elección del que la realiza, buscando otros fines –tal es el caso del que escoge, a sabiendas, actividades ya tipificadas como delictivas– y, en segundo lugar, por decisión del Estado que, en tal caso, justifica la descalificación acudiendo al discurso de la necesidad de evitar daño social, teniendo como presupuesto el privilegiar –y solo así se justificaría– el interés social al particular.

Una segunda conclusión obligada refiere a la necesaria diferencia que debemos observar entre lo que es trabajo precario de lo que constituye

una actividad ilícita, y que no solo refiere a los fines sino a las causalidades en que se mueven uno y otro y, sin cuya percepción, es muy fácil que se legitime cualquier decisión o política represiva, como ya ha ocurrido. Si la sociedad capitalista actual ha creado condiciones para la precarización, es obvio que los precarizados intervienen en la esfera de la producción y de intercambio de mercancías, no como propiciadores de la precariedad sino como víctimas.

Quienes se incorporan al trabajo precario, como se ha dicho, no tienen más opción. Su propósito no es actuar al margen de las reglas sociales sino optar por la única posibilidad que les oferta la sociedad para su supervivencia. En escenarios caracterizados por la proliferación del desempleo y el subempleo; en los que la empresa privada no amplía el mercado laboral o lo segmenta y sesga impidiendo que la inmensa masa de mano de obra no calificada acceda a fuentes de trabajo; y donde el Estado tampoco propicia un ordenado crecimiento y ampliación del mercado laboral, no oferta, sobre todo a esos mismos sectores, posibilidad de trabajo, y no desarrolla formación y capacitación adecuadas; no es admisible ni legítimo negarles el derecho a proveerse de los medios de subsistencia aprovechando las condiciones de la producción y del mercado existentes en la sociedad. Dicho en otro sentido, el trabajo precario es lícito y es, de cualquier modo, el resultado de las únicas opciones que la sociedad oferta a los desplazados de las actividades productivas o de intercambio “formales”, es decir, a esa inmensa masa de desempleados y subempleados.

Aquí cabe dejar sentado que, a todas luces, la reflexión de este ensayo no aboga a favor de ningún delito. Lo que pretendemos mostrar es que el trabajo precario, cuya finalidad lícita hemos dejado evidenciada, no puede ni debe admitir esa sesgada pretensión del poder capitalista –estatal y privado– de criminalizarlo, a pesar de que no ha sido capaz de ofertar otras opciones de sustentación a las familias trabajadoras pauperizadas y desempleadas, y con el solo afán de garantizar su acumulación.

## La criminalización

De lo anterior se desprende que la esfera donde se desarrolla el trabajo precario resulta ser determinante para los efectos de esa calificación que hace el Estado poniendo de manifiesto la doble moral que caracteriza al poder. Si la participación de los trabajadores opera *en la esfera de la producción* –bajo relación de dependencia, especialmente– y la actuación corresponde a los propietarios de los medios de producción, la precarización es ilegalizada y sancionable en el marco de las reglas del derecho laboral –sobre todo, con consecuencias indemnizatorias–.<sup>6</sup> Si la participación opera *en la esfera de la circulación de mercancías o el intercambio* –sin relación de dependencia o trabajo por cuenta propia–, la calificación se mueve al ámbito del derecho penal y se criminaliza. Para el caso en que la precarización funciona a favor de la acumulación o, lo que es lo mismo, a favor de la explotación de la fuerza de trabajo, las medidas estatales se limitan a sanciones civiles o administrativas;<sup>7</sup> cuando funciona a favor de la obtención de recursos fuera del círculo de control del capital, aunque la finalidad siga siendo obtener recursos para la vida, las medidas estatales se extreman hasta la represión penal.

La *criminalización del trabajo precario*, para los efectos de este trabajo, ha de entenderse, por tanto, como aquella sesgada determinación estatal que califica a ciertas actividades laborales y a ciertos sujetos sociales como ilícitos, imponiendo prohibiciones a su ejecución y sanciones de naturaleza penal a sus ejecutores.

En principio, participar en actividades de comercio de bienes que circulan en el mercado, lejos de constituir algo ilícito es, más bien, lo admitido, lo lícito. Lo mismo, el emprendimiento en labores productivo-ex-

---

6 Por ello es que en las definiciones que hemos citado, el trabajo precario aparece relacionado con las condiciones de deterioro de derechos o falta de goce de los que el régimen jurídico ha incorporado para los formales o sujetos al régimen normal.

7 El Mandato 08 que en el Ecuador “eliminó” el trabajo precario, concedió rango de régimen constitucional al trabajo de tiempo parcial –una forma eufemística del trabajo por horas– y a la tercerización de la mayoría de actividades estimadas como “no permanentes” en las empresas. Y, en la Constitución, si bien se crean “garantías” como la prohibición de la confiscación de los bienes de los trabajadores “autónomos”, por otras vías se lo criminaliza.

tractivas no constituye violación a las reglas de la economía social. Vender lo que se encuentra en el mercado, como es el caso de los combustibles o de cualquier otro bien, siendo parte de la cadena del intercambio y, más aún, estando al final de esa cadena –como es el caso de los vendedores informales–, como se verá, es legítimo y además de una notoria vinculación al único fin que vuelve lícito el trabajo, es decir, la subsistencia. La necesidad de garantizar la supervivencia obliga a buscar los mecanismos disponibles para la obtención de los recursos y la sociedad los provee por las vías de las que dispone el modo de producción y el modelo económico, en este caso el capitalismo que ha adoptado el libre mercado. ¿Por qué entonces, para ciertos sectores, la participación y aprovechamiento de las reglas del libre mercado está admitido, legalizado y protegido; y, para otros, que resultan ser los más necesitados, esa participación ha de negarse, perseguirse y criminalizarse?, ¿no está más cerca al delito quien esclaviza seres humanos o los mantiene en condiciones de desamparo aprovechando su presencia ilegal en un estado, que el que vende combustible o gas que está en el libre comercio?

Lo dicho muestra que la criminalización del trabajo precario tiene el mismo sesgo que develó la Criminología Crítica para ciertos delitos. Los de “cuello blanco”, aquellos que sin embargo de tener efectos devastadores sobre la vida social, por ejemplo, los que ocurren como consecuencia de los “ahorros” de las empresas petroleras y terminan en contaminación que afecta a vastas zonas marinas o de bosques, o las que se han develado con relación a las jugosas participaciones derivadas de fraudulentas negociaciones de deuda externa y que han drenado millonarios recursos públicos en desmedro de la salud, la educación y demás derechos y servicios de las poblaciones de países pobres o atrasadas– gozan de impunidad y están muy lejos de ser tipificados para su eficaz sanción, en tanto que la comercialización que realizan miserables pobladores provoca condenas y alarmas sobredimensionadas ex profeso.

En nuestro país, los ámbitos criminalizados –que deviene hasta en una determinación geográfica de la misma–<sup>8</sup> corresponden a la explotación

---

8 Como se apreciará, la criminalización termina por condenar poblaciones de provincias fronterizas o de aquellas donde se concentran ciertos recursos o constituyen mercados de interés para los servicios o ciertos bienes.

minera, a la comercialización de hidrocarburos, a la provisión de servicios ligados a esta área, a la comercialización de equipos de telecomunicaciones y provisión de servicios de la misma, a la comercialización y reproducción de software y de bienes tutelados por el régimen de propiedad intelectual, a la producción de armas y a toda aquella actividad de pequeño comercio que implique evasión tributaria.

Dicho lo anterior, el trabajo precario, a pesar de ser la única posibilidad de obtener recursos para la subsistencia de las familias pauperizadas y estar en la lógica del modo de producción capitalista y su modelo de libre mercado, *es criminalizado en función de intereses* que muestra la perversidad con la que actúa el modelo y el poder. El Estado no criminaliza el trabajo precario para tutelar el derecho de los trabajadores, o evitar la sobreexplotación, o para garantizar condiciones adecuadas a la relación laboral, o, finalmente, en función de tutelar a la parte más débil de la relación laboral. Tampoco lo hace para impedir daño a la sociedad —es obvio que impedir la obtención de recursos para la vida a los trabajadores precarizados ahonda y amplía los problemas sociales y afecta a inmensos sectores—. Tal criminalización está orientada a penetrar en el ámbito de las relaciones laborales a fin de restringir la posibilidad del ejercicio libre del trabajo y permitir que —especialmente en la esfera de la circulación, puesto que en la producción tiene una menor posibilidad de perturbación— los propósitos monopólicos y de control de mercado cada vez tengan mayor capacidad y los márgenes de acumulación y rentabilidad que son considerados fugas o cifras negras para las transnacionales, sean eliminadas o disminuidas. Es parte de esa estrategia neofascista conocida como “expansión del derecho penal” que, ante la crisis social, económica y moral, propia de la decadencia del sistema, se adopta ante la incapacidad de refrenar los conflictos y exigencias de la población afectada.

De este modo, la criminalización del trabajo precario defiende por doble vía los intereses del capital: primero, lleva al extremo de las formas jurídicas la tutela de esos intereses, es decir, a actos o relaciones que anteriormente apenas provocaban indemnizaciones pecuniarias de daños y perjuicios —en el ámbito civil— los convierte en delitos —tal es el caso, p. ej., de los delitos de propiedad intelectual, comercialización de combustible criminalizada como contrabando, venta y consumo y servicios técnicos relacionados con la utilización del gas licuado en el transporte público o privado— y así defiende

la monopolización en el ámbito de la circulación; y, segundo, presiona en la dirección de obligar a masas poblacionales a articularse, incorporarse y subordinarse a relaciones laborales que, en su apariencia, siguen entendidas como relaciones fundadas en la libertad contractual y que entrarían en la esfera del trabajo “formal”. Esto último implica incorporar forzosamente a esa mano de obra a la cadena del intercambio –sin relación de dependencia pero si subordinados– de modo que nada quede sin control y todo permita que se consuma un proceso de acumulación integrado y totalizador que persigue la globalización a través de la flexibilización, cuya versión más perversa es la criminalización. Las posibilidades marginales o fugas de segmentos de valor quedarían al menos reducidas, si no eliminadas. El poder criminaliza, como se ve, no para defender nada altruista sino esos mismos intereses capitalistas, y no tiene reparo ni se sonroja en retornar a los métodos fascistas. Lo inmoral y lo ilícito termina imponiéndose sobre lo legítimo y debiera ser garantizado por el derecho a todos los que les declara, al tiempo y paradójicamente, su derecho a la vida.

## El discurso ideológico de la criminalización

No hay acción social que carezca de discurso de legitimación. Esto es más necesario cuando se trata de las ilegítimas estado o de la imposición de algo notoriamente ajeno al interés social.

Una primera forma de ilegitimación del trabajo precario corresponde a la estigmatización que reciben las actividades precarizadas y los trabajadores precarizados. La primera manifestación de esa estigmatización corresponde al discurso de la “informalidad”. A ello se han sumado connotaciones de “atraso social” o “incultura” o lejanía con las capacidades de “emprendimiento”, para agregarle un ingrediente peyorativo contra las personas y contra las economías capitalistas atrasadas. Tener trabajadores precarios es signo de ser “un incapaz” o de pertenecer a circuitos de actividades atrasadas o económicamente alejadas de los modelos eficientes de creación o circulación de valor. Si en esta versión discursiva no se arriba a la criminalización, queda claro que la descalificación apunta por lo menos a deslegitimar. Pero, lo más grave y drástico opera por la expresión que pasamos a comentar.

El capitalismo de libre mercado ha desmantelado importantes y trascendentes mecanismos de control social bajo la supuesta eficiencia de la autorregulación; ha llevado al clímax la adopción del carácter mercantil, al punto que derechos, valores morales y personas –incluidos sus órganos– son meras mercancías. Gracias a este perverso funcionamiento han surgido redes de delincuencia organizada que hacen de las suyas con la humanidad. Muchas de ellas no actúan desde la clandestinidad o desde la ilegalidad, sino desde el control oficial de los aparatos estatales o de las actividades económicas formales. Lo que se combate es lo que está por fuera de los intereses de los que manejan el poder real y se criminaliza formalmente. Y, con ello, la necesidad de combatir las inunda la retórica relacionada con la seguridad de los habitantes.

La criminalización del trabajo precario, por lo mismo, se justifica con un discurso que se esfuerza en mostrar aparentes o supuestas relaciones de los precarizados con el crimen organizado y reprimido institucionalmente. Pero, en realidad, en el peor de los casos, los precarizados terminan siendo los chivos expiatorios, y no existen evidencias reales de los supuestos nexos con tal crimen organizado, sin embargo de que son funcionales al interés de los grandes negociantes o beneficiarios de estas persecuciones. Las cifras que se reiteran en los reportes oficiales y de la prensa permiten determinar que el gran contrabando no opera bajo la responsabilidad de los desempleados o precarizados.

Sin embargo, el grueso de la política criminal del Estado se descarga sobre ellos. Los aparatos represivos de los gobiernos locales y del gobierno central, igual que los que se han creado para tutelar los intereses involucrados, como en el caso de la propiedad intelectual o de la comercialización de hidrocarburos, normalmente reportan acciones que llegan a afectar solo a los trabajadores precarizados. No hay hasta ahora, en el registro público, ningún pez gordo que pudiera poner en evidencia que el combate al crimen organizado relacionado con estas actividades es parte de la orientación de la política criminal del Estado. Vehículos vetustos incautados, unos cuantos cilindros de propiedad de familias pobres, o talleres de mecánicos que se atreven a incrementar sus ingresos instalando bombonas de gas licuado en taxis, o mineros empobrecidos y enfermos, o armeros endeudados con chulqueros para acceder a la compra

de pequeños tornos que les permiten producir para apenas mal cubrir sus necesidades de consumo y los intereses usureros, o vendedores ambulantes que portan unas cuantas centenas de discos compactos o se han atrevido a montar públicamente pequeñas tiendas de venta pública de estos bienes, son los reales y únicos efectos de esta política. Los dueños de gasolineras o de grandes envasadoras, los traficantes de personas o de drogas, o los que importan millones de discos compactos o reproductoras industriales de software o música, sin embargo de tener actividades de fácil identificación, no son objeto de investigaciones, inspecciones o rendimiento de cuentas sobre sus voluminosos ingresos o aclaraciones respecto de la eficiente actividad de ventas de enormes cantidades de cilindros que sacan sin embargo de que la zonas geográficas donde actúan mantienen reiteradas quejas de desabastecimiento.

La criminalización, de otra parte, no ha operado de modo directo, desde su inicio. Empieza siendo un proceso de represión contra los informales bajo justificaciones ligadas al desarrollo urbano y a la preservación de ciertas áreas de las ciudades para mejorar su adecuación a las dinámicas del libre mercado, especialmente propiciando el desarrollo de servicios bajo la égida del sector privado y, especialmente, los que se han incentivado en estos últimos treinta años, es decir los vinculados al turismo, sobre todo. Para esas posiciones era suficiente la acción de policías municipales con potestades para cuidar el aseo e higiene o ventas ambulantes de comestibles. Pero ha terminado siendo necesario la incorporación de estos otros mecanismos represivos: tipificación de delitos y actuación de la Policía Nacional. Es un proceso en el que el Estado se desentiende de las necesidades de trabajo y de ingresos de esos sectores sociales y adopta una línea claramente represiva y, por lo mismo, de corte filo-fascista.

Pero, ¿cuál es el real impacto del trabajo precario en la economía nacional, por ejemplo en la comercialización de combustibles? Los datos ya referidos en las citas anteriores muestran que las reales amenazas corresponden a la participación de otros sectores. La sola referencia a los valores que se necesita invertir para aprovechar el volumen de contrabando de combustibles que se denuncia, o los que se necesita para inundar el mercado con productos de la piratería de discos compactos, pone en evidencia que los autores de esos ilícitos no están en los vendedores ambulantes o

en los trabajadores precarizados. Es obvio que la criminalización apunta contra los más necesitados, en tanto que las mafias quedan impunes.

Si no se evidencia el impacto nocivo que, supuestamente, tendría el trabajo precario en la economía y no aparece evidencia de sus relaciones con el crimen organizado, la represión y criminalización obedecen a propósitos que no son la tutela de intereses sociales, es decir, a aquellos que se advirtieron como intereses de sectores que tratan de eliminar de la actividad productiva o comercial cualquier forma de participación fuera de sus círculos de control. En el caso de la minería eso muestra la doble política frente a las transnacionales y a los mineros precarios; en el caso de los combustibles igual: se sigue persiguiendo a los “minoristas”, en tanto que los que comercializan grandes volúmenes de combustibles no aparecen en los reportes de la Policía o de las autoridades administrativas.

Como contrapartida, ¿cuál es el impacto de esa política de criminalización en la vida social? Esta no ha logrado impedir que la gente use esas estrategias de supervivencia pero, además, ha empujado a muchos que han sido objeto de la represión a la delincuencia de otro tipo y que resulta más ofensiva a la vida social. ¿No hay aquí una evidente relación entre agudización y agravamiento de los escenarios de inseguridad con desempleo y pobreza? Las necesidades de la población desempleada o subempleada le fuerzan a participar de manera marginal en las dinámicas de la criminalidad organizada. Los trabajadores son víctimas de este proceso de deterioro social que fuerza a los desempleados, privados de actuar en las dinámicas del mercado, a actuar en otras de evidente connotación delictiva o engarzadas a las que desarrollan las organizaciones criminales. El caso de vendedores ambulantes que comercializan bienes protegidos por el régimen de propiedad intelectual o el caso de quienes participan en la comercialización de combustibles o en actividades al margen del cumplimiento de obligaciones tributarias, son de los más visibles que se involucran en la criminalización del trabajo precario. Este es, entonces, un primer efecto visible de esta orientación.

Otro, corresponde a los efectos devastadores en la economía y subsistencia familiar. La represión y las medidas involucradas en la criminalización de trabajo precario afecta gravemente a las condiciones de vida diaria de estos trabajadores. No se afecta, solamente, su capacidad de ahorro sino

sus posibilidades de satisfacción inmediata de necesidades vitales. Impedirles actuar o trabajar, provoca que los días que no trabajan, conlleva la imposibilidad de atender necesidades básicas como la alimentación. Esto pone al descubierto el carácter inhumano de la política de criminalización del trabajo precario. Mucho más drástica es la connotación cuando, como parte de esta política, se victimiza a niños y niñas que forman parte de los trabajadores precarizados y sin cuyo aporte las condiciones de miseria de las familias se agravan.

Entonces, ¿Qué persigue esta política? Lo que se confirma, sobre todo, alude a la pretensión del capital transnacional de obligar a las masas de desempleados a permanecer dentro de los circuitos de oferta de mano de obra barata, que admite y se subordina a las condiciones de sobreexplotación que se han creado bajo el modelo de libre mercado globalizado. Allí encajan, incluso, las posturas que se adoptan en torno a la migración que, más que fenómeno, es un proceso inducido por las tendencias del mercado laboral interesado en explotar mano de obra “excedente” en nuestros países y que ha alimentado condiciones de clandestinidad, neo esclavitud, acompañadas de xenofobia y racismo. Por ello, no es casual que la criminalización del trabajo precario corresponda a esferas de los grandes negocios de las transnacionales.

## Una política justa

Los derechos de la naturaleza, de los animales y todas esas tendencias y movimientos que apuntan a defender las expresiones de la vida, han cobrado una fuerza significativa en las políticas públicas pero están muy lejos de compadecerse con el agravamiento de las condiciones de vida y de explotación inhumanas a las que van quedando, cada vez más expuestos, los trabajadores y sus familias. Resulta paradójico creer que mejorar las condiciones de vida de los humanos ha de ser el resultado únicamente de la defensa de la naturaleza y sus expresiones. Sin embargo de que la generalidad de sujetos sociales compartimos los objetivos de esos movimientos, algunos estimamos necesario mantener una conducta compartida sobre las reivindicaciones. No parece ser del todo adecuado abandonar o guardar silencio sobre las condiciones de explotación y miseria a las que

son sometidos los seres humanos, por ejemplo, en el caso de migrantes aprovechados y estafados por coyoteros y la delincuencia organizada que trafica con mujeres y niños, los somete a situaciones de esclavitud y comprometen hasta el patrimonio y la seguridad de sus familias, a las que se les obliga a subordinarse a los intereses de estas mafias.

De ello es claro que la tendencia a dismantlar la naturaleza tutelar del derecho laboral y retornarlo a las dinámicas de las relaciones jurídicas civiles, constituye un enorme equívoco y una gran ventaja para los interesados en la ampliación y profundización de la nueva esclavitud y para esa misma criminalidad organizada. Si se trata de evitar semejante perversidad social, el derecho laboral, al contrario, debe sostener y ampliar a sus fines tutelares y fortalecer mecanismos de protección que, sin dilación, eviten que inmensos segmentos de la población sigan victimizados por las dinámicas creadas por el capitalismo actual y el libre mercado.

Del mismo modo o con el mismo sentido con el que en el marco constitucional se incorporaron tutelas al trabajo autónomo y por cuenta propia realizado en espacios públicos y a las labores de autosustento y cuidado humano, en evidente reconocimiento a la licitud de tales modalidades o actividades; se prohibió toda forma de precarización; se consagró el derecho de los y las jóvenes a ser sujetos de la producción, debe consumarse la protección de los trabajadores precarizados prohibiendo toda forma de criminalización de sus actividades.

El Estado, por lo mismo, debe emprender políticas de incorporación de esos sectores sociales al aparato productivo mediante una sola opción: participando en la economía, asumiendo, con sus recursos, líneas de producción y comercialización que les permita formar parte de la economía “formal”.

Lo anterior no es una medida “socialista” ni mucho menos. Es, apenas, una opción a la que, una mínima consecuencia con la realidad humana de millones de seres humanos, nos obliga. Para eso, obviamente, hay que abandonar la postura neofascista que implica la criminalización que ha quedado develada como otra perversidad de los defensores del neoliberalismo.





# Los procesos de integración en América Latina

*Delia Basualdo\**

## Un poco de historia

Hace alrededor de 180 años que Simón Bolívar ya se había planteado un consenso latinoamericano en su convocatoria a un Congreso Anfictiónico a celebrarse en Panamá en 1826, con el objeto de crear una Liga y Confederación Perpetua entre las repúblicas sudamericanas. Las características de esta convocatoria y las siguientes hechas por las Repúblicas de Perú y Chile, fueron varias y se pueden contar como importantes las siguientes:

1. Significaron un esfuerzo de unión frente a amenazas externas que pudieron poner en peligro la independencia de América Latina.
2. Conformaron una causa común ante el temor del expansionismo norteamericano.
3. Constituyeron un intento por protegerse frente a la creciente amenaza que significaba para Hispanoamérica, las actividades de España en el nuevo continente, especialmente al volver a tomar posesión de Santo Domingo en 1861, y la guerra que posteriormente entabla con Chile, Ecuador y Bolivia y más adelante con Perú con el fin de asegurar su imperio.

Cabe resaltar que la asistencia a estos congresos o conferencias fue muy reducida, Haití, Brasil y Chile no asistieron al Congreso de Panamá; el primero por haber sido ignorado y los otros dos, pese a haber sido invitados por el gobierno de Colombia, no participaron. Argentina fue la gran ausente en todos los Congresos, salvo en el Segundo Congreso Internacional Americano de Lima (1864-1865) al que envió como observador a Domingo F.

---

\* Abogada argentina.

Sarmiento, que iba de paso para ocuparse de la embajada en Washington.

La convocatoria de Simón Bolívar tenía cuatro ejes básicos:

1. Mancomunar esfuerzos frente a los peligros comunes, y, a la vez, establecer contactos para decidir conjuntamente frente a los conflictos, procurando establecer un sistema de seguridad colectiva.
2. Estrechar lazos comerciales entre los países de la región.
3. Crear alianzas que permitan fijar la marcha de las relaciones de la subregión en el mundo.
4. Establecer un sistema que permita la solución pacífica en caso de disputas.

Estos intentos de Simón Bolívar, llevados a cabo en 1826, no se cumplieron, ya que los países de América Latina han estado históricamente en una misma región geográfica, pero totalmente desarticulados entre sí, hasta que –como veremos más adelante– comienza a surgir la idea de integrarse para fortalecer la capacidad de desempeño frente a los desafíos externos e internos, como el subdesarrollo, la dependencia, el desempleo, la deuda externa, etc.

## Camino a la integración

Se ponderará que la integración puede implicar todo un redimensionamiento de la estructura social y de las relaciones de poder al interior de los países que deciden integrarse.

[...] Entendemos la integración como un proceso multidimensional, cuya intencionalidad excede a la simple reestructuración de mercados en busca de economías de escala, y que incluye tanto la dimensión de la construcción de instituciones, como la de gestación de una auténtica cultura de la integración, asentada en el respeto y la convivencia federativa de las culturas nacionales y locales. Esta concepción de la integración plantea la viabilidad de potenciar necesidades históricas, vinculando lo económico, lo social, lo político y lo cultural.<sup>1</sup>

---

1 Ofelia Stahinger de Caramuti, coord., *El MERCOSUR en el nuevo orden mundial*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 149, 150, 151, 152, 158, 159 y 160.

Hasta mediados de los 60, los esquemas regionales que se estaban aplicando, como el Mercado Común Centroamericano, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, o la Asociación de Libre Comercio del Caribe, habían logrado aumentar el intercambio recíproco, pero no contemplaban aún, mecanismos que permitieran una distribución más equitativa de los costos y beneficios, tal es el caso de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que perseguía un enfoque netamente comercialista, que si bien el comercio intrarregional aumentó, pero no al ritmo deseado, para impulsar el desarrollo de la región, que fue claramente insuficiente, ampliándose la brecha entre países ricos y pobres. Ante el fracaso de ALALC, en 1980 por el Tratado de Montevideo se crea la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), que tiene por fin la creación de una zona con preferencias tarifarias para la región, pero sufre el mismo mal que la anterior: no poder afrontar las adversidades económicas sufridas por los países sudamericanos.

Se puede decir que el MERCOSUR comenzó a surgir con el Programa de Integración y Cooperación Económica, firmado en julio de 1986 por Brasil y Argentina. En 1998 se firma el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo entre los mismos países con el objetivo de crear, en 10 años, un espacio económico común. Un impulso nuevo fue dado al proceso cuando los dos países firmaron en 1990, el Acta de Buenos Aires, que fijó como fecha el 31 de diciembre de 1994 para la conformación definitiva de un mercado común, al que adhirieron con posterioridad Uruguay y Paraguay. Finalmente, el 26 de marzo de 1991 firman los cuatro países el Tratado de Asunción con el compromiso de crear el MERCOSUR hasta el 31 de diciembre de 1994.<sup>2</sup>

## Mercado Común del Sur

Estados parte: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

En proceso de asociación plena: República Bolivariana de Venezuela.

Estados asociados: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

---

2 Haroldo Pabst, *MERCOSUL: Direito da integração*, Río de Janeiro, Ed. Jurídica Forense, 1997, p. 95-100.

Consta de: estructura orgánica, sistema de solución de controversias, programa de liberación comercial, cláusulas de salvaguardia y régimen general de origen.

### *Avances institucionales I*

- Sistema de Solución de Controversias
- Creación del Centro MERCOSUR de Promoción del Estado de Derecho.
- Creación de varias reuniones especializadas.
- Reglamentación del régimen de participación de los Estados Asociados.
- Creación del Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos.

### *Avances institucionales II*

- Creación de la Comisión de Representantes Permanentes
- Transformación de la Secretaría del MERCOSUR.
- Creación de un Grupo para la elaboración de una Estrategia de Crecimiento de Empleo.
- Entrada en vigencia del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social (1 de junio de 2005).

### *Avances institucionales III*

- Creación del Parlamento del MERCOSUR.
- Conformación de un Grupo de Alto Nivel sobre Reforma Institucional.
- Reglamentación del proceso de adhesión al MERCOSUR.
- Perfeccionamiento del sistema de producción de normas.

### *Avances institucionales IV*

- Creación del Foro Permanente de Cortes Supremas.
- Creación del Fondo de Convergencia Estructural (FOCEM).
- Creación de un Grupo para la elaboración de una Estrategia de Crecimiento de Empleo.
- Entrada en vigencia del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social.

## *Instituciones*

Órganos decisorios:

- Consejo del Mercado Común - Comisión de Representantes Permanentes-
- Grupo Mercado Común
- Comisión de Comercio

Órgano de representación parlamentaria: Parlamento del MERCOSUR.

Órgano consultivo: Foro Consultivo Económico Social.

Órgano de apoyo técnico: Secretaría del MERCOSUR.

Solución de controversias: Tribunal Permanente de Revisión.<sup>4</sup>

## La integración y el enfoque constitucional de los Estados parte

### *Constitución de la República Argentina (art. 75, inc. 24)*

Corresponde al Congreso [...] Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos Tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de Tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del Tratado y solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

---

4 Centro de Economía Internacional, Argentina

### *Constitución de la República Federativa de Brasil (art. 4)*

“La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural con los pueblos de América Latina, tendiendo a la formación de una comunidad latinoamericana.”

### *Constitución de la República Oriental del Uruguay*

“La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Así mismo propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.”

### *Constitución de la República del Paraguay (art. 145)*

“La República de Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite el orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico social y cultural.

Dichas decisiones solo podrán adaptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.”

## **Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA)**

El ALBA se crea en La Habana (Cuba) en diciembre de 2004 por acuerdo entre Venezuela y Cuba, en abril de 2006 se suma Bolivia, en 2007 Nicaragua y en 2008 Honduras. Como resultado de la firma del Memorando de Entendimiento de 2007 se incorporan Antigua y Barbuda, Dominica, y San Vicente y las Granadinas. El Ecuador se incorpora en junio de 2009.

El ALBA se concreta en un proyecto de colaboración y complementación social, política y económica entre países de América Latina y el Caribe como contrapartida al Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), impulsada por Estados Unidos, que fuera “enterrado” –conforme lo expresara el presidente Hugo Chávez– en la Cumbre de las Américas realizada en la ciudad de Mar del Plata, Argentina.

El ALBA y el Tratado de Comercio de los Pueblos (TCP) otorga prioridad a la relación entre los propios países en pie de igualdad y bien común, basándose en el diálogo entre los países de la subregión e impulsando alianzas estratégicas basadas en el consenso y el acuerdo entre las naciones latinoamericanas.

## Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños

La cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe aprobó en julio de 2010, en Playa del Carmen, México, la creación de la comunidad arriba mencionada. El nuevo organismo, fue uno de los objetivos principales de la cumbre, por lo que se incorpora al nuevo órgano el Grupo Río y la Cumbre de América Latina y el Caribe (CALC); su nombre definitivo se decidirá al final del proceso de constitución, que culmina con las reuniones de Venezuela en 2011 y Chile en 2012. Mientras dure el proceso constitutivo se mantendrán el Grupo de Río y la CALC.

El nuevo organismo promoverá la cooperación entre los mecanismos subregionales, respetando el derecho internacional, la igualdad de los Estados, el no uso ni amenaza de la fuerza, la promoción de la democracia y los derechos humanos.

## Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)

La Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), se conformó con la decisión de los presidentes de la región reunidos en Cuzco, Perú, el 8 de diciembre de 2004 y tiene en las declaraciones de Cuzco y Ayacucho sus documentos fundacionales.

El año 2005 sería la primera Cumbre de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones, que tuvo como objetivo, la reducción de las asimetrías en los procesos de integración regional. Este año terminó con la creación de la Comisión Estratégica de Reflexión, sobre el proceso de integración sudamericano, donde se estableció la necesidad de

reforzar la coordinación política, la convergencia de mecanismos regionales de integración económica y la aceleración de las iniciativas concretas en el área de unificación de la infraestructura, para proseguir e intensificar el esfuerzo hacia la construcción de la unidad sudamericana.

En 2006, en ocasión de la II Cumbre de Jefes de Estado de la CSN, se abordaron temas como la deuda externa, camino al desarrollo social y humano, desarrollo de una política y agenda regional para la salud, derecho de los pueblos indígenas y la creación de un espacio parlamentario sudamericano.

La CSN dejó de existir en mayo de 2008, siendo reemplazada por la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) que ese año cumplió un rol muy importante, porque una Comisión creada para investigar los hechos sangrientos de Pando, Bolivia, concluyó que en este departamento hubo una masacre de al menos veinte campesinos, perpetrada por grupos armados, que respondían a las autoridades regionales, opositoras al gobierno de Evo Morales, el informe presentado ante la presidenta de Chile, Michelle Bachelet, quien en ese momento tenía la Presidencia Pro Tempore de la UNASUR, indica que los delitos cometidos son de lesa humanidad y que sus responsables deben ser juzgados en la justicia ordinaria.

La UNASUR que expresa en su Preámbulo: “Apoyadas en la historia compartida y solidaria de nuestras naciones, multiétnicas, plurilingües, y multiculturales, que han luchado por la emancipación y la unidad sudamericana, honrando el pensamiento de quienes forjaron nuestra independencia y libertad a favor de esa unión y de un futuro común”, fue suscripto por los dignatarios de las repúblicas Argentina, Bolivia, Federativa del Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Cooperativa de Guyana, del Paraguay, del Perú, de Suriname, Oriental del Uruguay y Bolivariana de Venezuela.

En la actualidad la Presidencia Pro Tempore, es ejercida por el Ecuador, habiendo sido designado como su primer secretario general el ex presidente argentino Néstor Kirchner. La UNASUR es “una organización dotada de personalidad jurídica internacional, hasta el momento cuenta con cinco ratificaciones: Bolivia, Ecuador Venezuela, Guyana y Argentina”.

## Bibliografía

Publicaciones del Centro de Economía Internacional, Argentina.

Pabst, Haroldo, *MERCOSUL: Direito da integração*, Río de Janeiro, Ed. Jurídica Forense, 1997.

Stahinger de Caramuti, Ofelia, coord., *El MERCOSUR en el nuevo orden mundial*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.





# La supranacionalidad en los esquemas de integración de América del Sur

*José Piedrahita\**

[L]a integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado.

*Constitución del Ecuador*

El tema cuya discusión queremos suscitar –hacer un esbozo del mismo– tiene que ver con el examen o revisión del grado de presencia y vigencia en que se encuentra el principio de la supranacionalidad en dos de los principales esquemas de integración de América del Sur, a la luz de los principios de la teoría de la integración; los compromisos contraídos en los tratados constitutivos y la realidad sociopolítica contemporánea de nuestros países.

El sueño de Bolívar insta a los pueblos del sur a unirse con un solo vínculo que “ligue sus partes entre sí y con el todo”, a construir una sola patria que debe ser la de todos los americanos.

En este contexto, la pregunta que cabe formularse es si después de 200 años de lanzada esa vibrante y convencida exhortación del Libertador, nuestros países –habiéndose comprometido en los textos de los tratados constitutivos de los diversos esquemas de integración a bregar por conseguir ese objetivo– han dado señales ciertas de avanzar hacia la construcción de una sola nación, lo que necesariamente implica la cesión de una parte del concepto tradicional de soberanía; o si ello no ha ocurrido, indagar las causas y/o las modalidades que adopta o posiblemente adoptará.

---

\* Ex Subsecretario de Relaciones Multilaterales del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador.

La integración ha sido definida como un proceso multidimensional, aunque inicialmente económico, que comprende varias etapas, tendentes a lograr la comunidad y la unión de los países, con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de sus habitantes. Para que un acuerdo de integración pueda gestarse y concretarse entre diversos países, especialmente cuando poseen diferente nivel de desarrollo, es menester que se cumplan ciertos prerequisites básicos.

Todo proceso de negociación –y por tanto de integración– tiene un carácter esencialmente dinámico. Ello quiere decir que entre los países signatarios es indispensable preservar la reciprocidad de intereses a través del tiempo. Esa concertación de intereses, que consiste en última instancia en lograr *minimizar* los efectos de los intereses opuestos y en *maximizar* los intereses complementarios o cooperativos, es un factor clave para sustentar el proyecto y el ordenamiento jurídico que subyace a él.

La formulación en sí del proyecto de integración, implica que los Estados participantes deben expresar cómo, en qué plazos y con qué ritmo o secuencia se deberán lograr los objetivos escogidos. Los consensos así logrados deben expresarse jurídicamente mediante una de las formas o modalidades comunes al derecho internacional, como un tratado, acuerdo o convenio. De este instrumento base, se deriva el respectivo ordenamiento jurídico que está concebido para regular las acciones destinadas a lograr los objetivos comunes.

De otro lado, subyacentes a la negociación y formulación de un proyecto de integración, surgen o deben estar presentes varias ecuaciones. En primer lugar, existe una relación funcional entre el proyecto de integración tal como ha sido concebido y la forma cómo este se encuentre expresado en el ordenamiento jurídico, ya como texto legal.

Lo mismo se aplica en la relación proyecto de integración-intereses nacionales de los Estados participantes. De ella emerge significativamente la sustentabilidad real y la viabilidad política del proyecto en el tiempo. El proyecto finalmente aprobado y refrendado será entonces aquel que teóricamente contemple, incorpore y combine, el interés nacional de todos los Estados participantes.

Junto con esos factores, otros obstáculos que pueden conspirar contra la construcción de un bloque de integración e impedir su avance hacia

la consolidación de políticas comunes de mediano y largo plazo, de que el proyecto se halle dotado de capacidad de negociación en lo externo y cohesión interna, tienden a centrarse alrededor de las heterogeneidades en los niveles de desarrollo entre los países miembros y el predominio de los países más fuertes; limitaciones o impedimentos para alcanzar una integración física adecuada a las necesidades de comunicación y transporte (Pelkmans, 1993); el alto grado de dependencia y vulnerabilidad del sector externo (Kaplan, 1969; Stein, 1979; CEPAL, 2005; ALADI, CEPAL y SELA, 1996); la inestabilidad política y el nacionalismo (Haas, 1967; Bustamante, Caraballo, 2005).

La integración –regional– impacta al Estado–nación, según el grado de desarrollo del grupo de países y del grado de avance alcanzado en el proceso integrador. Bustamante,<sup>1</sup> concibe que la integración impacta de manera distinta, dependiendo de si se trata de un proceso de integración entre: a) países desarrollados; b) países que ostentan grados disímiles de desarrollo; y c) países menos desarrollados o en desarrollo, aunque reconoce que ha habido pocos avances en esta discusión para los dos últimos casos.

Siguiendo a Bela Balassa,<sup>2</sup> el proceso de integración está constituido por cinco etapas: la Zona de Libre Comercio, la Unión Aduanera, el Mercado Común, la Unión Económica, y la Comunidad Económica.

La primera fase del proceso de integración, la apertura de una Zona de Libre Comercio, corresponde a la eliminación total o parcial de los derechos de aduana (aranceles) y de otro tipo de restricciones como cuotas, permisos administrativos, etc., a fin de que los productos originarios de cualquiera de los países firmantes puedan circular libremente en los territorios de cualquiera de ellos. El propósito más importante que persigue una Zona de Libre Comercio, es aprovechar las economías de escala a fin de incrementar la dimensión y la productividad de las empresas y

---

1 Ana Marleny Bustamante, “La supranacionalidad y la descentralización infranacional en la Comunidad Andina. Decisión 501 en la frontera Colombia-Venezuela”, en *Cadernos PROLAM-Brazilian Journal of Latin American Studies*, año 5, vol. 2, Sao Paulo, Universidad de Sao Paulo, 2006, p. 147 y s.

2 Bela Balassa, *La teoría de la integración económica*, México, Biblioteca Uteha de Economía, 1964.

operadores de los países signatarios del Tratado; promover las condiciones de una justa competencia e incentivar las inversiones. La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) actual es una Zona de Libre Comercio.

Una segunda fase en la evolución de la integración, es la constitución de una Unión Aduanera. Esta consiste en que los países signatarios, además de permitir la libre circulación de los bienes, establecen un Arancel Externo Común, para los productos procedentes de terceros países, de modo tal que están sujetos al mismo tipo y monto de gravámenes. Desde un punto de vista formal, la Unión Aduanera supone la vigencia del Arancel Externo Común pero también la libre circulación de bienes y factores de producción servicios al interior de su espacio. La Comunidad Andina, de conformidad con las normas que la rigen, derivadas del Acuerdo de Cartagena, desde el punto de vista teórico, es una unión aduanera, porque en su territorio pueden circular libremente, sin gravámenes, los bienes de los países integrantes en tanto que las importaciones provenientes de terceros países de fuera de la subregión, pagan una tarifa externa común.<sup>3</sup>

La tercera fase en el orden evolutivo del proceso de integración es el mercado común. Este es el resultado del acuerdo adoptado por dos o más países para eliminar todas las barreras que impiden la circulación de los factores productivos al interior del espacio de integración –trabajo, capital, bienes y servicios– al tiempo que suprime todas las restricciones arancelarias y cuantitativas al comercio recíproco. En este aspecto, se denota que el tránsito de la unión aduanera a un mercado común, tiene amplias repercusiones sociales y políticas, por lo que atañe a la liberalización comercial, en verdad un tema altamente sensible. Por otro lado, la constitución de un mercado común, se considera una fase avanzada del proceso de integración, también por lo que respecta a la necesidad de dar paso a la formación de los primeros organismos de carácter supranacional para la resolución de conflictos, coordinación y armonización de políticas y de instrumentación del nuevo ordenamiento jurídico, entre otros, lo que

---

3 Ver <<http://www.comunidadandina.org/union.asp.asp>>. Por las dificultades que ha experimentado en la consolidación y perfeccionamiento de su Arancel Externo Común, la CAN puede considerarse una unión aduanera imperfecta. referencia incompleta.

equivale con relación a los Estados integrantes a iniciar la *cesión de una parte de la soberanía tradicional*.

Los estados de integración más complejos y avanzados, según Ballasa, corresponden a la Unión Económica y la Comunidad Económica, el primero de los cuales combina la supresión de todo tipo de restricción al movimiento de bienes y factores productivos, con la armonización de políticas económicas, sociales, etc., con el objeto de eliminar las discriminaciones resultantes de la aplicación de diferentes políticas nacionales. En lo que se refiere a la Comunidad Económica, esta se define como la unificación de las políticas monetaria, fiscal, social y anticíclica, además de requerir el establecimiento de autoridades u organismos supranacionales con carácter vinculante entre los Estados participantes, como Tribunal de Cuentas, Parlamento, Tribunal de Justicia, etc.

Desde la suscripción de la Carta de Quito, en agosto de 1948, con la participación de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela, mediante la cual se crea la “Organización Económica Grancolombiana”, hasta los recientes actos de constitución del ALBA y UNASUR, la nota característica de América Latina y, dentro de ella de América del Sur, como lo señala Roberto Lavagna,<sup>4</sup> ha sido la proliferación de intentos de integración.

Los países de la ALALC revisaron el Tratado de Montevideo por primera vez en Caracas a finales de 1969. De ahí surgió el Protocolo de Caracas, que no solo amplió el plazo del perfeccionamiento del programa de liberalización sino que redujo el alcance de las desgravaciones arancelarias anuales. Por las mismas razones que se mencionaron, el Plan de Acción 1970-1980 aprobado por la asamblea de representantes nacionales, no se aplicaría. En 1978, en una reunión en Acapulco, se declaró explícitamente el agotamiento del viejo tratado y de la ALALC. Se decidió elaborar un nuevo Tratado de Montevideo que daría origen a la ALADI.

El nuevo Tratado de Montevideo de 1980, suscrito por los 11 países de la ALALC, perseguía el mismo objetivo que el precedente: formar un mercado común a largo plazo, pero su ambición de corto plazo fue más modesta: crear una zona de preferencias tarifarias acompañada de dispo-

---

4 Roberto Lavagna, *MERCOSUR: La oportunidad y el desafío*, Buenos Aires, Legasa, 2001.

siciones para el establecimiento de acuerdos sectoriales, bilaterales y subregionales. Estas disposiciones fueron importantes en la medida en que marcaron un cambio de enfoque: favorecer el acercamiento de los países sobre una base bilateral o subregional con el objetivo de que si aquéllos lo deseaban, se ampliarían los acuerdos firmados al conjunto de la región. En estas condiciones se impuso “la idea de una integración fragmentada y gradual”.

El Tratado de Montevideo 1980, es un tratado-marco, que persigue como objetivo final a largo plazo, la creación de un mercado común latinoamericano; en lo inmediato, propicia la creación de un área de preferencias económicas en la región, esto es, una zona de libre comercio, a través de tres mecanismos, a saber: 1. una preferencia arancelaria regional aplicable a los productos originarios de los países miembros frente a los aranceles vigentes para terceros países; 2. los Acuerdos de alcance regional –comunes a la totalidad de los países miembros–; y 3. los Acuerdos de alcance parcial, con la participación de dos o más países del área.

Los países miembros instituyeron con tales propósitos la ALALC, la misma que se halla dotada de órganos políticos –Consejo de Ministros, Conferencia de Evaluación y Convergencia y el Comité de Representantes– y de un órgano de carácter técnico –que es la Secretaría General–.

De lo indicado, se advierte que ALADI posee las características y limitaciones de un organismo intergubernamental, cuyos integrantes reciben directamente de sus gobiernos las correspondientes instrucciones para dictar “las normas generales que tiendan al mejor cumplimiento de los objetivos de la Asociación, así como al desarrollo armónico del proceso de integración”. De esta suerte, en la parte institucional y organizativa, sus órganos políticos: el Consejo de Ministros; la Conferencia de Evaluación y Convergencia, y el Comité de Representantes, que son quienes conducen y orientan el proceso, típicamente están integrados por los personeros de los Estados partes. El órgano técnico es la Secretaría General.

De allí que si bien puede sostenerse que el TM 80 es un “tratado-marco”, jurídicamente al suscribirlo, los gobiernos de países miembros autorizaron a sus representantes para legislar en los acuerdos sobre los más importantes temas económicos que interesen o preocupen a los Estados.

Desde el punto de vista metodológico, no se puede hablar de la ALADI como sinónimo de integración regional,<sup>5</sup> porque desde una perspectiva formal, coexisten cuando menos seis esquemas de integración en América Latina –ALADI, MERCOSUR, CAN, CARICOM, ALBA y UNASUR–, cada uno con marcos conceptuales y grados de avance diferentes. Adicionalmente, la mayoría de los acontecimientos que han afectado al proceso de integración, se han dado en el plano bilateral y por lo general, al margen de los esquemas formales de integración.

El reducido compromiso político de los países miembros, los acuerdos de alcance parcial y la eliminación de compromisos multilaterales, se halla corroborado cuando se revisa el tipo de resoluciones que han sido adoptadas por el Consejo de Ministros y el Comité de Representantes, pues la mayor parte de ellas se orientó hacia problemas que tenían escasa relación con los aspectos sustantivos del programa de integración.<sup>6</sup>

Según el mismo autor, uno de los temas que más veces se ha planteado como el principal problema del marco de la ALADI, es el de poseer una orientación excesivamente comercialista. De otro lado, sostiene que el limitado avance observado, en primer lugar, sería consecuencia del reducido compromiso político entre los países miembros.

Ni el comercio externo, ni la apertura per se pueden constituir un fin en sí mismos. Son solo un instrumento para el crecimiento (Rodrik, 2003), lo cual no significa de ninguna manera que la autarquía asegure tasas de crecimiento mayores. Lo que se enfatiza es que, además de la apertura, se requiere de todo un paquete de política que estimule el crecimiento. No sin razón los autores cuestionan los problemas metodológicos y la consistencia de los resultados estadísticos que plantean, por ejemplo, que la apertura comercial está disociada con el crecimiento económico y llaman la atención sobre la prudencia que debe observarse al suponer la relación directa entre comercio, crecimiento y bienestar.

De conformidad con la Declaración Presidencial de Cuzco del 8 de diciembre de 2004, y considerando que la integración sudamericana es y

---

5 Jaime Quijandría Salmón, "ALADI 1980-1990: dificultades para reorientar un proceso que empezó mal" en *Integración Latinoamericana*, vol. 15, No. 160, septiembre, Buenos Aires, BID, 1990.

6 *Ibid.*

debe ser la integración de los pueblos para el establecimiento de un sistema integrado de América del Sur, los presidentes de la Comunidad Americana de Naciones del Sur decidieron promover la convergencia de los Acuerdos de Complementación Económica entre los países de América del Sur, cuyo estudio fue encargado a las secretarías de ALADI; el MERCOSUR, la CAN y la CARICOM, en cooperación con Chile, Guyana y Suriname.

Dichos estudios de convergencia buscan la creación gradual de una zona de libre comercio de América del Sur, así como la complementación de las economías de sus países; la promoción de su crecimiento y desarrollo, teniendo en cuenta la reducción de las asimetrías existentes y en el caso de los Estados miembros de la ALADI preservar los avances logrados en la Resolución 59 del Consejo de la ALADI de Ministros. Si la integración es eminentemente consensual, no puede asumirse que la liberalización de las economías, que el aumento de la integración comercial, eleve el volumen del comercio, afecte las tasas de crecimiento y reduzca los desniveles de ingresos de los países.

El tema de la convergencia entre países de diferente nivel de desarrollo se ha intensificado en los últimos lustros, entre otras, por las siguientes razones: en primer lugar, las recurrentes crisis económicas que han afectado a los países en desarrollo y han retardado su crecimiento. Por otra parte, la evidencia de que, a casi dos décadas de instrumentarse las políticas de ajuste y estabilización y las reformas estructurales, no se registra una clara tendencia hacia mayores tasas de crecimiento del PIB per capita, ni se mejoran sustancialmente los indicadores de empleo o pobreza. A pesar de la expansión de las exportaciones y de las transformaciones de la oferta externa hacia un mayor contenido de manufacturas (CEPAL, 2001), no se registra un avance de las manufacturas en el PIB o en el empleo total. Se detectan tendencias hacia la convergencia entre los niveles salariales de los empleados según nivel educativo, pero no en las remuneraciones al capital y al trabajo (Puyana y Romero, 2003). Tampoco en los niveles salariales entre los países. Finalmente, en la Unión Europea, es la convergencia entre los países, al interior de estos, entre las regiones y de los sectores, uno de los temas obligados de evaluación de las diferentes etapas por las cuales ha avanzado este esquema de integración.

Sostenemos que no es posible la integración regional a menos que uno o varios países asuman el rol de locomotora del proceso. Según Guillén,<sup>7</sup> las características del proceso de industrialización en América Latina, el débil nivel de complementariedad económica entre los países de la región y la ausencia de *leadership* terminaron por frenar la marcha hacia la integración.

La expansión de la UE hacia varios países de Europa Oriental ha estimulado estudios sobre los efectos de los fondos estructurales sobre la convergencia de España, Portugal y Grecia, y sobre la conveniencia y costos de mantenerlos y aplicarlos a los nuevos miembros, o de suprimirlos o reducirlos. Esta preocupación debería copar buena parte de la reflexión y análisis de la UNASUR y de los expertos que analizan la problemática de la convergencia, todavía más urgente, dadas las grandes diferencias entre los países que se aprestan a conformar esta zona de libre comercio.

No obstante la limitada integración económica y política alcanzada por América Latina y los escasos avances supranacionales, es notorio y digno de destacarse que los países de la CAN, a través del Sistema Andino de Integración, inspirados directamente en el modelo de la Unión Europea, logran crear instituciones con claros rasgos supranacionales, en el vértice de las cuales se encuentra, junto con su propia institucionalidad y considerable acervo jurídico, el sistema jurisdiccional comunitario, con sede en la ciudad de Quito, “que entre otras funciones determina los posibles incumplimientos a las normas andinas por parte de los países miembros, controla la legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias y auxilia a los jueces en la interpretación de las normas andinas”.<sup>8</sup>

En efecto, puede afirmarse que el Acuerdo de Cartagena (1969) rompe una tendencia. Desde los años cincuenta del siglo XX, los gobiernos latinoamericanos evitaron asumir compromisos más allá de lo estrictamente comercial o económico; así es como se evitó la creación de instituciones que amenazaran con disminuir el poder de los gobiernos en la integración. Extrañamente, dicho acuerdo se convierte en el primer acuerdo que marca

---

7 Héctor Guillén Romo, *La teoría de la integración*, Departamento de Economía y de Gestión de la Universidad de París, 1999.

8 <http://www.comunidadandina.org>.

algún alejamiento de esta tendencia latinoamericana. Sin duda, mediante él se privilegia e incorpora parte de la experiencia europea sobre una institucionalidad que privilegia el proceso de integración regional a fines y objetivos colectivos antes que a los individuales de cada país, como había venido ocurriendo.

La nueva estructura jurídica de la CAN, en el plano de la doctrina, de la teoría y eventualmente en el de la praxis política, instrumentada a través de la Comisión y del Tribunal Andino de Justicia, ha puesto en jaque las concepciones tradicionales del derecho, las cuales se fundamentan en la aceptación que el Estado-nación es el objeto del derecho internacional.

La Política Exterior Común de la Comunidad Andina, es concebida y ejecutada a través del Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, mientras la Comisión de la Comunidad Andina, conformada por los Ministros de Comercio, ejecuta las acciones en el ámbito de su competencia, en coordinación con el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Su accionar abarca las siguientes áreas: 1. política: unidad regional, relaciones extrarregionales, democracia y derechos humanos, fortalecimiento del multilateralismo, seguridad y fomento de la confianza, desarrollo sostenible, lucha contra las drogas, corrupción, terrorismo y tráfico de armas; 2. económica: integración regional, promoción del libre comercio, acceso preferencial, cooperación internacional, promoción comercial y de inversiones, comercio de bienes y servicios, inversión extranjera, financiamiento internacional, propiedad intelectual, agricultura, energía y transportes; y 3. sociocultural: identidad andina, desarrollo social y patrimonio cultural.

La Comisión, en suma, se encarga de la formulación de la política exterior y de la cooperación; representa a la CAN en los asuntos y actos de interés común y suscribe los convenios y los acuerdos con los países, grupos de países o con organismos internacionales sobre temas globales de política exterior y cooperación. Se expresa mediante declaraciones o decisiones. Estas últimas, tienen jerarquía legislativa. Conjuntamente con la Comisión, le corresponde formular, ejecutar y evaluar la política general del proceso. La Comisión, en consecuencia, es un órgano de definición política, orientador e impulsador de acciones que al propio tiempo evalúa los resultados alcanzados y lo representa ante la comunidad internacional.

A pesar de logros importantes, hay que reconocer que todavía estamos experimentando dificultades en el avance de las tareas implicadas en el mercado ampliado, y en la construcción de consensos que se necesitan para construir una política común para nuestras relaciones exteriores. Estas dificultades son una expresión no solo de los diferentes enfoques acerca de la mejor manera de orientar a los países de desarrollo de nuestros, sino también de su dotación de recursos y sistemas de producción diferentes. Todo esto, a su vez, se refleja en las diferencias visibles en la valoración y la naturaleza de nuestras relaciones con terceros países, que sería una participación en la economía mundial más beneficiosa.

Los avances experimentados por la CAN, particularmente en el área del derecho de integración, hacen que los procesos de integración como el andino se conviertan en motivo de interés y preocupación para muchos gobiernos y analistas del proceso de integración latinoamericano. Esto se advierte, principalmente con el advenimiento de la nueva era de integración que marca el estatuto constitutivo de UNASUR, según el cual “la Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión [...] en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados”. Ello plantea la interrogante: ¿qué clase de integración estamos dispuestos a aceptar ahora en el nuevo entorno político social que viven los países andinos?

Los líderes políticos de nuestro subcontinente deben entender que la integración reafirma la soberanía. Como lo ha expresado el ex presidente Rodrigo Borja, “no hay incompatibilidad entre los conceptos de integración y soberanía: la integración no menoscaba sino que reafirma la soberanía estatal puesto que cada Estado, voluntariamente, se auto limita y se auto obliga a un cambio de las ventajas que les puede proporcionar la integración”.





## Anexo

# Resoluciones de la Asamblea de Ramas de la Asociación Americana de Juristas

## Declaración sobre la situación en Colombia

### *Considerando:*

1. Que el pueblo colombiano sufre desde hace más de sesenta años de un conflicto armado que afecta a la población civil, generando hechos tan atroces como masacres, ejecuciones extrajudiciales, el desplazamiento de pueblos indígenas, comunidades campesinas y afrodescendientes, desapariciones forzadas, asesinatos de sindicalistas, de defensoras y defensores de los derechos humanos, y abogados y abogadas defensores de las víctimas del conflicto armado, entre otros, que no pueden quedar en la total impunidad.
2. Que la comunidad internacional registra alarmada la degradación de la guerra fratricida, donde se han utilizado las más sofisticadas armas e inteligencia bélica, en un escenario mediatizado en que los principios y valores humanitarios son desplazados.
3. Que la alarmante persecución, intimidación y campañas de desprestigio a nivel nacional e internacional de los abogados y abogadas defensores de los derechos humanos y derechos fundamentales en Colombia, incluyendo amenazas, interceptaciones ilegales y seguimientos, como las emprendidas recientemente contra la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, debilitan e impiden el acceso a la justicia por parte de las víctimas.
4. Que los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, entre otras conductas tipificadas en los instrumentos internacionales, han sido práctica cotidiana de instituciones y agentes gubernamentales, así como de grupos paramilitares.

5. Que la violación sistemática del principio de distinción entre combatientes y no combatientes, establecida en los Pactos de Derechos Humanos, de los cuales Colombia es signataria, ha causado el agravamiento de la persecución a la población civil, el desplazamiento y desaparición forzada de personas y la estigmatización de los líderes sindicales, sociales y populares. Así mismo, jueces y magistrados, periodistas, defensores de los derechos humanos y de presos políticos y sindicales, continúan en la actualidad siendo amenazados y perseguidos.
6. Que continúan las desapariciones forzadas de personas, las ejecuciones extrajudiciales por parte de agentes del Estado, los falsos positivos, la persecución sistemática a opositores y magistrados de las Cortes, en particular de la Corte Suprema de Justicia, utilizando para ello las agencias de seguridad del Estado, como el Departamento de Seguridad DAS, desde donde se impuso un sistema de escuchas y seguimientos ilegales.
7. Que el acuerdo entre los Estados Unidos y Colombia para la instalación de siete bases militares, viola la Constitución Política del país, tal como lo ratificó la Corte Constitucional de Colombia.
8. Que el establecimiento de siete bases norteamericanas en territorio colombiano, no solo significa una grave afrenta a la soberanía e independencia nacional en función de los intereses imperiales bajo el pretexto de la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, sino también un peligro real a la seguridad y la paz de los pueblos del continente.
9. Que la XV Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas (AAJ) celebrada en la ciudad de Quito, Ecuador del 22 al 24 de septiembre de 2010, analizó la situación colombiana en dos mesas de trabajo y conferencias, incluyendo el peligro de que el conflicto armado colombiano se regionalice e internacionalice.

**Resuelve:**

1. Que la paz en Colombia solo se logrará mediante una solución política negociada al conflicto armado, libre de intervención de los EUA o cualquier otra potencia, el fin de la parapolítica, el fin de la impunidad, y un acuerdo humanitario. Colombia tiene derecho a la paz, sin la imposición de tratados de libre comercio, sin la entrega de su soberanía y sin bases militares extranjeras.

Por tanto, la AAJ exhorta al nuevo gobierno colombiano y a las partes en conflicto a generar los espacios de negociación política, en búsqueda de una pronta solución a la situación económica, política, social y militar que padece el país. Es fundamental promover espacios de diálogo que conduzcan a lograr la tan anhelada paz con equidad y justicia social.

2. Reitera que los países de América Latina y el Caribe han acumulado una larga y negativa experiencia relacionada a la instalación de bases militares extranjeras, o el uso de las nacionales existentes por fuerzas de Estados Unidos: han sido utilizadas como instrumento de políticas desestabilizadoras y de intervención en los asuntos internos de otras naciones del continente. Por tanto, la AAJ rechaza el acuerdo entre Colombia y los Estados Unidos, reclama que ninguna fuerza extranjera se asiente en los países del continente y ve la necesidad de que UNASUR y las demás organizaciones de la región realicen un esfuerzo de unidad que impida violaciones a la soberanía de los estados o intentos de desestabilización de sus gobiernos.
3. Llama a las organizaciones de juristas y de derechos humanos en el mundo a exigir al gobierno colombiano a cumplir con su obligación constitucional de proteger la vida e integridad física de los juristas y defensores y defensoras de los derechos humanos y de las víctimas del conflicto armado. Así mismo, llama al respaldo y solidaridad con los tribunales, jueces y los verdaderos demócratas de Colombia, que en cumplimiento de su deber tratan de combatir la inmensa impunidad que existe en los crímenes cometidos por funcionarios en su capacidad oficial y por grupos paramilitares.
4. Insiste en el principio de no participación directa o indirecta de los ejércitos extranjeros en el conflicto interno colombiano y exhorta al cese de la venta de armas y material bélico a Colombia.

Dada en la ciudad de Quito, Ecuador, a los 25 días del mes de septiembre de 2010.

*Vanessa Ramos*  
 Presidenta  
 AAJ Continental

*Hernán Rivadeneira*  
 Secretario General  
 AAJ Continental

## Declaración sobre la eliminación de tropas extranjeras en las naciones latinoamericanas

### *Considerando:*

1. Que Costa Rica desde 1949 abolió el Ejército con la finalidad de promover la paz y los derechos humanos.
2. Que en las últimas décadas otras naciones del continente han adoptado disposiciones constitucionales pacifistas y en rechazo de la presencia de bases militares de tropas extranjeras en sus suelos.
3. Que desde la ratificación del Tratado de Tlatelolco, América Latina se convirtió en el primer y único continente libre de armas nucleares.
4. Que las dictaduras militares parecieron desaparecer del continente excepto por el reciente golpe en Honduras auspiciado, como de costumbre, por los Estados Unidos.
5. Que América Latina no se encuentra en guerra ni pretende estarlo, así como tampoco amenaza ni es amenazada de agresión.
6. Que los niveles de pobreza en el continente hacen necesaria la transferencia de fondos de la milicia al desarrollo humano.
7. Que la presencia de bases militares extranjeras sin aparente o evidente situación justificante constituye una forma de agresión incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.
8. Que las bases extranjeras han sido causa y motivo de elevados niveles de tensión entre naciones hermanas y vecinas.

### *Acordamos:*

1. Repudiar la presencia de bases militares extranjeras en suelo latinoamericano, instando a los gobiernos de los países afectados por esta situación a concertar la eliminación de las mismas a la mayor brevedad posible.
2. Instar a los gobiernos para adoptar cláusulas constitucionales pacifistas que garanticen y mantengan la seguridad y la estabilidad de la región.

3. Repudiar rotundamente el permiso legislativo otorgado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica para que tropas militares estadounidenses realicen labores de policía en un país sin Ejército.
4. Exigir a los Estados Unidos para que cese la solicitud de dichos permisos o la presencia de bases en la región.

Dada en la ciudad de Quito, Ecuador, a los 25 días del mes de septiembre de 2010.

*Vanessa Ramos*  
 Presidenta  
 AAJ Continental

*Hernán Rivadeneira*  
 Secretario General  
 AAJ Continental

## Declaración sobre las Islas Malvinas

Visto:

Las amenazas del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de llevar a cabo maniobras militares en una parte del territorio de la República Argentina, las Islas Malvinas, ocupadas mediante la fuerza por la monarquía británica.

La escalada de violencia realizada en territorio argentino, que incluye disparo de proyectiles misilísticos, la instalación en Mount Pleasant, Isla Soledad, de una fortaleza militar con una extensa pista de aterrizaje y de un puerto naval donde atracan buques y submarinos de propulsión atómica.

El acompañamiento de la amenaza bélica con la concesión de yacimientos petrolíferos a la empresa petrolera británica Rochopper, entre otras, en territorio usurpado perteneciente a las Islas Malvinas en la provincia argentina de Tierra del Fuego.

Que la protesta de Buenos Aires fue arbitrariamente tratada por los apropiadores quienes advirtieron: “poseemos en las islas una fuerza militar suficientemente grande” (*The Times* de Londres, citando palabras del miembro ejecutivo de Malvinas, Jan Cheek), al tiempo que las autoridades de la metrópoli inglesa señalaban que “defenderemos los intereses en nuestros

territorios de ultramar” (intereses no solamente militares sino también, y fundamentalmente, económicos), aseveraciones muy similares a las pronunciadas, allá por la década de los años 50, cuando el imperio británico con la ayuda de los Estados Unidos, interviene para destruir la naciente democracia de Irán para asegurarse el control de sus reservas petroleras.

Que junto al otorgamiento de licencias de pesca en la plataforma continental argentina, a la violación del espacio aéreo y marítimo, estos hechos constituyen una provocación más, que unida a la implantación de varias bases militares de Estados Unidos –eterno socio de Londres– en territorio continental sudamericano, está destinado a militarizar y controlar la región.

### *Recordando que:*

1. La Resolución 1514 (XV) de las Naciones Unidas, Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, proclama poner fin rápidamente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones, en similar sentido que la Resolución 2065 del 16 de septiembre de 1965 aprobada por la XX Asamblea General de las Naciones Unidas y la Resolución 3160 del 14 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. La Resolución 31/49 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el punto 4 “insta a las dos partes a que se abstengan de adoptar decisiones que entrañen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación mientras las islas estén atravesando por un proceso recomendado en las resoluciones arriba mencionadas” (Res. 2065 y 3160), proponiendo poner fin a un período conflictivo entre ambas naciones caracterizado por diversas violaciones a la soberanía territorial argentina por parte de Gran Bretaña.
3. La Declaración de la XVI Asamblea General de la OEA reunida en Guatemala, en noviembre de 1986, respaldando el comunicado del gobierno argentino, que sostenía que la “zona de exclusión” decretada por Gran Bretaña alrededor de las Malvinas constituía una “amenaza cierta” a la paz.
4. La Resolución del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, del 4 de febrero de 1987 en Río de Janeiro, en la que el órgano consultivo del organismo panamericano ratificó que “la Argentina tiene inob-

jetable soberanía sobre las islas Malvinas”, y calificó como “un acto atentatorio no solo contra el derecho sino también contra la paz y la seguridad internacionales” la decisión británica de establecer una zona de exclusión pesquera en aguas ubicadas alrededor del archipiélago.

5. La Resolución del 1 de marzo de 1988, en la Reunión Extraordinaria del Consejo Permanente de la OEA realizada en Washington, en razón de las maniobras militares en el Atlántico Sur programadas unilateralmente por Gran Bretaña, bajo el nombre de “Fire Focus”.

#### *Considerando:*

1. Que esta nueva acción unilateral del Reino Unido de la Gran Bretaña constituye una nueva afrenta al ordenamiento jurídico internacional.
2. Que por encima de los intereses de las naciones rige el principio *pacta sum servanda*, no el del más poderoso, como pretendiera Hitler en el año 1937 cuando afirmara que “los tratados solo sirven para que la Nueva Alemania los incumpla”.
3. Que los actos del gobierno monárquico británico quebrantan la unidad nacional y la integridad territorial de un país, y son solo explicables como métodos colonialistas incompatibles con los propósitos y los principios de la Carta de las Naciones Unidas.
4. Que el cúmulo de acciones violatorias de la corona británica pone en peligro la paz de América Latina y del Caribe y resulta una intromisión inaceptable en la región con el fin de apropiarse de riquezas naturales propias e innegociables.
5. Se trata no solo de un nuevo atropello al innegable derecho del país invadido, sino que, también, al soberano derecho de las naciones de la región a tomar sus propias decisiones, a regir sus propios destinos, y a salvaguardar la dignidad de sus pobladores.
6. En el año en que gran parte de las naciones de la región celebran el bicentenario de la gesta independentista, pretendemos que se ponga fin definitivamente al colonialismo y a la amenaza extranjera en el territorio.

#### *Por ello, la Asociación Americana de Juristas:*

1. *Apoya* la protesta de la Cancillería argentina rechazando la realización de los actos denunciados. Acompaña, también, todas las accio-

nes pacíficas, apropiadas y conducentes tendientes a impedir que los mismos se efectivicen, ejerciendo las facultades que implican el ejercicio de la soberanía territorial y administración de aguas y espacio aéreo jurisdiccionales.

2. *Repudia* todo acto basado en políticas colonialistas, y a quienes participen directa o indirectamente en su realización, incluyendo a las empresas privadas involucradas. Merece un especial repudio aquellas empresas que, con asiento en el país objeto de tal violación, realizan operaciones comerciales que facilitan la consumación del despojo.
3. *Exhorta* a los Organismos Internacionales a tomar resoluciones conducentes para el efectivo cumplimiento del orden internacional vigente, en especial de sus propias resoluciones.
4. *Exhorta* a los presidentes de UNASUR, Mercosur, la Comunidad Andina y el Grupo de Río, a pronunciarse en rechazo a estas nuevas acciones del Reino Unido que ponen en riesgo la estabilidad de la región, en defensa de los principios internacionales, de la soberanía territorial y los recursos naturales de los países que la integran.
5. *Declara* que la República Argentina tiene derecho a disponer las medidas de represalia económica respecto a la Gran Bretaña y a las empresas de ese origen radicadas en el país, hasta resarcirse de los daños y perjuicios que le provoquen las medidas anunciadas.
6. *Convoca* a todas las fuerzas políticas, sociales y culturales, a los intelectuales e instituciones de Latinoamérica y el Caribe a repudiar este nuevo acto ilegítimo, reafirmando los derechos de soberanía Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes como parte de su territorio nacional, acompañando al gobierno argentino en su reclamo, sin distinción de pertenencia partidaria o intereses sectoriales.

Dada en la ciudad de Quito, Ecuador, a los 25 días del mes de septiembre de 2010.

*Vanessa Ramos*  
Presidenta  
AAJ Continental

*Hernán Rivadeneira*  
Secretario General  
AAJ Continental

## Declaración sobre los derechos humanos de los mapuche y la gravedad de la huelga de hambre de los prisioneros mapuche

A 25 de septiembre del 2010, convocados los juristas de América en Quito a la XV Conferencia de la Asociación Americana de Juristas, en la sede de la Universidad Andina Simón Bolívar y ante la gravedad de la huelga de hambre de los prisioneros mapuche en las cárceles de Chile, que ha cumplido 75 días, declaramos:

1. A partir del 12 de julio del presente año 2010 se encuentran en huelga de hambre en las cárceles de Concepción, Temuco y Valdivia 34 presos políticos mapuche, dos de ellos menores de edad, exigiendo:
  - a) Fin de la Ley Antiterrorista, o modificación sustantiva que elimine las acciones contra la propiedad y el incendio como acciones terroristas y la utilización de los testigos protegidos y sin rostro.
  - b) No aplicación de la Justicia Militar a los presos políticos mapuche.
  - c) Fin a los montajes judiciales.
  - d) Fin a la política de militarización de las zonas mapuche y la criminalización de sus demandas.
  - e) Respeto de las garantías del debido proceso y juicios justos.
  - f) Dar cumplimiento a los acuerdos y recomendaciones formulados por los organismos internacionales y disposiciones del Convenio 169 de la OIT.
2. Como defensores y defensoras de derechos humanos expresamos nuestra preocupación por la intolerancia del Gobierno del Presidente de la República, Sr. Sebastián Piñera Echeñique, quien se ha negado a establecer un dialogo con los huelguistas o sus representantes para buscar una solución a sus demandas, las que dicen relación con sus legítimas exigencias en el marco de los procedimientos judiciales incoados en su contra.
3. Los abajo firmantes reiteran las declaraciones formuladas en mayo del presente año, por la Asociación Americana de Juristas ante el Consejo de Derechos Humanos de ECOSOC en reunión de Gine-

bra, en la cual se expresa entre otras consideraciones la “Responsabilidad internacional de Chile de desarrollar políticas sociales, económicas y culturales adaptadas a sus comunidades indígenas”, y de “respetar las normas de los Instrumentos Internacionales específicos sobre la materia que ha suscrito, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. Así como poner fin a la represión a las comunidades mapuche y la persecución contra sus dirigentes”.

4. La misión desarrollada por la Asociación Americana de Juristas compuesta por destacados juristas y defensores de derechos humanos chilenos y argentinos, en el mes de enero de 2008, constató in situ las graves violaciones a los derechos humanos denunciadas por las comunidades indígenas en la Región de la Araucanía y por los presos políticos mapuche, efectuando un completo y detallado informe de los antecedentes recopilados y puestos a disposición de las autoridades chilenas, llamando al Estado y al Gobierno chileno a terminar con la legislación antiterrorista y la Justicia Militar, y condenó su uso y aplicación a los luchadores mapuche, a fin de cumplir con los estándares internacionales de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

Del mismo modo, las violaciones a los derechos humanos fundamentales de los mapuche han sido constatadas por diversos organismos internacionales de derechos humanos, órganos o agencias del sistema de Naciones Unidas como el Relator Especial sobre Libertades Fundamentales y Derechos de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, el Comité de Derechos Económicos y Sociales (DESC) de la ONU, el Comité de Derechos Humanos de la ONU y organizaciones internacionales de derechos humanos como Human Rights Watch, Amnistía Internacional y Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH).

5. Pedimos a las autoridades del Poder Ejecutivo una respuesta humanitaria urgente, que abandone el orgullo y la soberbia ante el gesto dramático que han levantado los presos mapuche e inicie una mesa de dialogo con la participación de los presos en huelga de hambre o sus representantes de inmediato, en orden a no avanzar en una es-

calada de violencia contra el pueblo mapuche y a rectificar la actual política discriminatoria aplicada a las históricas demandas del pueblo mapuche que el Estado de Chile sigue vulnerando.

6. Nos declaramos observantes de los acontecimientos y conmocionados por la insensibilidad del Estado chileno frente al avance de la huelga de hambre y esperamos que el principio y el valor superior de la vida abran las puertas al dialogo constructivo.
7. Hacemos llegar a los presos políticos mapuche en las cárceles chilenas y especialmente a los que se encuentran en huelga de hambre, a sus familiares, a sus comunidades y organizaciones nuestra solidaridad y nuestro apoyo, esperando que el duro camino que han tomado no cobre una vida para avanzar en el camino de la justicia.

Dada en la ciudad de Quito, Ecuador, a los 25 días del mes de septiembre de 2010.

*Vanessa Ramos*  
Presidenta  
AAJ Continental

*Hernán Rivadeneira*  
Secretario General  
AAJ Continental

## Resolución sobre el caso de los cinco patriotas cubanos

Los delegados y delegadas a la Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas (AAJ), reunidos en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, entre el 22 y el 25 de septiembre de 2010, acuerdan condenar el injusto encarcelamiento al que son sometidos cinco cubanos, luchadores contra el terrorismo, en cárceles de los Estados Unidos de América, durante doce años.

Los patriotas cubanos Gerardo Hernández Nordelo, Antonio Guerrero Rodríguez, René González Schwerert, Fernando González Llort y Ramón Labañino Salazar, fueron víctimas de un proceso legal violatorio del derecho al debido proceso; el que, dado su marcado carácter político, ha puesto de relieve la intromisión del ejecutivo norteamericano en las decisiones del poder judicial.

Entre los principales argumentos que ponen en evidencia el carácter antijurídico de la actuación de las autoridades judiciales se encuentran: la decisión de no aceptar las vistas del juicio oral en otra localidad que no fuera Miami, ciudad que no podía garantizar un juicio justo e imparcial, la selección del jurado, las presiones contra los mismos durante el desarrollo del proceso, la falta de relación entre la instrucción de la jueza y el veredicto del jurado, la condena a Gerardo por el delito de conspiración para cometer asesinato en primer grado, por encima de los argumentos del gobierno de que no contaba con elementos que la sustentaran más allá de una duda razonable, las condenas por conspiración para cometer el delito de espionaje, sin fundamentación de evidencias de peligro o daño a la seguridad nacional de los Estados Unidos, violación del precedente judicial en relación con la Doctrina de Estado y la Inmunidad Soberana.

A lo anterior se unen el desconocimiento del fallo del Panel de Jueces de la Corte de Apelaciones del XI Circuito de Atlanta, de fecha 9 de agosto de 2005, donde se declaró nulo el proceso y se ordenó realizar un nuevo juicio en una sede distinta a Miami, el no tener en cuenta la opinión del Grupo de Trabajo sobre detenciones arbitrarias de las Naciones Unidas, en el propio año 2005, que declaró arbitrario el proceso contra los cinco cubanos, así como las violaciones de los derechos humanos en relación con la negativa de visitas a las esposas de Gerardo y René.

También se incluyen la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de no conocer el recurso presentado por el equipo de la defensa, acompañado por 12 escritos *amicus curiae*, que entre otros contenían la firma de 10 Premios Nóbel y de numerosos líderes de la abogacía mundial y defensores de los derechos humanos, la decisión del XI Circuito de apelaciones de Atlanta, de no someter al proceso de resentencia a Gerardo Hernández, con el argumento de que al tener otra cadena perpetua no procedía el beneficio de la misma, hasta llegar a la incertidumbre de si el Habeas Corpus presentado a favor de Gerardo Hernández el pasado 14 de junio, será aceptado y las condiciones de reclusión crueles e injustas, a que son sometidos, violatorias de las normas mínimas para el tratamiento de los reclusos, reconocidas internacionalmente.

Estos argumentos demuestran lo injusto y arbitrario del proceso legal más dilatado en la historia judicial de los Estados Unidos y de las largas e injustificadas condenas a las que están siendo sometidos estos

valerosos cubanos por defender a su patria y al propio pueblo norteamericano del flagelo del terrorismo.

Por todo lo anterior *exigimos* que el Presidente de los Estados Unidos de América, Barack Obama, en atención a las prerrogativas que le concede la Ley norteamericana, ponga fin a tanta injusticia y los ponga en libertad ya.

Dada en la ciudad de Quito, Ecuador, a los 25 días del mes de septiembre de 2010.

*Vanessa Ramos*  
Presidenta  
AAJ Continental

*Hernán Rivadeneira*  
Secretario General  
AAJ Continental

## Declaración sobre el caso colonial de Puerto Rico

### *Considerando:*

1. Las reiteradas decisiones del Comité Especial de Descolonización de la ONU relativas a Puerto Rico, en especial, la decisión del 21 de junio de 2010 y la Declaración sobre la concesión de la independencia de los países y pueblos coloniales, contenida en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.
2. El 25 de julio de 2010 se cumplieron ciento doce años de la intervención de los Estados Unidos de América en Puerto Rico, sin que se haya logrado un proceso de descolonización para Puerto Rico.
3. Existe consenso en el pueblo de Puerto Rico a favor de que se liberen a los prisioneros políticos puertorriqueños, Oscar López Rivera, quien por más de 29 años se encuentra encarcelado, y a Avelino González Claudio, a causa de la lucha por la independencia de su país. Tanto Oscar como Avelino y los demás presos políticos, han sufrido la represión e intimidación a causa de sus creencias políticas. Avelino está cumpliendo una condena en Nueva York se encuentra en reclusión solitaria, a pesar de que está enfermo de Parkinson. Tampoco se le provee el tratamiento médico adecuado para su condición.

4. El Gobierno de los Estados Unidos de América en su Informe Barrales admitió el carácter colonial del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, que coloca a Puerto Rico como una propiedad sujeta a la venta, permuta y uso indiscriminado de sus recursos.
5. El Gobierno de los Estados Unidos mantiene aproximadamente 1.512,631 acres de tierra en la Isla para sus instalaciones militares que le permiten utilizar instrumentos electromagnéticos como radares, Rayos Láser de Alta Intensidad, (High Energy Lasers, HEL) en varios puntos de la isla como El Yunque, según el Informe de Estructuras de Base de 2007 (Base Structure Report 2007).
6. En Aguada le permite control de las comunicaciones submarinas, así como identificación de recursos naturales, bases submarinas y operaciones de otras naciones en sus bases. Estas instalaciones operan con el código NAU para el programa militar Sleight of HAND, que genera serios problemas de intervención con la soberanía de los pueblos de América, al utilizar sobre sus territorios nacionales la ionosfera, con fines militares, así como crea problemas ambientales.
7. En Arecibo, Puerto Rico, los Estados Unidos mantiene un radar que es parte de las operaciones de su Departamento de Defensa. Junto a Aguada, con el nombre de código NAU opera un derivado del Programa de la Naval Office of Research y el Air Force Research Laboratory, antes llamado High Frequency Active Auroral Research Project y ahora llamado Sleight of HAND. Sleight of HAND se utiliza para resolver un problema de contaminación ambiental de los cinturones de radiación favoreciendo a los satélites que orbitan la tierra sobre el medioambiente sobre Puerto Rico y los demás pueblos de América.
8. En Arecibo opera un calefactor de la ionosfera, que según admitió en 2007 el Director del Radar de Arecibo, Robert Kerr, es parte del Departamento de Defensa y funciona bajo el nombre del Centro Ionosférico y Atmosférico Nacional (NAIC), el cual es parte del programa High Active Auroral Research Project, dedicado a manipular la ionosfera con fines militares.
9. El Radar de Arecibo puede operar niveles de energía entre 4.000 MHz en su frecuencia alta; y 40.000 MHz en su frecuencia baja.

Todos estos sistemas en conjunto le proveen la capacidad a los Estados Unidos de operar un escudo antimisiles en América. Estos aditamentos operan a niveles de energía que superan los límites recomendados y establecidos por la ONU que es de 10 MHz. Operan por períodos continuos de hasta 24 horas cuando el máximo período recomendado es de 6 minutos.

10. El desastre ambiental producido por las maniobras militares de la Marina de Guerra de los Estados Unidos en las islas municipios de Vieques y Culebra continúa sin resolverse. No se ha limpiado de forma segura ni se han devuelto las tierras descontaminadas.
11. Según el informe Sea Disposal of Military Munitions de 2008, emitido por el Defense Environmental Program Annual Report al Congreso estadounidense, se han depositado en Vieques y en las aguas territoriales de Puerto Rico 22 toneladas de gas mostaza, Chloride Cyanogen y Tabun, así como otros envases y objetos con diversos desperdicios químicos. Todos estos químicos son mortíferos, y el tabún se considera un arma de destrucción masiva según la Resolución 687 de las Naciones Unidas y su manejo está estrictamente controlado por la Convención de Armas Químicas de 1993.
12. El Cuerpo de Ingenieros de los Estados Unidos en su informe sobre Former Used Defense Sites (FUDS), de julio de 2009, identificó la cantidad de 61 lugares en Puerto Rico contaminados con armas químicas debido a que se utilizó las áreas urbanas para deshacerse de las armas químicas, a tenor con el Tratado de Eliminación y Reducción de Armas Químicas.
13. Conforme con dicho estudio, todas esas zonas urbanas y rurales de Puerto Rico continúan sin que se les haya aplicado ninguna medida de mitigación o limpieza.
14. Se ha establecido una relación entre los niveles de radiación electromagnética y el cáncer. Para camuflar las operaciones, se denomina como “ondas de radio” lo que es radiación electromagnética altamente letal y electrones acelerados que caen bajo la definición de energía nuclear. Existe relación entre enfermedades tales como leucemia infantil, cáncer, enfermedades cerebro-vasculares como el Alzheimer, Parkinson, arteriosclerosis y una alta incidencia de suicidios y las

- emanaciones de sistemas de radares, antenas y estaciones generadoras de energía.
15. Los gobiernos coloniales de Puerto Rico no han asumido responsabilidad por estas actuaciones militares, dejando a la población expuesta e indefensa.
  16. El gobierno actual entrega más aún los derechos del pueblo mediante la imposición de la Ley 7 de 2009, que beneficia al sector financiero, profundizando la crisis y el proceso de privatización de los bienes y de las agencias que ofrecen bienes y servicios. Cónsono con esta política, de 2009 a 2010 se han despedido un promedio de 30 mil trabajadores públicos y a miles en el sector privado.
  17. Se menoscaban los derechos adquiridos de los trabajadores y trabajadoras, se entregan sin fiscalización alguna los recursos naturales mediante la nueva Ley de Permisos que solo favorece a los proyectistas partidarios de políticas neoliberales del gobierno.
  18. Bajo la justificación de emergencia nacional, por tiempo indefinido, el gobernador dicta decretos y órdenes ejecutivas que pretenden eliminar las funciones de las agencias administrativas que protegen el ambiente y activa a la Guardia Nacional y a la Fuerza Policial con el propósito de reprimir la expresión legítima y la protesta social, violando derechos fundamentales de empleados, estudiantes y profesores y todo aquél que disienta del partido en el poder.
  19. El derecho a la educación de los estudiantes a todos los niveles está en peligro, aún cuando la Constitución de Puerto Rico garantiza la educación de los niños y niñas de los grados primarios y secundarios.
  20. La consecuente represión física de los estudiantes y los profesores de la Universidad de Puerto Rico, a quienes además se les ha restringido los derechos a la libre expresión y reunión, y cuyos reclamos válidos solo reflejan lo que la sociedad en general reclama, es una violación de derechos humanos que se sigue repitiendo cada vez que se exige transparencia en la administración de la Universidad y en las transacciones del gobierno.
  21. Otros sectores también han sido víctimas de las políticas del actual gobierno, por ejemplo, el Ilustre Colegio de Abogados de Puerto Rico. Con la derogación de la legislación sobre su colegiación obligatoria es

un intento por debilitar la militancia del Colegio de Abogadas y Abogados de Puerto Rico. El Colegio siempre ha defendido los derechos humanos, la justicia social y ha velado por el cumplimiento de las leyes y reglamentos para el mejoramiento de la sociedad puertorriqueña.

22. El Ejecutivo de Puerto Rico está desmantelando el sistema de producir energía, debilitando con ello el sistema de protección medioambiental y autorizando industrias altamente contaminantes como son los incineradores de basura, la quema de carbón y un gasoducto, cuando se pueden desarrollar otros medios de producción de energía menos contaminantes.
23. El gobierno actual controla la Legislatura y la Rama Ejecutiva y pretende controlar la Judicatura con el propósito específico de que se haga caso omiso de los procedimientos y la legislación, trastocando aún más el sistema democrático del país para su propio beneficio económico y político.

*Por tanto, la Asamblea de la Asociación Americana de Juristas:*

1. Somete al Comité Ejecutivo de la AAJ Continental que, a través de las representaciones en Ginebra y Nueva York, solicite a la Asamblea General y a los organismos pertinentes de las Naciones Unidas y mediante los procedimientos adecuados, que examine de manera amplia y en todos los aspectos la cuestión de Puerto Rico, para que se denuncie a nivel internacional la situación colonial de Puerto Rico.
2. Somete a consideración del Comité Ejecutivo de la AAJ que utilice las medidas pertinentes y procedimientos especiales, para denunciar y exigir al Gobierno de los Estados Unidos, conforme con la necesidad de garantizar al pueblo puertorriqueño su derecho inalienable a la libre determinación e independencia y la protección de sus derechos humanos.
3. Entre los deberes de protección de los derechos humanos se encuentra el de estar libre del peligro que representan estas instalaciones militares para la soberanía, independencia, integridad, salud de la población y el medioambiente, lo cual depende en gran parte de que se descontaminen, devuelvan y desarrollen de forma sustentable todas las tierras ocupadas por las instalaciones militares en Puerto Rico.

4. Se le solicite al Presidente de los Estados Unidos que libere a los presos políticos Oscar López Rivera, Avelino González Claudio y que conmute las sentencias económicas de aquellos que aún sufren las consecuencias de las sentencias relacionadas con la lucha por la paz en Vieques.
5. Se remita una comunicación con el contenido de esta Resolución a la Organización Mundial de la Salud, para que investigue el impacto en la salud del pueblo de Puerto Rico debido a las instalaciones y operaciones militares, y las substancias químicas utilizadas en los 61 lugares utilizados para desechar dichas armas en Puerto Rico. El proceso investigativo debe extenderse no solo para Puerto Rico, así como también a los países en los que Estados Unidos intenta que opere el “Sleight of HAND”, como en la República Argentina.
6. Se remita esta Resolución a distintas organizaciones no gubernamentales y colegios como el de abogados, médicos y trabajadores sociales y los relacionados con la salud, para su conocimiento, difusión y acciones pertinentes.

Dada en la ciudad de Quito, Ecuador, a los 25 días del mes de septiembre de 2010.

*Vanessa Ramos*  
 Presidenta  
 AAJ Continental

*Hernán Rivadeneira*  
 Secretario General  
 AAJ Continental

## Elección de la Junta Directiva de la AAJ Continental, período 2010-2013

### Nueva directiva electa

Nombre	Cargo	País
Vanessa Ramos	Presidenta	Puerto Rico
Hernán Rivadeneira	Secretario General	Ecuador
María Cristina Hammermueller	Secretaria General Adjunta (Tesorería)	Argentina
Raudilio Martín Sánchez	1er. Vicepresidente	Cuba

- La Asamblea aprobó una moción para autorizar al Comité Ejecutivo de la AAJ que, una vez reorganizadas las Ramas inactivas, se incorporarán al C. Ejecutivo a la persona designada por la Rama respectiva, para que las represente en este organismo.
- Waldo Albarracín (Bolivia), Emma Ortega (Ecuador), Andrés Coello (Perú) y René Maugé Mosquera (Ecuador) fueron electos para integrar el *Consejo Consultivo de la AAJ*
- Se constituye un *Comité de Apoyo a la Tesorería* integrado por Martín Almada (Paraguay, y preside el Comité), Stewart Istvanffy (Canada), Lucía Garcés (Tesorera, AAJ Rama Ecuador), Edurne Iriondo (País Vasco y representante de la AAJ en Ginebra).

## Conferencia Continental

- Se aprueba una felicitación a la Rama Ecuatoriana por su gran organización y por los esfuerzos exitosos y, además, un gran agradecimiento a la Universidad Andina por todo su apoyo. Hernán Rivadeneira, presidente de la R. E., agradece a los delegados extranjeros, recuerda la entrega de los certificados, y distribuye Constituciones del Ecuador para las Ramas.

## **Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador**

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Es un organismo del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene su Sede Central en Sucre, Bolivia, una sede nacional en Quito, Ecuador, una sede local en La Paz, Bolivia, y una oficina en Bogotá, Colombia.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en el Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador; y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.