



Derechos humanos emergentes y justicia constitucional

María Constanza Ballesteros Moreno

Ana María Jiménez Pava

Editoras académicas



Derechos humanos emergentes y justicia constitucional

Derechos humanos emergentes y justicia constitucional

María Constanza Ballesteros Moreno
Ana María Jiménez Pava

EDITORAS ACADÉMICAS



Rodríguez Villabona, Andrés Abel

Derechos humanos emergentes y justicia constitucional / Andrés Abel Rodríguez Villabona [y otros seis autores]; Editoras académicas, María Constanza Ballesteros Moreno y Ana María Jiménez Pava, Bogotá: Ediciones USTA, 2020.

182 páginas; tablas

Incluye referencias bibliográficas e índice analítico y de autores

ISBN: 978-958-782-331-8

E-ISBN: 978-958-782-332-5

1. Derechos humanos -- Colombia 2. Derechos humanos (Derecho internacional) 3. Administración pública 4. Derecho constitucional 5. Mujeres -- Condición social 6. Derecho a morir dignamente -- Legislación -- Colombia 7. Estado social de derecho I. Universidad Santo Tomás (Colombia).

CDD 344.04

CO-BoUST



© Andrés Abel Rodríguez Villabona, Ana María Jiménez Pava, Iris Marín Ortiz, María Constanza Ballesteros Moreno, Carlos Alberto López Cadena, Norhy Esther Torregrosa Jiménez y David Medina Hernández, autores, 2020

© María Constanza Ballesteros Moreno y Ana María Jiménez Pava, editoras académicas, 2020

© Universidad Santo Tomás, 2020

Ediciones USTA

Bogotá, D. C., Colombia

Carrera 9 n.º 51-11

Teléfono: (+571) 587 8797, ext. 2991

editorial@usantotomas.edu.co

<http://ediciones.usta.edu.co>

Corrección de estilo: Margarita Mejía

Diagramación y montaje de cubierta: Martha Cadena

Impresión: DGP Editores S.A.S.

Hecho el depósito que establece la ley

ISBN: 978-958-782-331-8

E-ISBN: 978-958-782-332-5

Primera edición, 2020

Esta obra tiene una versión de acceso abierto disponible en el Repositorio Institucional de la Universidad Santo Tomás: <https://repository.usta.edu.co/>

Universidad Santo Tomás

Vigilada Mineducación

Reconocimiento personería jurídica: Resolución 3645 del 6 de agosto de 1965, Minjusticia
Acreditación Institucional de Alta Calidad Multicampus: Resolución 01456 del 29 de enero de 2016, 6 años, Mineducación

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización expresa del titular de los derechos.

Impreso en Colombia • *Printed in Colombia*

Contenido

INTRODUCCIÓN	11
NUEVOS DERECHOS, DERECHOS EMERGENTES: ENTRE RUPTURAS Y CONTINUIDADES	17
Andrés Abel Rodríguez Villabona	
Introducción	17
El escepticismo frente a los nuevos derechos	20
La fundamentación jurídica de los nuevos derechos	25
Consideraciones finales	34
Referencias	37
RECLUTAMIENTO ILÍCITO EN EL ACUERDO DE PAZ ENTRE EL GOBIERNO Y LAS FARC-EP DESDE EL DERECHO A LA VERDAD Y LA JUSTICIA	41
Ana María Jiménez Pava	
Introducción	41
La DUDHE en el contexto colombiano	42
El derecho a la justicia en el ordenamiento internacional	44
El acuerdo final para la terminación del conflicto en Colombia como herramienta de la justicia transicional	48
El reclutamiento ilícito y el acceso a la justicia	51
Marco general de la protección especial de los niños y las niñas	54
El reclutamiento ilícito según la legislación colombiana	56
El reclutamiento ilícito en el Acuerdo de Paz y sus normas reglamentarias	58

Análisis del reclutamiento ilícito en el Acuerdo de Paz conforme a los estándares internacionales	60
Conclusiones	75
Referencias	78
 LA PAZ INTEGRAL: EL DERECHO A LA PAZ Y LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR EL ACUERDO DE PAZ	 81
Iris Marín Ortiz	
Introducción	81
La Constitución de 1991 y el alcance de la obligación constitucional de cumplir el Acuerdo de Paz	83
El cumplimiento del Acuerdo de Paz: paz positiva, reparación colectiva y garantías de no repetición	94
Conclusiones	118
Referencias	119
 LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EMERGENTES Y LOS DERECHOS DE LA MUJER EN COLOMBIA	 123
María Constanza Ballesteros Moreno Carlos Alberto López Cadena Norhy Esther Torregrosa Jiménez	
Introducción	123
La formulación de los derechos de las mujeres dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes	125
Los derechos de las mujeres en el ordenamiento jurídico colombiano	128
Conclusión	140
Referencias	140
 EL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EMERGENTES: ANÁLISIS SOBRE SU RECONOCIMIENTO EN COLOMBIA	 143
David Medina Hernández	
Los derechos humanos emergentes: una oportunidad para asumir los desafíos actuales del mundo global bajo una comprensión integral y holística	144

Derecho a la muerte digna: reconocimiento, avances y tensiones en Colombia	151
El reconocimiento del derecho a la muerte digna en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes	151
El alcance del derecho a la muerte digna en Colombia. Debates y perspectivas	152
La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la muerte digna	153
Los debates en el Congreso de la República	156
Consideraciones finales	165
Referencias	170
 SOBRE LOS AUTORES	 173
 ÍNDICE ANALÍTICO	 177

Lista de siglas

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño (1989/1990)
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
Coalico	Coalición contra la vinculación de niñas, niños y jóvenes al conflicto armado en Colombia
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional
DDR	Desmovilización, desarme y reintegración de excombatientes
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DPI	Derecho Penal Internacional
DUDHE	Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes
ELN	Ejército de Liberación Nacional
Farc-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo
ICBF	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
ICTJ	Centro Internacional para la Justicia Transicional
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
OPAC	Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (sigla en inglés)

PATR	Planes de Acción para la Transformación Regional
PDET	Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial
PNIS	Programa Nacional Integral de Sustitución de cultivos de uso ilícito
SIDH	Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
SIVJRNR	Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición
UBPD	Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado
Unicef	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (acrónimo en inglés)

Introducción

La presente obra, titulada *Derechos humanos emergentes y justicia constitucional*, es el resultado del trabajo de diferentes grupos de autores articulados a través del Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Estos investigadores han logrado reunir sus esfuerzos para contribuir al debate y el desarrollo de lo que hoy se conoce como la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (DUDHE), verificando así los factores de cohesión y cooperación conforme con la política de Colciencias.

La DUDHE representa la expresión de voluntades de la sociedad civil, cuyo propósito es promover la revisión y ampliación del marco de derechos humanos existente y así superar los retos que plantean contextos de violaciones continuas y crecientes de los derechos humanos a nivel global. Las diferentes perspectivas recogidas en este trabajo colectivo de investigación constituyen, además, un importante aporte de la Universidad Santo Tomás a la construcción de la paz en Colombia, en un momento histórico de transición que parte del reconocimiento de las graves violaciones de derechos humanos que han tenido lugar en el marco del conflicto armado colombiano y de la necesidad de que se materialicen reformas estructurales para reducir las desigualdades y la discriminación en Colombia.

La construcción de los capítulos que aquí se integran giró en torno a un único proyecto, nacido a partir de la formulación de un problema de investigación que responde a la inquietud de establecer la necesidad de vincular la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (DUDHE) dentro del ordenamiento jurídico colombiano. En este sentido, el objetivo transversal consiste en determinar los retos de los derechos humanos frente al surgimiento de las nuevas necesidades de protección, al concepto de dignidad humana y su fundamentación jurídica, concretamente en relación con determinados derechos, como la igualdad entre hombres y mujeres, y la muerte digna; y dentro del marco del posacuerdo, en el caso del derecho a la paz y la protección del interés superior de niños y niñas.

De manera general, todos los capítulos evidencian la aplicación de un método empírico-analítico basado en la experiencia y el análisis de los fenómenos que se examinan en cada capítulo. Se acude al análisis jurisprudencial, a la hermenéutica y a la dogmática jurídica. Se utiliza la metodología cualitativa con un enfoque jurídico que profundiza en los principales debates que plantea la DUDHE en el contexto colombiano, sobre todo en cuanto a la implementación del *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, firmado entre el Gobierno colombiano y las Farc-EP en noviembre de 2016, y a la implementación del marco jurídico internacional de derechos humanos en Colombia.

El primer capítulo de este libro se denomina “Nuevos derechos, derechos emergentes: entre rupturas y continuidades”. Partiendo de la base de que uno de los retos más destacables respecto de los denominados derechos humanos emergentes es el de su fundamentación jurídica e institucional, el investigador Andrés Abel Rodríguez genera un debate en torno a la necesidad de la renovación del concepto de dignidad humana y la definición empírica de nuevas necesidades en el marco de una intensificación de la globalización. Se analiza cómo el desarrollo histórico de los derechos ha estado marcado por las visiones políticas imperantes en cada época, por ejemplo, las del liberalismo; y cómo las necesidades actuales de diversos colectivos históricamente discriminados —como los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y las mujeres, entre otros— demandan una mirada renovada

de sus derechos que dé prevalencia a intereses colectivos sobre intereses individuales.

En el segundo capítulo, titulado “Reclutamiento ilícito en el Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las Farc-EP desde el derecho a la verdad y la justicia”, Ana María Jiménez se propone analizar cómo los niños y las niñas víctimas de la guerra son acreedores de unos derechos y de una protección especial, hecho que ha ido cobrando visibilidad en los últimos diez años debido a las transformaciones de los conflictos armados y su impacto diferenciado en la infancia. En este horizonte, la autora estudia la relevancia que tienen para las víctimas de reclutamiento ilícito tales derechos en el Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno colombiano y las Farc-EP en 2016, de cara a lo establecido en instrumentos internacionales de derechos humanos, y en los principios y derechos de la DUDHE. En particular, estudia las diversas normas contenidas en el Acuerdo Final y sus disposiciones reglamentarias para establecer hasta dónde los niños y las niñas que han hecho parte de los grupos armados recibirán el tratamiento de víctimas de una de las peores formas de explotación infantil. A partir de sus hallazgos, la autora identifica algunas acciones que pueden guiar a los organismos creados por el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) para garantizar el interés superior de los niños y las niñas en sus actuaciones frente a este crimen de guerra.

En el tercer capítulo, titulado “La paz integral: el derecho a la paz y la obligación de cumplir el Acuerdo de Paz”, Iris Marín Ortiz continúa con el análisis iniciado en el capítulo precedente; realiza el estudio del alcance del derecho a la paz establecido en la DUDHE y del contenido normativo de este derecho en Colombia en relación con la firma del Acuerdo de Paz. En particular, plantea que los contenidos de paz positiva del Acuerdo de Paz constituyen medidas de reparación colectiva para las comunidades más afectadas por el conflicto armado, lo cual se ve reflejado en las medidas relacionadas con la reforma rural integral. Igualmente, concluye que la reparación colectiva a dichas comunidades se debe realizar a través de su participación activa en los diferentes programas y mecanismos en implementación a nivel territorial. Su análisis refuerza los hallazgos de los primeros dos capítulos, en tanto demuestra que los contenidos de los derechos de las víctimas

de los conflictos armados han ido evolucionando con el tiempo y se relacionan no solo con la justicia transicional, sino también con el fortalecimiento democrático y del Estado Social de Derecho.

En el capítulo cuarto, bajo el título “La Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes y los derechos de la mujer en Colombia”, los investigadores María Constanza Ballesteros Moreno, Carlos Alberto López Cadena y Norhy Esther Torregrosa Jiménez plantean que pese a que en Colombia los derechos de las mujeres han ido cobrando mayor relevancia gracias al principio de la igualdad y no discriminación, es necesaria una lectura diferencial de sus derechos de cara al contexto internacional, el cual evidencia que la materialización de tales derechos enfrenta grandes barreras que ameritan acciones concretas de los Estados, como lo plantea la DUDHE. De igual forma, los autores concluyen que si bien en Colombia se han dado pasos importantes para lograr la igualdad entre hombres y mujeres —en parte gracias a la eficaz intervención de la Corte Constitucional y a la ratificación de instrumentos internacionales—, es necesario lograr un cambio de mentalidad social y de voluntad política, además de realizar transformaciones estructurales de la educación, lo cual responde a las aspiraciones de la DUDHE.

Por último, en el capítulo quinto, titulado “El derecho a una muerte digna en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes: análisis sobre su reconocimiento en Colombia”, David Medina estudia la necesidad de dar una nueva lectura a los derechos humanos partiendo de las teorías de autores como Hopgood, Álvarez Icaza y Alston, teniendo en cuenta los cambios del contexto global y, en particular, de aquellas situaciones que generan debates frente a su abordaje legal, de la tensión entre algunos derechos como el de la vida digna y la salud, como es el caso del derecho a la muerte digna.

Como conclusión transversal, es posible afirmar que las necesidades y demandas de los sujetos y colectivos más vulnerables y discriminados se han transformado en las últimas décadas, lo cual requiere una revisión de los derechos existentes, y el planteamiento de nuevas visiones que amplíen el panorama de la participación democrática y que cuestionen la mirada individualista de algunos derechos, de cara a los intereses colectivos y al bien común.

Además, se reconoce que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con herramientas importantes que permiten ampliar la protección de derechos en respuesta al surgimiento de nuevas necesidades, gracias al bloque de constitucionalidad, a la cláusula constitucional del Art. 94 y a los principios y valores constitucionales; dentro de un concepto amplio y dinámico de dignidad humana, dichos elementos hacen posible tener en cuenta derechos nuevos, derechos extendidos o nuevas interpretaciones.

Los cinco capítulos de este libro son el producto del proyecto de investigación que lleva su mismo nombre, y fue financiado en su totalidad por la Universidad Santo Tomás como una apuesta a la construcción de una nueva sociedad en Colombia, respetuosa de los derechos humanos, y de los principios, valores y derechos de la igualdad y la dignidad humana. Con toda seguridad, a partir de los planteamientos de esta obra surgirán reflexiones interesantes que aporten argumentos al debate académico sobre los derechos emergentes en un contexto cambiante, que requiere revisar los logros alcanzados desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos hasta la fecha, así como también los retos existentes.

MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO
ANA MARÍA JIMÉNEZ PAVA
Editoras académicas

Nuevos derechos, derechos emergentes: entre rupturas y continuidades*

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA

Introducción

¿El acceso al agua potable, al saneamiento básico y a la alimentación adecuada puede ser el contenido de un derecho humano que deba ser reconocido? ¿La mejor manera de garantizar estos servicios y prestaciones es a través del establecimiento de un derecho a la renta básica que permita a toda persona vivir en condiciones materiales de dignidad? ¿El derecho al desarrollo y a la salvaguarda de los derechos de las generaciones futuras es un derecho humano auténtico susceptible de consagración jurídica? ¿Las formas de vida de las comunidades

* Este capítulo es el resultado del trabajo investigativo realizado en el marco del proyecto de investigación “Derechos humanos emergentes ¿una utopía?” (código 1818003) del Grupo Estudios en Derecho Privado (línea de investigación: Sociología Jurídica) de la Universidad Santo Tomás, proyecto gestionado con recursos de esta institución mediante la convocatoria Fodein 2018.

humanas en la actualidad requieren de un “derecho a la ciudad” que se concrete, entre otros, en el derecho al espacio público, y en el derecho a la movilidad local y a la accesibilidad? ¿Tienen las comunidades el derecho a ser consultadas colectivamente sobre las decisiones que les afecten¹? ¿El reconocimiento por parte de la comunidad internacional, y la garantía a nivel nacional y local de este tipo de derechos requieren de nuevas declaraciones, cartas o pactos similares a los vigentes en la actualidad bajo el auspicio de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales?

El surgimiento y reconocimiento de este tipo de derechos —para cuya identificación se utilizan las expresiones “nuevos derechos humanos”, “derechos humanos emergentes”, “derechos humanos en el siglo XXI”, “derechos humanos contemporáneos”, “derechos de cuarta generación”, entre otras— ha dividido a juristas, filósofos, científicos sociales y dirigentes políticos. Si este debate se reduce a un esquema elemental, es posible identificar dos grandes tendencias. En la primera están quienes consideran que aceptar derechos como los mencionados conduce a una multiplicación innecesaria e incluso inconveniente, de manera que no deben ser reconocidos del mismo modo que los derechos que ya han sido establecidos tanto a nivel internacional como a nivel interno. Como no tienen las características requeridas, su incorporación en instrumentos jurídicos debilitaría los verdaderos derechos, llevando a una nivelación por lo bajo². Por el contrario, son muchos los que afirman que los nuevos derechos se imponen y deben ser reconocidos como derechos humanos con todo el alcance jurídico que ello supone. Complementarían así el sistema de derechos vigente y lo enriquecerían, renovando el papel que cumplen en un mundo en permanente evolución³.

1 Sobre el derecho a la consulta, véase Sánchez (2018).

2 En este sentido, véanse Alston (1982); Haarscher (1987); Marks (1981); Pelloux (1981); Rivero (1979, 1982); Sommermann (1996).

3 En este sentido, véanse, entre otros: Barranco (2015); Carvajal (2012); Dhommeaux (2012); Pérez Luño (1991, 2006); Rodríguez Palop (2011); Rousseau (1987); Vasak (1984, 1990).

La postura que niega la pertinencia de los nuevos derechos evidencia que uno de los principales retos a los cuales se enfrentan —al menos como punto de partida para su reconocimiento— es el de su fundamentación conceptual y jurídica, que al definirse permitiría reforzar su legitimidad política y moral. Por lo tanto, el objetivo es presentar a continuación algunos elementos básicos de un modelo que avance en dicha fundamentación, lo cual puede servir como marco teórico para el análisis de casos concretos de ese tipo de derechos. Para ello, es posible tomar como punto de partida el hecho evidente de que la vida de los seres humanos—en sus propias comunidades y más allá de ellas— ha experimentado profundas transformaciones que justificarían de por sí el surgimiento de nuevas categorías de derechos. El problema es entonces, ante todo, definir su fundamento y su alcance jurídico, con lo cual se vislumbrarían las alternativas institucionales que mejor garanticen su contenido. Antes de proceder a esto, conviene detenerse, en una primera parte, en las visiones escépticas sobre los nuevos derechos, para revisar sus argumentos y tratar de contestarlos. A continuación, en una segunda parte, tanto la renovación del concepto de dignidad humana como la definición empírica de nuevas necesidades en el marco de una intensificación de la globalización serán los referentes para una aproximación inicial a la fundamentación conceptual y jurídica de los nuevos derechos o derechos emergentes.

Ahora bien, antes de continuar, es preciso señalar que la búsqueda de esta fundamentación no se restringe al contenido teórico del argumento, pues abarca también sus efectos simbólicos y pragmáticos en el marco del discurso de los derechos en la actualidad. El derecho y los derechos no son únicamente lenguaje, enunciados, sino además un régimen simbólico de creencias (Ost, 1985, p. 191). Esto no supone abandonar a la irracionalidad todo aquello que concierne a las actuaciones, las motivaciones, los compromisos y las ideologías (Perelman, 1979, p. 135); tampoco implica proponer una definición substancial de lo que sea un “derecho humano”, como si este término tuviera un significado intrínseco que respondiera a la esencia del objeto definido. Se trata, más bien, de “delimitar lo que puede ser dicho con sentido, purificando los dominios del discurso filosófico, jurídico y político de nociones inútiles o ambiguas, o, por lo menos, contribuyendo a elucidar

su pluralidad significativa” (Pérez Luño, 2001, p. 26). Esto sin olvidar que es posible ver el estudio del lenguaje “como una palestra política que puede ser utilizada para neutralizar el alcance de algunos valores, atenuar intereses contradictorios, consagrar valores subrepticios, justificar acciones que recogen otros valores, etc.” (García, 2014, p. 69). Todo ello permite destacar no solo la dimensión jurídica, sino también la dimensión política y social de los derechos⁴. Estos presupuestos metodológicos se articulan así con las contribuciones de diversas disciplinas que tienen al Derecho como objeto de estudio —entre otras, la Teoría del Derecho, la Dogmática Jurídica, la Sociología y la Historia— y que han examinado sus relaciones con otras realidades sociales. Ahora bien, esto no supone una especie de disgregación que implique que cada disciplina sea un compartimento estanco, sino más bien un método interdisciplinario que integra las contribuciones de cada una de ellas (Rodríguez Villabona, 2015, pp. 24-25).

El escepticismo frente a los nuevos derechos

Una vez establecidos y definidos en una declaración, en un pacto, en una constitución, en un tratado o en algún otro documento de carácter jurídico, ya sea a nivel interno o a nivel internacional, el reconocimiento de nuevos derechos siempre ha enfrentado serios obstáculos y resistencias. Sin que ello suponga desconocer algunos antecedentes⁵, es posible tomar como punto de referencia la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones

4 Ya hemos tenido la oportunidad de proponer este tipo de aproximación respecto de los conceptos de *constitución* y de *constitucionalismo* (Rodríguez Villabona, 2016, pp. 175-177; Jaramillo, García, Rodríguez y Uprimny, 2018, pp. 23-24).

5 Entre estos antecedentes pueden destacarse las cartas de derechos que se promulgaron a finales del siglo XVIII, como la Declaración de Derechos de Virginia, de 1776; y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada en Francia en 1789 (Jaramillo, García, Rodríguez y Uprimny, 2018, p. 396 y p. 608).

Unidas mediante resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 (Fariás, 2016, p. 2). En la medida en que el preámbulo de esta declaración los proclama como “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse” —y para avanzar en su proceso de positivización—, el 16 de diciembre de 1966 la misma Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que entró en vigor el 3 de enero de 1976) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que entró en vigor el 23 de marzo de 1976). A pesar de que “la Declaración Universal, y los convenios y pactos de las Naciones Unidas deben entenderse unitariamente” y que su adopción “muestra la culminación parcial de una tarea que no puede juzgarse sino en su conjunto” (Pérez Luño, 2001, p. 82), Karel Vasak —miembro del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo— propuso una clasificación, bastante difundida, entre tres generaciones de derechos:

[...] mientras los derechos de la primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado, y los de la segunda generación (económicos, sociales y culturales), en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de la tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad. (Vasak, 1977, p. 29)

Ahora bien, como cada uno de los dos pactos internacionales mencionados se refieren a las dos primeras “generaciones” de derechos, parecía que los de “tercera generación” no disponían de un reconocimiento explícito por el régimen jurídico internacional⁶ y tenían un carácter indeterminado y heterogéneo, razón por la cual hubo quienes cuestionaron que fueran derechos en sentido estricto⁷.

En la actualidad, el debate respecto del carácter jurídico de los “derechos de tercera generación”, en varios de sus componentes, parece presentarse frente a los denominados “derechos humanos emergentes”.

6 Karel Vasak propuso un anteproyecto de pacto internacional relativo a los derechos de solidaridad (Vasak, 1990, p. 310).

7 En ese sentido, véanse Haarscher (1984) y Rivero (1982).

Estos derechos han sido formulados en distintas modalidades y contextos, entre los que se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, elaborada en el marco del Fórum Universal de las Culturas de Barcelona en septiembre de 2004 y aprobada en el Fórum de Monterrey (México) en noviembre de 2007. De hecho, como si se buscara retomar dicho debate, en un “marco general” de valores y principios que antecede al texto propiamente dicho, esta declaración rechaza de manera explícita la clasificación basada en las generaciones de derechos, porque se considera que con ella se desconoce el “principio de coherencia” que, por su parte, promueve y reivindica la indivisibilidad, la interdependencia y la universalidad de los derechos humanos, así como un enfoque historicista e integral (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2009, p. 48). Sin embargo, de alguna manera, esta postura supone que los derechos de tercera generación ya han sido reconocidos en forma plena y se articulan con los demás, olvidando contestar de modo directo los argumentos de quienes los rechazan. Estos no se reducen tan solo a denunciar un abuso en el uso del lenguaje, y tampoco son un simple aspecto de la propaganda que se formula para ciertas coyunturas de la controversia política. Se trata, además, de planteamientos que tratan de configurarse con base en cierta concepción de los derechos, y en ciertas posturas sobre el derecho y las condiciones en las cuales se desenvuelve.

En efecto, los escépticos frente a los derechos emergentes consideran que estos son, más bien, proyectos políticos, aspiraciones colectivas o ideales a alcanzar que, en cuanto tales, pueden e incluso deben ser defendidos e impulsados, pero que no constituyen verdaderos derechos. La legitimidad política o moral del objetivo de estas reivindicaciones y su importancia como bases para un acuerdo político no se pondría en duda. Lo que sí se cuestiona es su juridicidad, dado que exigir su reconocimiento como derechos humanos en el régimen jurídico nacional o en el internacional supondría una confusión de categorías. Las normas que recojan esos ideales serían tan imprecisas y vagas que no podrían tener las cualidades ni responder a las exigencias formales y técnicas de un enunciado jurídico, de manera que el paso de la reivindicación de un derecho a su incorporación en el derecho sería muy difícil. Insistir en ello e intentar convertir dichos ideales en derechos

conduciría a una mistificación peligrosa, al revestirlos del lenguaje jurídico sin asegurarles alguna efectividad; esto llevaría a que “cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos, menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanta más fuerza moral o jurídica se les suponga, más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente” (Laporta, 1987, p. 23). Esto sucedería porque, de una parte, la sanción en caso de violación es casi imposible en el caso de normas con contenido tan amplio, lo mismo que los medios para prevenir que esto ocurra; y, de otra parte, porque el reconocimiento de la autoridad social y de la credibilidad del derecho por sus destinatarios, necesarios para la legitimidad de la sanción, también corren el riesgo de verse afectados. Por lo demás, para los escépticos, el reconocimiento inmediato de los derechos emergentes —si se acepta desde ya que estos ideales son el objeto de un derecho— supondría incurrir en una anticipación que “salta por encima de los escalones históricos” (Zalaquett, 1986, p. 312). Sería prematuro entonces su inscripción en la normatividad del derecho, porque entre los tiempos de la reivindicación de una aspiración y los de la formalización de un derecho hay una diferencia que no se debería desconocer por la precipitación de querer ir demasiado rápido. En suma, todas estas dificultades conducirían a una descalificación de la noción de derechos humanos y a que perdieran su estabilidad jurídica, lo que implica un “extravío de los derechos fundamentales” (Goyard-Fabre, 1989, p. 61). En palabras de Jean Rivero (1982):

[...] bautizar como ‘derechos’ lo que se presenta aún como deseos, es arriesgarse a devolver al dominio de los deseos lo que ya se presenta como derecho, quitarle al concepto su valor operacional, dejar extinguir en las conciencias el sentimiento de obligación que se vincula al respeto de los derechos ya consagrados. (p. 681)

Este tipo de visiones parte de una priorización que establece una jerarquía entre contenidos de aquellos que son derechos frente a los que no lo son. El derecho se presenta entonces como una idea y como un símbolo que sirve como referente y garantía de esa jerarquía. A partir de esto, el rechazo a los nuevos derechos se plantea no tanto como una constatación, sino como una advertencia contra los efectos de una

“banalización por inversión” (Haarscher, 1987, p. 44): como la relación de prioridad se invierte, todos los derechos, en particular los derechos humanos y los derechos fundamentales, se convierten en simples ideales o aspiraciones, y la noción de derechos perderá su contenido y alcance. Además, ante la opinión pública, los derechos ya no tendrían tanta importancia, las actitudes de las personas frente a ellos cambiarían, la esperanza cedería a la decepción y el derecho perdería parte de su poder simbólico y de su capacidad regulativa y de generar adhesión. Como lo señala Niklas Luhmann (2013):

[...] las normas se reconocen en las infracciones, los derechos humanos, en el hecho de que son lesionados. Al igual que, con frecuencia, se es consciente de las esperanzas cuando se producen las frustraciones, se es consciente de las normas solamente cuando son lesionadas. [...] Y parece que hoy en día la actualización de los derechos humanos se sirve en el mundo entero primariamente de este mecanismo. (p. 64)

Es más, se llega a afirmar que “en materia de libertades, la confusión sirve siempre a los déspotas” (Haarscher, 1987, p. 43), dado que si la autoridad social del derecho se difumina, lo mismo ocurre con los derechos y el Estado de derecho, y el totalitarismo sería el mayor peligro de la multiplicación indebida de los derechos.

Como toda postura doctrinal, el escepticismo sobre los nuevos derechos tiene varias consecuencias. Entre estas, la más evidente es considerar que estos derechos —frente a los que ya han sido reconocidos— son de menor importancia y son menos susceptibles de ser aceptados como categorías estrictamente jurídicas, con lo cual se justifica la advertencia sobre la banalización que pueden provocar. Dada esta menor importancia, la reivindicación de los nuevos derechos es contraproducente porque, al elevar unos ideales y aspiraciones colectivas al nivel de los derechos, se rebajan las normas superiores que los consagran y, a la postre, se anula todo el interés práctico de esta empresa. Se daría así una especie de contradicción, en la cual las reivindicaciones sociopolíticas que tienen por objeto los derechos emergentes afectarían las condiciones jurídicas de su consagración como derechos. Esta situación se articula con otra consecuencia: si en la práctica el concepto

de derechos humanos impone una jerarquía entre normas, solo estos son por definición derechos auténticos; y los emergentes, que apenas se proyectan para tener esta calidad, están destinados a permanecer como aspiraciones, pues tan solo los primeros merecen ser impulsados y protegidos. De hecho, el ejercicio efectivo de los derechos humanos depende de la autoridad que el derecho les confiere y que motiva a las personas a cumplir con sus exigencias. Los derechos se respetan en la medida en que se respeta el derecho que los garantiza, pues este último se presenta no solo como un orden normativo, sino además como una representación social que confiere legitimidad a los derechos humanos, de la cual están desprovistos los nuevos derechos que están surgiendo. En últimas, es precisamente esta fundamentación jurídica la que es puesta en duda en forma constante por los escépticos de los derechos emergentes.

La fundamentación jurídica de los nuevos derechos

Es evidente que, en cualquier caso, antes de su reconocimiento jurídico, el contenido de los derechos se presenta como una aspiración o un ideal político y social. Bajo esta premisa, lo que persigue la reivindicación de los derechos emergentes es pasar este estadio y exigir la consagración jurídica de unos derechos humanos que aún no tienen este estatus. Se enuncia entonces esta reivindicación en el ámbito de lo jurídico y a través del lenguaje del derecho, sin que el derecho todavía la haya formalizado y refrendado, puesto que se trata de una etapa en el proceso de incorporación en las normas jurídicas. Por lo tanto, en este caso, la novedad o la especificidad no pueden interpretarse como la aplicación o el ejercicio de un derecho humano vigente que ya ha sido establecido; ni tampoco como la extensión de derechos existentes a nuevas categorías de titulares ni la especificación del objeto de estos derechos, si bien este tipo de novedades se puede incorporar al debate sobre los derechos emergentes.

Sin embargo, esto no supone aceptar que la noción de derechos humanos como priorización establezca ella misma una jerarquía

normativa⁸, ya que no es posible pasar de una definición funcional que estipula que los derechos humanos son importantes y que permite una jerarquización normativa a una definición substancial que precise cuáles son los derechos que tienen esta importancia y que ocupan la cima de esta jerarquía (Duhamel, 1992, p. 15). Dicha priorización solo da cuenta de la fundamentación jurídica en un sentido restringido, es decir, de la validez formal entendida como la correspondencia a un sistema normativo dado. Los criterios jurídicos que de esta forma se planteen para reconocer los derechos emergentes no son más que criterios formales. Con todo, si estos criterios están determinados por los derechos que ya han sido reconocidos, el escepticismo frente a los nuevos derechos solo puede entenderse si sobrepasa la validez formal, porque incluye en su argumentación ciertos derechos que buscan ciertas finalidades. Por lo tanto, van más allá de la conformidad a un sistema normativo e implican la aceptación de unas creencias o ideales. Se trata de un argumento circular a nivel conceptual, al presuponer de antemano los derechos que estima que son auténticos y al encerrar el derecho en su propia juridicidad. Por lo tanto, los nuevos derechos no podrán ser admitidos en tanto que los criterios que sirven de parámetro no sean puestos en duda.

Son muchas las propuestas que se han planteado con el objeto de determinar dichos criterios jurídicos. Una de ellas es la que formula Gregorio Peces-Barba (1999) para definir un derecho fundamental; además de considerarlos como “una pretensión moral justificada, tendiente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica”, los derechos suponen que esta pretensión moral

[...] sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial y, por supuesto, que se

8 Sobre la noción de jerarquía normativa, véase Rodríguez Villabona (2011).

pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos. (pp. 109-110)

Algunos de los derechos emergentes no cumplirían con estos requisitos en la medida en que son aspiraciones e ideales demasiado vagos y amplios. Esto sucedería, por ejemplo, con “el derecho a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro” formulado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes de 2007, pues la posibilidad de que sea “técnicamente incorporable a una norma” depende de la precisión de su objeto que, en este caso, puede ir de la protección de la salud humana a la de los ecosistemas, o de la reparación a la prevención. De la misma manera, el derecho al desarrollo del artículo 8 de la misma Declaración puede tener como titulares a los individuos, a las regiones, a las comunidades, a los Estados o a los pueblos. Su fundamentación jurídica podría entonces cuestionarse al no establecer dichas precisiones.

Este tipo de escepticismo tiene, por lo menos, dos alternativas para su formulación: es posible afirmar que lo riesgoso es la imprecisión de los derechos emergentes o que lo vago e impreciso es la definición jurídica de derechos. En el primer caso, la indeterminación que afecta a los nuevos derechos en cuanto a su titular, objeto, oponibilidad y garantía haría necesario un compromiso de definición, clarificación y armonización que está por hacerse. En este caso, se considera que el reconocimiento jurídico de lo que sería un derecho humano debe hacerse según estos criterios y responder a una exigencia de precisión, conformándose a las condiciones de un sistema normativo vigente. Con todo, de esta manera no se determina cuáles son los contenidos precisos adaptables a estos criterios y socialmente aceptados. Esto implica una recomendación de prudencia, porque siempre que se tenga en cuenta la especificidad y los tiempos del derecho, los derechos emergentes pueden ser precisados e integrados a la jerarquía normativa en vigor. Nada se opone entonces al hecho de que en algún momento puedan ser consagrados, lo cual no implica que merezcan reconocimiento jurídico en todos los casos.

En la segunda alternativa, se cuestionan las definiciones de los derechos que se han propuesto o las precisiones de criterios que se han

realizado, en la medida en que incorporan elementos extraños al discurso jurídico tal como se ha venido desarrollando. Por ejemplo, si se considera peligroso reconocer que el Estado sea titular de un derecho al desarrollo, no es tanto porque la titularidad sea indeterminada o imprecisa, sino porque este titular no puede ser admitido respecto del contenido de ciertos derechos y, por ende, conferir al Estado derechos supondría riesgo de conflictos de estos con los derechos de los individuos bajo su jurisdicción e incluso legitimar el totalitarismo (Pelloux, 1981, p. 62). Este argumento solo tiene sentido si el fundamento jurídico de los derechos presupone una idea del derecho vinculada a ciertos derechos. El derecho se orienta a ciertos derechos y tiene una finalidad sustancial, por ejemplo, “la autonomía y la independencia personal” vinculadas con la dignidad humana, aunque no se deja de plantear su trascendencia frente a las ideologías y los conflictos sociales. Sin embargo, en este caso, los criterios jurídicos para fundamentar los derechos no son puramente formales, pues están determinados por la prioridad reconocida a ciertos derechos cuya aceptación social, en especial por la comunidad jurídica, es menos problemática. Se trata, por supuesto, de los derechos civiles o libertades individuales, las prerrogativas del individuo frente al Estado en la tradición liberal. Ahora bien, este tipo de escepticismo frente a los derechos emergentes encuentra respaldo en un argumento de carácter circular que no se explicita y que consiste en combinar —bajo los criterios de los derechos “subjetivos”— una definición funcional de los derechos y su fundamentación jurídica vinculada con un sistema normativo, de una parte; y, de la otra, una definición sustantiva de lo que sería un verdadero derecho humano y la legitimidad del reconocimiento social del que disfruta. Esta situación no sorprende, si se tiene presente que la fundamentación tradicional de ciertos derechos establecidos se ha debilitado. En este caso, el escepticismo es una estrategia discursiva que sustituye los argumentos que en un principio se consideraban sólidos o creíbles. Se recurre a la efectividad del derecho y de los derechos adquiridos, y se resaltan las consecuencias prácticas de las transformaciones del orden existente, porque el simbolismo que lo sustenta ya está formalizado.

Por lo demás, conviene indicar que el rechazo al surgimiento de nuevas categorías de derechos no es algo nuevo; se ha planteado —y aún se sigue planteando— frente a los derechos económicos y sociales⁹. En este caso, como en el de los derechos emergentes, no se critica tanto la legitimidad moral o política de las reivindicaciones por la igualdad y la justicia social, sino la pretensión de hacer de ellas el objeto de unos derechos jurídicamente obligatorios, porque esto se considera impracticable, costoso y, por ende, muy difícil de llevar a cabo. Las consecuencias son entonces las mismas: confusión entre derechos e ideales, banalización al invertirse la relación entre unos y otros, pérdida de legitimidad de las libertades individuales, crisis de confianza en el derecho y riesgos de totalitarismo. Con base en este tipo de razones, Friedrich Hayek (2014) afirma que los nuevos derechos, esto es, los derechos sociales, no podrían ser exigibles jurídicamente sin destruir al mismo tiempo aquel orden liberal al que los viejos derechos civiles apuntan (p. 451). De la misma manera, se considera que estos derechos no cumplen con los criterios jurídicos que se han propuesto para definir los “verdaderos” derechos. Es así como, respecto a la titularidad, se afirma que los auténticos derechos son solo aquellos que corresponden al individuo como concepto universal, mientras que los derechos sociales se refieren a categorías sociales particulares o a los individuos incorporados en grupos sociales específicos (desempleados, menores de edad, minorías de género, etc.). Asimismo, en cuanto a su contenido, los derechos sociales no parecen ser realizables, como sería el caso del derecho al trabajo o el derecho a la salud, porque confunden los fines (la salud, el trabajo) con los medios (el acceso a los servicios médicos, las políticas de creación de empleo). Además, los mecanismos para su realización y protección pueden ser poco efectivos, o incluso su eficacia sería al precio de una desnaturalización del Estado de derecho, y se convertirían así en un instrumento del poder establecido¹⁰.

9 Sobre el concepto de derechos sociales socialmente diferenciados, véase Gallego Marín (2014, pp. 146-154).

10 Así, para Carl Schmitt (2001) “tienen distinta estructura los derechos, esencialmente *socialistas*, del individuo a prestaciones positivas del Estado. No pueden ser ilimitados, pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado,

Todo ello demuestra que, como sucede con el escepticismo frente a los derechos emergentes, las críticas contra los derechos sociales presuponen lo que buscan demostrar: una jerarquía particular de los derechos. Estas críticas —referidas a la dificultad de definir los titulares, el contenido y la garantía de los derechos sociales— solo permiten establecer una diferencia de fondo entre estas aspiraciones, y los derechos y libertades individuales en la medida en que estos últimos son incorporados en la definición “auténtica” de derechos. Si por el contrario, respecto de la titularidad, no se confunde la universalidad (esto es, la extensión de un derecho) con su importancia; o, respecto de su garantía, se constatan los costos de las libertades individuales tanto como los de los derechos sociales, se da entonces que las diferencias son ante todo diferencias de grado. Los dos tipos de derechos, en vez de ser incompatibles, son complementarios; y los conflictos entre ellos podrían resolverse dentro del ordenamiento jurídico sin que ello suponga un riesgo para el Estado de derecho. Los criterios jurídicos presupuestos para definir un “verdadero” derecho no serían definitivos, a no ser que se prejuzgue una definición sustantiva y se confunda la forma con el fondo. Por consiguiente, si como lo explica Rodolfo Arango (2005):

[...] se distingue por lo general entre derechos fundamentales negativos (derechos de libertad) y derechos fundamentales positivos (por ejemplo, derechos sociales fundamentales) [...], esta distinción no se refiere al contenido del concepto de los derechos fundamentales, sino a su alcance. Ambas subclases han de adscribirse a la clase general de los derechos fundamentales. (pp. 333-334)

Los derechos humanos emergentes tienen estas mismas posibilidades de articulación con los demás derechos¹¹. Así como los derechos

pero lo sería en cualquier caso un derecho de todos a prestaciones del Estado. Tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpora el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza ya. Es *condicionado*, y ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna un puesto, mide y raciona su pretensión” (p. 174).

11 Esto se evidencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes de 2007, que en su marco general señala que ella “reconoce y se inspira en el

sociales respondieron a circunstancias y necesidades que los derechos de libertad no podían afrontar, los derechos emergentes responden a las profundas transformaciones que ha tenido la vida humana en los últimos decenios, sin que esto suponga una oposición entre estos y las demás categorías de derechos. Los nuevos derechos aparecen porque el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana constituye un proceso en constante evolución y revisión, que se despliega de acuerdo con las necesidades y demandas de lugares y tiempos determinados. Los derechos humanos no corresponden a una construcción estática a partir de una teoría ética aplicable a la naturaleza humana en abstracto, sino a una teoría ética centrada en los valores que sustentan cada tipo de derechos. Por lo tanto, los derechos tienen un origen y un desarrollo histórico, de manera que su proclamación no es definitiva, como tampoco lo son su evolución y sus finalidades (Bondia, 2014, p. 63-64; Rodríguez Palop, 2010, pp. 89-90). Con esto, el concepto de dignidad humana se revitaliza, pues no corresponde a una abstracción que se basa en una noción sustantiva absoluta, sino a un concepto que, en palabras de Ernst Tugendhat (1997), se refiere a “las condiciones en las que vive una persona [que] son dignas precisamente cuando cumplen la condición mínima de que puede ejercer sus derechos y que en este *sentido* puede llevar una existencia específicamente ‘humana’ y ‘humanamente digna’” (p. 348).

Esta reconfiguración del concepto de dignidad humana se realiza en el contexto de una integración tal entre las personas que habitan el planeta que es posible constatar la “unificación global” de la humanidad, cuya fase más importante tuvo lugar en los últimos siglos (Harari, 2014, p. 193). De hecho, como lo destaca Micheline Ishay (2004):

[...] la globalización presenta nuevas características que tienen impacto en varios aspectos de los derechos humanos [...]. Cada una

espíritu y principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y en instrumentos internacionales y regionales adoptados hasta hoy por la comunidad internacional; así mismo, recoge y ratifica sus dimensiones de universalidad, indivisibilidad e interdependencia y la indispensable articulación entre derechos humanos, paz, desarrollo y democracia” (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2009, pp. 39-40).

de las dimensiones de la globalización ha experimentado cambios substanciales desde el comienzo de la guerra fría, cambios que han tenido diferentes impactos sobre países, grupos y clases. La agenda de los derechos humanos de esta era está siendo definida en el contexto de estos desarrollos globales. (p. 256)

Es más, este fenómeno es contemplado por el artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que, rompiendo el marco de la legalidad del Estado nación, dispone para toda persona el “derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”¹². Es posible afirmar entonces que la fundamentación de los derechos humanos emergentes se encuentra en el contenido de esta disposición, porque va más allá del catálogo de los derechos reconocidos por las constituciones y las legislaciones de los Estados y se presenta, por ende, como la base para el desarrollo y la garantía de los nuevos derechos en el orden internacional (Abellán, 1998, p. 443). Ahora bien, como lo destaca David Bondia (1998), el “orden social e internacional” al que se refiere el artículo 28 debe incluir:

[...] el orden jurídico internacional (el derecho internacional como un sistema de regulaciones que rige las relaciones entre Estados), el orden político internacional (los patrones de comportamiento

12 Los obstáculos que se interponen a su efectividad son uno de los retos fundamentales que enfrentan todas las categorías de derechos. Como ya lo señalara Norberto Bobbio (1991), “descendiendo del plano ideal al real, una cosa es historia de los derechos del hombre, de derechos siempre nuevos y siempre más extensos, y justificarlos con argumentos persuasivos, y otra es asegurarles una protección efectiva. A este propósito será bueno hacer también esta observación: a medida que las pretensiones aumentan, su satisfacción resulta siempre más difícil” (p. 111). Por esta razón, la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes de 2007 establece el “principio de exigibilidad”, que supone la “adopción de mecanismos vinculantes por los Estados y postula el desarrollo de mecanismos que favorezcan su exigibilidad. Ningún derecho puede ser relegado por su naturaleza de ‘derecho programático’ ni esto puede justificar su inatención u omisión” (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2009, p. 49).

que siguen los Estados en sus relaciones internacionales) y, además, el orden moral internacional (los valores que inspiran y legitiman el derecho, las políticas y la economía en el ámbito internacional). (p. 705)

En este sentido, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes de 2007 señala que el fundamento de los derechos allí formulados “corresponde a una noción de síntesis, aquella del interés público universal que debe permitir garantizar, a todos los seres humanos sin excepción, los medios para la libertad que respete la igualdad de la persona, los pueblos y la naturaleza” (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2009, p. 41). Esto conduce directo al principio de interdependencia y multiculturalidad de los derechos, que supone rebasar el debate entre los derechos individuales y los colectivos, así como entre los derechos individuales y los sociales, de manera que se reconozca tanto al individuo como a los pueblos y a las comunidades como sujetos colectivos de derechos (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2009, p. 49). Desde esta perspectiva, la cuestión que surge es la de determinar cómo y de qué manera la práctica internacional ha ido configurando la proyección de los derechos humanos en las diferentes áreas del orden social e internacional. La proyección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico internacional se extiende a la promoción de nuevos derechos destinados a responder a las necesidades y deficiencias que se han producido a nivel internacional, y cuya garantía de ejercicio no depende de un solo Estado, sino de la preocupación de la sociedad internacional (Saura, 2009, p. 684). Por consiguiente, la práctica internacional ha establecido:

[...] una ampliación progresiva de la noción y el contenido jurídico de los derechos humanos, formando así una atmósfera adecuada para el desarrollo progresivo del derecho internacional. Se trata de establecer un orden legal internacional en el que los derechos humanos se puedan realizar plenamente y también puedan evolucionar. (Bondia, 2014, p. 73)

Consideraciones finales

No es difícil constatar el vínculo histórico de la categoría de derechos con el liberalismo moderno:

[...] derechos cuya titularidad se reconocía a los individuos, buscaban protegerlos contra los eventuales abusos de las autoridades y son manifestación de la dimensión liberal del constitucionalismo, al articular la idea de los derechos naturales del hombre con la de limitación de los poderes del gobernante. (Jaramillo, García, Rodríguez y Uprimny, 2018, p. 737)

Con todo, la concepción liberal de los derechos implicó definir un contenido básico que le diera prioridad a ciertos derechos sobre otros, que imponía una interpretación individualista de ellos y una concepción del derecho que los hiciera trascendentes y universales. Frente al surgimiento de nuevos derechos, se plantean cierto tipo de riesgos: desviación democrática frente a los derechos políticos, desviación igualitaria frente a los derechos sociales, desviación internacionalista frente a los derechos emergentes. Es como si, en el debate sobre los derechos, la concepción moderna de estos les fuera consubstancial y no pudieran superar el espacio político abierto por el liberalismo. Ahora bien, como lo resalta Claude Lefort (1984), una concepción democrática, que se puede articular con el liberalismo político, supone a los derechos en una búsqueda constante de sus fundamentos, de suerte que se hace “imposible decidir entre aquellos que se tienen por fundamentales [...] y los que les son añadidos con el paso del tiempo” (p. 36). Por consiguiente, el escepticismo frente a los derechos emergentes puede ser visto como una manifestación de las dudas que genera la democracia, una visión pesimista que busca en todo momento restringir sus “excesos” y contener sus nuevos sujetos (individuos, grupos, pueblos). Los temores no serían tanto frente al surgimiento de nuevos derechos, sino frente al acceso a la esfera política de “nuevos sujetos” que los reclaman, generándose una reacción de quienes se sienten amenazados por esta ampliación del ámbito de la democracia política (Duhamel, 1992, p. 23). De hecho, como lo explica María E. Rodríguez Palop (2010), frente a

las “deficiencias e insuficiencias inherentes a la propia fórmula que dio lugar a nuestro modelo estatal [...] los nuevos movimientos sociales sirvieron como instancia de crítica y revelaron, con sus reivindicaciones, las inconsistencias del sistema” (p. 104)¹³. Por esta razón, los derechos humanos emergentes no aparecen simplemente como posibles elementos que conforman un catálogo de derechos humanos, sino también como un espacio desde el cual se denuncian las deficiencias en el sistema político-económico nacional e internacional (Saura, 2009, p. 679).

Esto explica que una parte importante de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes de 2007 esté dedicada al reconocimiento de aquellos que permiten una ampliación de la democracia y de la participación política tanto de los individuos como de las comunidades. En este orden de ideas, el artículo 5 establece el derecho a la democracia plural que supone que “todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho al respeto de la identidad individual y colectiva, así como el derecho a la diversidad cultural”. Esta disposición se concreta en el derecho de los afrodescendientes, los pueblos indígenas y otras minorías a las medidas especiales que permitan reconocer sus características distintivas y a que se beneficien plenamente de sus recursos intelectuales, naturales y culturales. Asimismo, el artículo 6 establece el derecho a la democracia paritaria entre mujeres y hombres que supone, primero, que en todas las sociedades las mujeres tengan derecho a la igualdad de estatus social, laboral, cultural, jurídico, político y económico en relación con los hombres; segundo, el derecho a la representación paritaria, que supone el reconocimiento de una presencia equivalente en los órganos de participación y gestión políticos entre mujeres y hombres; tercero, el derecho a elegir los vínculos personales, que incluye el reconocimiento del derecho a la asociación sentimental

13 En este mismo sentido, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes de 2007, en su marco general, reconoce que “mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos surge de una Asamblea de Estados, la Declaración de Derechos Humanos Emergentes se construye desde las diversas experiencias y luchas de la sociedad civil global, recogiendo las reivindicaciones más perfiladas de sus movimientos sociales” (Institut de Drets Humans de Catalunya, 2009, p. 49).

con la persona que se quiera, incluyendo el derecho a contraer matrimonio; y, cuarto, el derecho a la salud reproductiva, que reconoce a toda persona los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho de mujeres y hombres a la tutela de la maternidad y la paternidad, incluida la que tiene lugar fuera del matrimonio. Por su parte, el artículo 7 establece el “derecho a la democracia participativa”, de manera que “todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho a participar activamente en los asuntos públicos y a disfrutar de una administración democrática en todos los niveles de gobierno”. Este derecho abarca, entre otros, el derecho a la ciudad (que incluye el derecho al espacio público, el derecho a la movilidad local y a la accesibilidad, y el derecho a la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía); el derecho a ser consultado, que garantiza a todos la consulta colectiva para las decisiones que afecten a un conglomerado; el derecho a la participación, que supone que toda persona y comunidad pueda participar en la adopción y control de las decisiones públicas en los asuntos que los aquejen, al tiempo que pueda impugnar ante los tribunales las decisiones que afecten un derecho o un interés directo o indirecto. De igual manera, el artículo 8 define el “derecho a la democracia solidaria” como aquel que tiene toda comunidad y que tienen todos los seres humanos al desarrollo y a la garantía de los derechos de las generaciones futuras; incluye el derecho al desarrollo, como derecho humano emergente formulado internacionalmente, que tiene como ámbito específico de aplicación los países subdesarrollados y que se ejerce de forma colectiva. Por último, el artículo 9 consagra el derecho a “la democracia garantista y a la justicia internacional”, al cual se incorporan el derecho y el deber de erradicar el hambre y la pobreza extrema, deber que está en cabeza de los Estados y los actores no estatales, en particular las empresas transnacionales, las organizaciones sindicales y las ONG; incluye también el derecho a resistir a la opresión que toda comunidad o pueblo tiene por todos los medios legítimos a su alcance, y a buscar y recibir en esta lucha un apoyo internacional conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas; igualmente, la democracia garantista implica el derecho a la democracia global, esto es, a un sistema democrático internacional fundado en el respeto de los principios y normas del derecho internacional.

Referencias

- Abellán, V. (1998). Artículo 28. En *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo* (pp. 443-452). Icaria. <https://icariaeditorial.com/archivo/libros.php?id=350>
- Alston, P. (1982). A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law? *Netherlands International Law Review*, 29(3), 307-322.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Legis.
- Barranco, M. (2015). Las teorías de los derechos humanos en el siglo XXI. En M. Revenga y P. Cuenca (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI* (pp. 13-33). Dykinson.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos* (trad. R. de Asís). Sistema.
- Bondia D. (1998). Derechos humanos emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos. En F. Ansuátegui, J. Rodríguez, G. Peces-Barba y E. Fernández (coord.), *Historia de los derechos fundamentales*, 4(3), 687-781. Dykinson.
- Bondia, D. (2014). The Emerging Human Rights Revolution: The Beginning of the Fifth Historical Process in the Consolidation of Human Rights. *The Age of Human Rights Journal*, 3(3), 63-101.
- Carvajal, J. E. (2012). La época de los derechos, *Revista Iusta*, 37, 81-95.
- Dhommeaux, J. (2012). Les nouveaux droits de l'homme et l'ONU: le 3 pilier. *Nouveaux droits de l'homme et internationalisation du droit* (pp. 213-238). Bruylant.
- Duhamel, A. (1992). Vers de nouveaux droits humains? L'argument de la dérive. *Canadian journal of Law and Society. La Revue Canadienne Droit et Société*, 7(1), 9-23. <https://doi.org/10.1017/S0829320100002118>
- Farías, J. (2016). Los derechos humanos emergentes desde la tradición social y su aproximación en el México actual. *Entretextos*, 8(22), 1-13.
- Gallego Marín, J. (2014). Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación. *Revista Iusta*, 40, 143-165.
- García, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. IEPRI, Debate.

- Goyard-Fabre, S. (1989). La dérive des droits fondamentaux. En G. Lafrance (ed.), *Éthique et droits fondamentaux. Ethics and Basic Rights* (pp. 61-73). Presses de l'Université d'Ottawa.
- Haarscher, G. (1984). Les droits de l'homme, entre pureté moraliste et Realpolitik. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 13(2), 98-104.
- Haarscher, G. (1987). *Philosophie et droits de l'homme*. Éditions Universitaires de Bruxelles.
- Harari Y. H. (2014). *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad* (trad. J. Ros). Debate.
- Hayek, F. A. (2014). *Derecho, legislación y libertad* (trad. L. Reig). Unión Editorial.
- Institut de Drets Humans de Catalunya. (2009). *Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes*. Institut de Drets Humans de Catalunya.
- Ishay, M. (2004). *The History of Human Rights*. University of California Press.
- Jaramillo J., García M., Rodríguez A. y Uprimny R. (2018). *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS).
- Laporta, F. J. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa*, 4, 23-46.
- Lefort, C. (1984). Les droits de l'homme en question. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1984, 13(2), 11-48.
- Luhmann, N. (2013). *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos* (trad. N. Pastor). Universidad Externado de Colombia.
- Marks, S. (1981). Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s, *Rutgers Law Review*, 33(2), 435-452.
- Ost, F. (1985). La légitimité dans le discours juridique: cohérence, performance, consensus ou dissensus? *Archiv für Rechts-und-Sozialphilosophie*, 25, 191-204.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- Pelloux, R. (1981). Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 97(1), 53-68.

- Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. L. Díez-Picazo). Civitas.
- Pérez Luño, A. (1991). Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, 203-217.
- Pérez Luño, A. (2001). *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Tecnos.
- Pérez Luño, A. (2006). *La tercera generación de derechos humanos*. Thomson-Aranzadi.
- Rivero, J. (1979). *Le problème des nouveaux droits de l'homme*. Colección de conferencias del Instituto Internacional de Derechos Humanos. Estrasburgo, décima sesión docente.
- Rivero, J. (1982). Vers de nouveaux droits de l'homme, *Revue des Sciences Morales et Politiques*, 4, pp. 673-686.
- Rodríguez Palop, M. (2010). *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Dykinson.
- Rodríguez Palop, M. (2011). *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Libros de la Catarata.
- Rodríguez Villabona, A. (2011). La validité des systèmes juridiques: les théories de la norme basique, *Revista electrónica Via inveniendi et iudicandi*, 6(2), 1-32.
- Rodríguez Villabona, A. (2015). *La circulation de modèles juridiques: Les origines de l'État providence en Colombie pendant les années trente et l'influence du constitutionnalisme français du début du XXe siècle*. (Tesis Doctorado en Derecho Público). Universidad Grenoble Alpes, Francia.
- Rodríguez Villabona, A. (2016). La constitución y el constitucionalismo: su diversidad conceptual, histórica y social. En C. Blanco (comp.), *Tendencias jurídicas del derecho público* (pp. 167-236). Grupo Editorial Gustavo Ibáñez, Universidad Santo Tomás.
- Rousseau D. (1987). Les droits de l'homme de la troisième génération. En L. Favoreu (ed.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme* (pp. 125-138). PUAM.
- Sánchez, R. (2018). La regulación de participación. El caso de la consulta previa en Colombia, Perú y Chile. *Revista electrónica Via inveniendi et iudicandi*, 14(1), 95-118.
- Saura, J. (2009). Noción, fundamento y viabilidad de los derechos humanos emergentes: una aproximación desde el Derecho internacional.

En A. Badia, A. Pigrau y A. Olesti Rayo (coord.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia. Vol.1: El derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo* (pp. 679-698). Marcial Pons.

Schmitt, C. (2001). *Teoría de la constitución* (trad. F. Ayala). Alianza Editorial.

Sommermann, K. P. (1996). El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948. En A. Pérez Luño (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio* (pp. 97-112). Marcial Pons.

Tugendhat, E. (1997). *Lecciones de ética*. Gedisa.

Vasak, K. (1977). La larga lucha por los derechos humanos, *El correo de la UNESCO*, 30(11), 29-32.

Vasak, K. (1984). Pour une troisième génération des droits de l'homme. En C. Swinarski, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (pp. 837-845). Martinus Nijhoff.

Vasak, K. (1990). Les différentes catégories des droits de l'homme. En A. Lapeyre, F. de Tinguy y K. Vasak (eds.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme* (pp. 297-316). Bruylant.

Zalaquett, J. (1986). Human Rights and Development. *Le droit international et le développement, Travaux du XVe congrès annuel du Conseil canadien de droit international* (pp. 302-323).

Reclutamiento ilícito en el Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las Farc-EP desde el derecho a la verdad y la justicia*

ANA MARÍA JIMÉNEZ PAVA

Introducción

El presente capítulo tiene por objeto analizar si el Acuerdo de Paz, firmado el 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno colombiano y el grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo (Farc-EP), garantiza el derecho a la paz, y a la verdad y la justicia de las víctimas de reclutamiento ilícito de cara a lo establecido en instrumentos internacionales de derechos humanos,

* Este capítulo hace parte del proyecto de investigación “Derechos Humanos emergentes ¿una utopía?”, código 1818003, Grupo de Estudios en Derecho Privado, línea de investigación: Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

y conforme a los principios y derechos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE). De igual manera, aborda las tensiones presentadas entre los derechos de las víctimas y de los miembros de los grupos armados cuando estos son menores de 18 años.

Este capítulo constituye una revisión documental del tema, centrada principalmente en el texto de la DUDHE y el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y una Paz Duradera. De manera complementaria, aborda otros instrumentos internacionales relevantes para el tema, así como también análisis y estudios realizados en el campo de la justicia transicional y los derechos humanos de los niños y las niñas víctimas de reclutamiento ilícito.

En la primera parte del capítulo, se analiza el marco jurídico internacional en materia de acceso a la justicia, con énfasis en la justicia transicional y el reclutamiento ilícito, retomando la jurisprudencia relevante en la materia. Luego se estudia la protección especial de la infancia y el marco nacional aplicable al reclutamiento ilícito, pasando por la Ley de Infancia y Adolescencia y el Código Penal, para luego concentrarse en el Acuerdo de Paz. A continuación, se analizan las disposiciones del Acuerdo de Paz en materia de reclutamiento ilícito, para establecer si estas responden a los parámetros de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional, y definir si estas disposiciones están acordes con lo establecido en la DUDHE en materia de acceso a la justicia. Por último, se presentan las conclusiones generales del capítulo, reiterando la importancia de otorgar un tratamiento diferenciado a las víctimas de reclutamiento ilícito, que priorice su condición de víctimas de una de las peores formas de explotación infantil sobre su consideración como miembros de grupos armados.

La DUDHE en el contexto colombiano

La Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes es un instrumento internacional creado por la sociedad civil en 2004, que tiene por objeto trazar un panorama de derechos para el nuevo milenio con el objeto de dar una respuesta adecuada al contexto actual,

marcado por conflictos interestatales de larga duración, por el debilitamiento de los Estados a causa de la inestabilidad y la corrupción, por problemáticas transnacionales que están fuera del control de los Estados, entre otras situaciones que dificultan hacer efectivos los derechos humanos.

Si bien la DUDHE es un instrumento no vinculante para los Estados, su importancia radica en que abre el debate frente a la necesidad de dar una nueva lectura a los derechos humanos existentes y reforzar aquellos que, si bien existen en el papel, en la práctica no son materializados. Dentro de estos derechos se encuentran el *derecho a la paz* (artículo 2) y el *derecho a la verdad y a la justicia* (artículo 9), los cuales, en contextos de conflicto armado, son por completo desconocidos por los actores armados y por los Estados. Además, cada vez se presentan mayores dificultades para la comprensión y el abordaje de estos derechos, debido a los cambios de los conflictos y a las dinámicas de los grupos armados.

En Colombia, por ejemplo, el derecho a la paz ha sido desconocido desde hace más de 60 años, como resultado de los enfrentamientos entre actores armados no estatales de diferente naturaleza (guerrillas y grupos paramilitares) y las fuerzas militares, en el marco del conflicto armado. En consecuencia, los derechos de la población civil han sido seriamente afectados, en especial los de los niños, niñas y adolescentes, quienes se ven forzados a participar en las confrontaciones armadas bajo la presión de los grupos que operan en sus territorios.

Por otro lado, el desconocimiento del derecho a la paz trae consigo la afectación del derecho a la verdad frente a lo sucedido a las víctimas y a que se haga justicia. Esto se debe a factores como la amenaza a funcionarios judiciales, el debilitamiento de las instituciones estatales, las dificultades para recaudar pruebas de los hechos, las confrontaciones armadas en los territorios, y el temor de las víctimas a denunciar y participar en las actuaciones judiciales, entre otras situaciones.

En escenarios de transición, como el colombiano, el derecho a la paz y el derecho a la verdad y la justicia cobran gran relevancia gracias al Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno nacional de Colombia y las Farc-EP en noviembre de 2016, el cual tiene como propósito principal “construir una paz estable y duradera, con la participación de todos

los colombianos y colombianas”, y poner fin a los ciclos históricos de violencia y sentar las bases de la paz. El Acuerdo incorpora un conjunto de normas para garantizar los derechos de las víctimas a la paz, la justicia y la reparación.

El derecho a la justicia en el ordenamiento internacional

De acuerdo con lo establecido en el artículo 25 (sobre protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH):

[...] el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. Asimismo, la Corte ha establecido que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar

normativamente un recurso eficaz, sino también de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. (Corte IDH, 2014a)

De igual modo, la Corte IDH determina:

[...] que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables. (Corte IDH, 2014b)

Además, el artículo 19 de la CADH establece el derecho a la protección de los niños y las niñas, quienes son sujetos de derecho que requieren atención especial por parte de los Estados. Al respecto, la Corte IDH señaló, en el caso Villagrán Morales contra Guatemala, que es de especial gravedad que se atribuya a un Estado la responsabilidad:

[...] de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. (Corte IDH, 1999)

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece en su artículo 19 que cuando los niños y niñas son sometidos a maltrato y les sean vulnerados sus derechos, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para restablecerlos e impulsar las investigaciones correspondientes para sancionar a los responsables.

En su artículo 12, la CDN señala, además, que los Estados deben garantizar a los niños y las niñas que estén en condiciones de formar su propio juicio el derecho de expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que los afecten, dentro de procesos judiciales o administrativos, y a tener en cuenta dichas opiniones en función de su desarrollo. Sobre el numeral 2 del artículo 12, el Comité de los Derechos del Niño apunta:

[...] esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión

de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje. (Unicef, 2014, p. 208)

En situaciones de transición de la dictadura a la democracia o de posconflicto, la justicia transicional constituye una herramienta esencial para acercar a las partes en conflicto y desarrollar medidas orientadas a superar las condiciones que provocaron las confrontaciones o el abuso de poder, para avanzar hacia la construcción de la paz. Dentro de los mecanismos que abarca la justicia transicional se encuentran: las comisiones para el esclarecimiento de la verdad, los programas de reparación, las reformas legales y los tribunales especiales (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2018).

La justicia transicional abre la posibilidad de poner en marcha reformas que permitan la restauración de la confianza en las entidades públicas afectadas por el conflicto y de crear mecanismos que faciliten la negociación de la paz, la entrega de armas por parte de los grupos armados, la desmovilización de sus miembros, la investigación de los hechos cometidos por estos bajo un esquema legal en el cual prima el enfoque restaurativo y la reparación de las víctimas.

No obstante, la justicia transicional tiene varios límites, en aras de garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas al igual que la implementación de garantías de no repetición de los hechos acaecidos en el marco de un conflicto armado o una dictadura. Dentro de estos límites se encuentran: 1) la no concesión de amnistías o indultos frente a graves crímenes internacionales, como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad; 2) los procesos

implementados deben ser respetuosos de los derechos humanos; 3) debe haber un ejercicio de reconstrucción de la verdad.

En línea con las aspiraciones de la justicia transicional, el artículo 9 de la DUDHE establece el derecho a la democracia garantista, el cual abarca el derecho a la verdad y a la justicia.

Dicho derecho implica:

[...] el derecho de toda persona a que las autoridades públicas abran una investigación e identifiquen y sancionen a los culpables en supuestos de violaciones graves de derechos humanos, de forma que se permita a las víctimas y a sus familiares la búsqueda y aclaración de la verdad sobre los hechos ocurridos y a recibir la reparación correspondiente. Los Estados se abstendrán de adoptar disposiciones de amnistía, prescripción y eximentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos. En particular, ninguna persona gozará de inmunidad alguna que la exima de ser procesada por el crimen de genocidio, por crímenes de guerra o por crímenes contra humanidad. (DUDHE, 2007)

Según este artículo, la búsqueda de la verdad por parte de los Estados implica no solo contar con las instancias judiciales pertinentes para investigar los hechos, sino también garantizar que las víctimas tengan acceso efectivo a ellas y a la reparación por los daños causados. Además, establece prohibiciones de amnistías e indultos cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos con el objeto de asegurar que los responsables sean investigados y sancionados penalmente. No obstante, si bien el artículo 9 establece dichas prohibiciones de manera expresa —a diferencia de los instrumentos internacionales antes reseñados—, es importante enfatizar que la naturaleza jurídica de la DUDHE no es vinculante para los Estados, ya que se trata de un consenso entre actores de la sociedad civil congregados en un evento internacional que dio origen a este documento; por tanto, no cuenta con mecanismos jurídicos de exigibilidad.

Aunque la DUDHE carezca de obligatoriedad para los Estados, sí plantea las aspiraciones de la sociedad civil, que considera que los derechos humanos necesitan una nueva interpretación, de cara

a los cambios del contexto mundial; y que piensa que deberían enfocarse los esfuerzos en aquellas problemáticas estructurales que afectan la plena vigencia de los derechos humanos en los Estados en igualdad de condiciones.

Como se ha expuesto en este título, el derecho a la justicia abarca el derecho al debido proceso y a las garantías judiciales e implica, por parte de los Estados, el impulso a un conjunto de medidas que garanticen a quienes le han sido vulnerados sus derechos el acceso a las instancias judiciales competentes e independientes que puedan investigar los hechos, sancionar a los culpables y ordenar las reparaciones correspondientes. De igual modo, se ha demostrado que, en situaciones de transición, los Estados pueden implementar un conjunto de medidas excepcionales que le permitan restaurar el orden y la democracia en defensa del derecho a la paz y la justicia. Sin embargo, dichas medidas no pueden afectar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, lo cual implica respetar unos límites dentro de los cuales se encuentran: la no concesión de amnistías e indultos frente a crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad; y evitar emitir leyes de punto final.

El acuerdo final para la terminación del conflicto en Colombia como herramienta de la justicia transicional

El 24 de noviembre de 2016, tras casi cuatro años de conversaciones, el Gobierno colombiano y las Farc-EP lograron el Acuerdo Final de Paz. Los diálogos iniciaron el 26 de agosto de 2012 con la definición de una agenda de trabajo sobre seis puntos, a saber: 1) reforma rural integral, 2) participación política, 3) cese al fuego y dejación de armas, 4) solución al problema de las drogas ilícitas, 5) víctimas y 6) mecanismos de implementación y verificación. El Acuerdo fue firmado el 24 de noviembre y ratificado por el Congreso el 30 de noviembre de 2016; luego, los integrantes de las Farc-EP iniciaron el proceso de desmovilización y desarme, que fue supervisado y verificado por una misión de observadores desarmados de la ONU.

El punto cinco del Acuerdo, sobre las víctimas del conflicto armado, desarrolla los componentes de verdad, justicia y reparación de las violaciones de derechos humanos cometidos contra estas. Para abordar dichas violencias, se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJNR), compuesto por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (en adelante, Comisión para el Esclarecimiento); la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado (en adelante, Unidad Especial de Búsqueda); y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

La Comisión para el Esclarecimiento es un mecanismo extrajudicial que tiene por objeto, en primer lugar, contribuir a develar los hechos ocurridos, conforme con su mandato, y dar una explicación amplia de la complejidad del conflicto, de manera que se promueva un entendimiento compartido tanto de la sociedad como del Estado, en especial, sobre los aspectos menos conocidos del conflicto armado, como el impacto en los niños, niñas y adolescentes; y la violencia basada en el género, entre otros (Gobierno de Colombia, 2016). En segundo lugar, la Comisión deberá promover y contribuir al reconocimiento de responsabilidades; y en tercer lugar, a promover la convivencia en los territorios.

La Unidad Especial de Búsqueda tiene como propósito:

[...] establecer lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas como resultado de acciones de Agentes del Estado, de integrantes de las Farc-EP o de cualquier organización que haya participado en el conflicto, y de esa manera contribuir a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación. (Gobierno de Colombia, 2016)

Por su parte, la JEP es el mecanismo judicial que tiene como mandato:

[...] satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de

manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y graves violaciones de los Derechos Humanos. (Gobierno de Colombia, 2016, p. 143)

A esta justicia serán sometidos los agentes del Estado (con un tratamiento diferenciado) y los miembros de las Farc-EP, incluidas las personas menores de 18 años, responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al DIH.

El Acuerdo Final plantea, además, el desarrollo de medidas de reparación integral para la construcción de la paz, las cuales:

[...] buscan asegurar la reparación integral de las víctimas, incluyendo los derechos a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición; y la reparación colectiva de los territorios, las poblaciones y los colectivos más afectados por el conflicto y más vulnerables, en el marco de la implementación de los demás acuerdos. Con este fin, se fortalecerán los mecanismos existentes, se adoptarán nuevas medidas, y se promoverá el compromiso de todos con la reparación del daño causado. (Gobierno de Colombia, 2016, p. 144)

En particular, el Acuerdo establece que el SIVJNR:

[...] parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, sobre la premisa de no intercambiar impunidades, teniendo en cuenta además los principios básicos de la Jurisdicción Especial para la Paz, entre los que se contempla que “deberá repararse el daño causado y restaurarse cuando sea posible”. (Gobierno de Colombia, 2016, p. 144)

El texto del acuerdo no plantea una mención específica respecto a quiénes son considerados como niños y niñas. No obstante, teniendo presente la referencia a las normas de derechos humanos como marco de interpretación, y al marco constitucional y normativo colombiano, debe entenderse que la categoría aceptada es la de personas menores de 18 años. Así, para todos los efectos de las disposiciones establecidas en el Acuerdo Final, todas las referencias a los niños y las niñas deben entenderse conforme al estándar antes planteado de personas menores de 18 años.

El reclutamiento ilícito y el acceso a la justicia

Los *principios de París* o principios guía sobre la niñez asociada con fuerzas o grupos armados (2007)¹ son el resultado del trabajo realizado por la ONU en consulta con actores claves en materia de niñez y conflicto armado, para lograr adoptar un conjunto de lineamientos y directrices que guíen a los Estados, y a todos los actores que se articulen con estos, en el acompañamiento de los niños y niñas desvinculados de grupos armados en su proceso de dejación de armas y retorno a la vida civil. Estos principios son una expresión de voluntades de los Estados, mas no son vinculantes para estos. No obstante, su importancia radica en que son una herramienta guía para el diseño de la política pública y de los programas en materia de prevención del reclutamiento ilícito, y la atención y reparación de las víctimas de esta práctica.

En materia de justicia, dichos *principios* plantean diversas medidas que se deben tener en cuenta al momento de implementar mecanismos dirigidos a establecer tanto las violaciones de los derechos humanos de las que fueron víctimas los niños desvinculados como los crímenes en que los Estados pudieron haber participado en razón de su vinculación con los grupos armados. Así, por ser una herramienta del derecho internacional, crucial para el momento histórico que vive Colombia, a continuación se describen sus principales lineamientos.

1 Estos principios fueron firmados por el Estado colombiano.

El principio 8.1 establece la importancia de cesar con la impunidad que existe frente a la sanción de los responsables del reclutamiento ilícito y la necesidad de contar con mecanismos para hacer que los perpetradores respondan ante la justicia, ya que esto puede servir como herramienta disuasoria frente a nuevas violaciones. Por ello, se plantea la importancia de que los Estados apoyen los mecanismos nacionales de justicia, y la promulgación e implementación de leyes que creen o refuercen los mecanismos nacionales y los tribunales internacionales o híbridos para abordar las violaciones de derechos humanos de los niños y las niñas víctimas de reclutamiento, incluida la violencia sexual (principios 8.2 y 8.5). Esto incluye la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)² por parte de los Estados y la adecuación de los estándares nacionales a lo previsto en el Estatuto (principio 8.3).

De igual modo, el principio 8.4 de los *principios de París* plantea que se deben adoptar:

[...] todas las medidas posibles para proteger los derechos de los niños y niñas que sean testigos y víctimas que hayan sido llamados a entregar pruebas de cualquier tipo en contra o a nombre de supuestos perpetradores de crímenes contra ellos/as o terceros. (Unicef, 2007)

Agrega que, bajo ninguna circunstancia, la oferta de servicios o el apoyo a los niños y las niñas desvinculados se debe condicionar a su participación en mecanismos judiciales, así como tampoco se puede castigar o amenazar a los niños con ser llevados a la justicia o sufrir castigo solo por pertenecer a los grupos armados.

Por otro lado, se plantea que los niños y niñas que son “acusados de delitos según el derecho internacional o la legislación nacional supeuestamente cometidos durante su vinculación con grupos o fuerzas armadas tienen derecho a ser tratados en concordancia con los estándares internacionales para la justicia juvenil” (Unicef, 2007).

2 El Estatuto de Roma establece que los niños y niñas no serán enjuiciados por ninguna corte o tribunal internacional.

Además, se observa que:

[...] 8.9.0 Se buscarán alternativas al proceso judicial para niños y niñas a nivel nacional;

8.9.1 Si se llevan a cabo procedimientos legales de orden nacional, los niños y las niñas tienen derecho a los niveles más altos de garantías existentes, de acuerdo con la legislación y los estándares internacionales y se deberán hacer todos los esfuerzos para buscar alternativas de ubicar a estos niños y niñas en instituciones.

8.10 Dondequiera que elevados números de personas estén enfrentando cargos penales como resultado del conflicto armado, el procesamiento de casos de niños y niñas, así como de madres [adolescentes] que tengan consigo a sus niños en detención, deberá tener la prioridad.

8.11 La niñez vinculada a fuerzas o grupos armados que retornan a comunidades sin haber pasado por ningún proceso judicial o de otro tipo deberá ser monitoreada de cerca para asegurarse de que no estén siendo tratados como chivos expiatorios o sean objeto de cualesquiera procesos o mecanismos que contravengan sus derechos. (Unicef, 2007)

Con relación a la judicialización de personas menores de edad, los estándares internacionales plantean que los Estados deben crear sistemas diferenciados de aquellos aplicables a los adultos³. Sobre el particular, la CDN señala:

Artículo 40. Numeral 3. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

3 Al respecto, ver el apartado de justicia juvenil de los *Principios de París*.

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Conforme con lo anterior, es claro que los Estados que han ratificado la CDN asumen la obligación internacional de crear leyes y procedimientos diferenciados para los niños y niñas en conflicto con la ley penal, atendiendo al principio de protección prevalente y al interés superior del niño. En consonancia con lo anterior, el Estado colombiano adopta en su jurisdicción interna un sistema penal adolescente, el cual está regulado en el *Código de la infancia y la adolescencia*.

Esta ley señala al respecto, en su artículo 148, que su aplicación tanto en el proceso como en la ejecución de medidas por responsabilidad penal para adolescentes estará a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia (artículo 148 del *Código de la infancia y la adolescencia*).

Marco general de la protección especial de los niños y las niñas

Conforme con la CDN, con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (OPAC, por su sigla en inglés), con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y con otros instrumentos internacionales ratificados por Colombia, son considerados niños y niñas todas las personas menores de 18 años, sin distinción alguna por razones de raza, sexo, género, etnia, entre otros factores.

La CDN establece en el artículo 1 que, “[...] para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Dicha norma es compatible con lo dispuesto en la Ley de Infancia y Adolescencia, artículo 3,

según la cual “son titulares de los derechos consagrados en el Código todas las personas menores de 18 años”.

Según lo anterior, tanto en el ámbito interno colombiano como en el internacional, se entiende que las personas menores de 18 años son reconocidas como niños y niñas, y por ello ameritan una protección especial y trato diferencial.

Así las cosas, las personas menores de 18 años gozan de una protección reforzada según el marco internacional y la Constitución Política de Colombia debido a su condición de sujetos de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembros de la sociedad. Al respecto, la Sentencia T-260/12 (Corte Constitucional) observa:

El artículo 44 de la Constitución Política es inequívoco al establecer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás como consecuencia del especial grado de protección que aquellos requieren, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación. (Corte Constitucional, Sentencia T-260, 2012)

Igualmente, la Corte expresa que los niños y las niñas víctimas del conflicto armado, además de ser destinatarios de protección diferencial y prevalente por su condición de personas menores de edad, deben recibir un trato prioritario con el objeto de abordar y reducir los efectos del conflicto armado. Agrega que la situación de especial protección en que se encuentran los niños y niñas resulta determinante en un escenario de conflicto armado, ya que se incrementan los riesgos de afectación de sus derechos, sobre todo cuando son vinculados a la guerra. Para atender esta afectación, sin embargo, tanto el orden jurídico internacional como el nacional han adoptado medidas destinadas a evitar o, al menos, mitigar los efectos negativos que el conflicto puede causar sobre ellos (Corte Constitucional, 2016).

Con el objeto de establecer las medidas y decisiones que mejor satisfagan los derechos de los niños y las niñas —en especial de aquellos víctimas del conflicto armado, como es el caso de los niños y niñas desvinculados de los grupos armados—, la CDN, en su artículo 4,

ha dispuesto que “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener como consideración primordial el interés superior del niño”. Dicho interés superior es 1) un derecho sustantivo y, por tanto, una obligación directa del Estado de aplicación inmediata; 2) un principio argumentativo integral que sirve para ponderar los derechos cuando hay más de una interpretación; y 3) una norma de procedimiento que les otorga garantías procesales especiales a los niños y las niñas (Corte Constitucional, 2014).

Al ser reconocido como un estándar internacional y nacional aplicable a las personas menores de 18 años, el *interés superior* debe servir de herramienta de interpretación de las medidas y disposiciones contenidas en el Acuerdo Final. De hecho, el texto del Acuerdo es claro en reconocer que:

Los menores de edad que hayan salido de los campamentos de las Farc-EP desde el inicio de las conversaciones de paz, así como los que salgan hasta la finalización del proceso de la dejación de armas, serán objeto de *medidas de especial atención y protección que se discutirán en el marco de la Comisión de Seguimiento y que incluirán los principios orientadores* que serán de aplicación a los menores de edad y los lineamientos para el diseño del Programa Especial conforme a lo establecido en el Comunicado Conjunto N.º 70, de fecha 15 de mayo de 2016, para garantizar la restitución de sus derechos con enfoque diferencial (énfasis agregado). (Gobierno de Colombia, 2016, p. 74)

El reclutamiento ilícito según la legislación colombiana

El Código de la infancia y la adolescencia, en el artículo 20, establece que los niños, niñas y adolescentes “serán protegidos contra: [...] el reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley”. De igual manera, en el artículo 41, numeral 29, dispone que:

El Estado [...] en cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá: [...] Asegurar que no sean expuestos a ninguna forma de explotación económica o a la mendicidad y abstenerse de utilizarlos en actividades militares, operaciones psicológicas, campañas cívico-militares y similares. (Ley 1098 de 2006)

Aparte de dichas prohibiciones, el reclutamiento ilícito fue tipificado como delito por primera vez en el artículo 14 de la Ley 418 de 1997, el cual establece que:

[...] quien reclute a menores de edad para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años.

Más tarde, con la expedición del Código Penal (Ley 599 de 2000) se incorporó a este el reclutamiento ilícito de personas menores de 18 años como delito en el artículo 162 en los siguientes términos:

El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 599 de 2000)

Sobre el particular, en la Sentencia C-240 de 2009, la Corte Constitucional consideró que:

Las normas penales previstas en los artículos 14 de la Ley 418 de 1997 y 162 de la Ley 599 de 2000, lejos de controvertir los preceptos internacionales en la materia, aseguran la penalización de las conductas proscritas por la comunidad internacional frente al reclutamiento y utilización de menores en los conflictos armados. De hecho, aunque los tipos penales no son idénticos a los previstos en el DIH o en DPI —como no lo son ellos entre sí—, es claro que las conductas que tales disposiciones internacionales pretenden evitar en el concierto del conflicto armado están previstas

en el derecho penal interno. Esta conclusión e interpretación se ve reforzada con el principio de integración de las normas internacionales de derechos humanos que se encuentra previsto en el artículo 2° del Código Penal actual, por lo que se concluye que ninguna de las normas demandadas adolece de una omisión legislativa relativa violatoria de la Constitución o del bloque de constitucionalidad. (Corte Constitucional, 2009).

El reclutamiento ilícito en el Acuerdo de Paz y sus normas reglamentarias

El Acuerdo Final está centrado en las víctimas directas e indirectas del conflicto armado y por ello plantea la importancia de satisfacer sus derechos, en especial cuando se trata de poblaciones vulnerables, como los niños y las niñas (Gobierno de Colombia, 2016).

En materia de reclutamiento ilícito, el Acuerdo incorpora varias normas que ponen de presente la relevancia del tema para las partes firmantes. Tanto en el artículo 45 —que plantea la renuncia a la persecución penal para agentes del Estado— como en el capítulo sobre concesión de amnistías e indultos se señala que estas no proceden cuando se trate de delitos de lesa humanidad, el genocidio o las graves crímenes de guerra, tales como la toma y el reclutamiento de menores, conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma de 1998.

Con relación a los niños y las niñas en poder de las Farc-EP que fueron reclutados por el grupo armado, el Acuerdo de Paz establece la creación de un programa especial supervisado por un Comité Jurídico, con el objeto de facilitar un acuerdo humanitario para su entrega efectiva y abordar diversos aspectos jurídicos y de procedimiento frente a su reintegración y atención. Este Comité está compuesto por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Defensoría del Pueblo (como órgano de control del Estado) y un grupo de organizaciones de la sociedad civil, dentro de las cuales se encuentra la *Coalición contra la vinculación de niñas, niños y jóvenes al conflicto armado en Colombia* (Coalico), entre otros actores. Este Comité ha acompañado desde entonces el proceso

de entrega y reintegración de los niños y las niñas entregados por las Farc-EP (Gobierno de Colombia, 2016).

Por su parte, la Ley 1820 de 2016, la cual reglamenta el acuerdo especial en materia de la concesión de amnistías, indultos y tratamientos penales especiales, dispone en los artículos 23 y 46 que la renuncia a la persecución penal no procede cuando se trata del delito de reclutamiento ilícito conforme al Estatuto de Roma de la CPI.

En el mismo sentido, el artículo 58 de la Ley estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara —en proceso de control de legalidad por la Corte Constitucional— establece que “[...] no serán responsables penalmente las personas menores de dieciocho (18) años, pero si por cualquier razón la JEP decide avocar conocimiento de los casos esta renunciará a la persecución penal o extinguir la pena”.

La Ley 1922 de 2018, por medio de la cual se adoptan algunas normas de procedimiento de la JEP, establece como eje orientador los enfoques diferenciales y la diversidad territorial. Así, en el artículo 1.c. dispone que:

La JEP observará en todas sus actuaciones, procedimientos, decisiones y controles, enfoques diferenciales con ocasión de la condición de discapacidad; la orientación sexual o la pertenencia a la población LGBTI; la raza o etnia; la religión o creencia; la pertenencia a la tercera edad; o ser niños, niñas y adolescentes; entre otros. (Ley 1922 de 2018)

En el artículo 49 se establece que para decretar la renuncia a la persecución penal se requiere:

[...] prueba que permita establecer la edad para la época de los hechos, cuando la solicitud sea efectuada para obtener la renuncia de la persecución penal respecto de quienes siendo menores de dieciocho (18) años de edad hubieran participado directa o indirectamente en delitos de competencia de la JEP no amnistiables. (Ley 1922 de 2018)

A continuación, se analizarán las implicaciones jurídicas del Acuerdo de Paz y sus normas reglamentarias en materia de reclutamiento ilícito de cara a los estándares internacionales antes expuestos

y las normas previstas en la DUDHE, para establecer si en efecto el Acuerdo garantiza o no los derechos de las víctimas de reclutamiento ilícito a la verdad y a la justicia.

Análisis del reclutamiento ilícito en el Acuerdo de Paz conforme a los estándares internacionales

El reclutamiento ilícito hace parte del *corpus iuris internacional* desde antes de ser tipificado como delito en Colombia

El análisis de la existencia del reclutamiento ilícito como crimen internacional resulta importante para la interpretación de las disposiciones del Acuerdo, ya que al momento de la comisión de los delitos podría no haber estado vigente aun el tipo penal en la legislación interna. De igual modo, es relevante porque el Acuerdo de Paz remite al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y al DIH como marcos normativos de referencia, razón por la cual se debe establecer el momento en el que dicho crimen empezó a hacer parte del *corpus iuris* internacional.

En el ámbito internacional, el asunto de la aplicación del principio *Nullum crimen sine lege* y de irretroactividad de la ley penal en casos de reclutamiento ilícito ha sido objeto de análisis por parte de diversos tribunales internacionales, entre ellos el Tribunal Especial de Sierra Leona. En el caso de la Fiscalía contra Sam Hinga Norman (Tribunal Especial de Sierra Leona, 2004), este tribunal examinó el argumento de la defensa del acusado presentado en el alegato de excepciones preliminares, en cuanto a falta de jurisdicción respecto al delito de reclutamiento ilícito, debido a que en el momento de la ocurrencia de los hechos la prohibición del reclutamiento ilícito no era una costumbre de derecho internacional (Jiménez, 2016).

En la decisión de la Sala de Apelaciones del 31 de mayo de 2004, esta planteó que era claro que reclutar personas menores de 15 años es una infracción al DIH conforme a la Cuarta Convención de Ginebra

de 1949, a los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977 y a la CDN. En segundo lugar, la Sala señaló que el número de Estados que cuentan con legislación relativa a prohibir el reclutamiento ilícito demuestra que casi todos prohíben el reclutamiento de personas menores de 15 años, y que lo han hecho por mucho tiempo (Jiménez, 2016).

Por otro lado, la Sala estableció que teniendo en cuenta que alrededor de 185 Estados, incluida Sierra Leona, eran parte de los Convenios de Ginebra antes de 1996, era claro que las disposiciones de dichos convenios eran ampliamente reconocidas como parte del derecho internacional consuetudinario. Así, con base en dicho razonamiento, la sala consideró que el amplio reconocimiento y aceptación de la prohibición del reclutamiento ilícito de niños y niñas establecida en el Protocolo adicional II y en la CDN proporciona suficiente evidencia para determinar que la norma convencional hacía parte del derecho internacional consuetudinario antes de 1996 (Jiménez, 2016).

En el ámbito nacional, otra providencia que puede ayudar a esclarecer este tema es la emitida por el Tribunal Superior de Bogotá en el caso de Ramón Isaza y otros (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, 2014), confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se estableció que todos los hechos de reclutamiento estudiados por el Tribunal podían ser penalizados por la justicia colombiana, aun cuando algunos de estos fueron cometidos incluso antes de la vigencia de la Ley 418 de 1997, que tipificó por primera vez el delito de reclutamiento ilícito (Jiménez, 2016).

El Tribunal concluyó que, en aplicación de la figura del bloque de la constitucionalidad y de la legalidad extendida, la prohibición del reclutamiento de niños y niñas está vigente en Colombia desde la promulgación de la Ley 171 de 1994, mediante la cual se ratificó el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, es decir, el 16 de diciembre de 1994, el cual establece que “los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades” (Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, 2014). Finalmente, consideró que al tratarse de un delito de ejecución permanente se podían legalizar los cargos con base en la Ley 599 de 2000 (Jiménez, 2016).

Estos razonamientos permiten establecer que teniendo en cuenta que la JEP se rige tanto por sus normas propias como por los tratados internacionales ratificados por Colombia, los casos de reclutamiento ilícito que hayan tenido lugar antes de la expedición del Código Penal colombiano pueden ser conocidos por la JEP teniendo como fundamento el marco jurídico internacional vigente desde antes de 1996.

La calificación jurídica del reclutamiento debe incorporar el estándar de edad más garantista de los derechos de las víctimas

Como se señaló antes, el Acuerdo de Paz establece que el reclutamiento ilícito de personas no será objeto de amnistías o indultos. Dicha disposición fue recogida en la Ley de Amnistía e Indulto (artículo 23), en los siguientes términos:

Parágrafo. En ningún caso serán de amnistía o indulto únicamente delitos que correspondan a las conductas siguientes:

Los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción menores, desplazamiento forzado, del *reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en Estatuto Roma*. En el evento de que alguna sentencia penal hubiere utilizado los términos ferocidad, barbarie u otro equivalente, no se podrá conceder amnistía e indulto exclusivamente por las conductas delictivas que correspondan a las aquí enunciadas como no amnistiabiles (énfasis añadido) (Ley 1820 de 2016).

Tanto el Acuerdo de Paz como el artículo 23 de la Ley de Amnistía e Indulto (Ley 1820 de 2016) remiten al estándar del Estatuto de Roma, razón por la cual este debe ser examinado en forma exhaustiva. En conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.b.xxvi del Estatuto de Roma, se considera un crimen de guerra “[...] reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos

para participar activamente en las hostilidades”. Dicha norma establece como edad límite del reclutamiento infantil la de 15 años.

El estándar de edad del Estatuto de Roma es análogo al establecido en el DIH y en la CDN, artículos 38 y 39; todos plantean la edad límite en 15 años. No obstante, cabe mencionar que el Estado colombiano, al momento del depósito de dicho instrumento internacional, realizó una reserva para elevar la edad de 15 a 18 años⁴. Es decir, que el estándar colombiano es superior y más garantista que el de la misma CDN, ya que abarca a los niños entre 15 y 18 años.

Además de los estándares citados, el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados (OPAC)⁵ establece disposiciones específicas en materia de reclutamiento ilícito. Este tratado elevó la edad límite de reclutamiento obligatorio a 18 años y la del voluntario (solo para fuerzas armadas) a 16 años, con lo cual los países signatarios del OPAC se obligan a elevar el estándar establecido en la CDN, entre ellos, Colombia.

Si bien, el estándar que plantea el Acuerdo (15 años según la remisión al Estatuto de Roma) es, a primera vista, más bajo que el previsto en la legislación penal nacional —y en la reserva a la CDN formulada por Colombia y el OPAC—, en el ejercicio del control de constitucionalidad del Acuerdo Final (Sentencia C-007 de 2018) la Corte Constitucional colombiana observó que:

La expresión “reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”, que se condiciona en el entendido de que las conductas que constituyan ese delito cometidas hasta el 25 de junio de 2005 no son susceptibles de amnistía, indulto ni renuncia a la persecución penal, si el sujeto pasivo es una persona menor de 15 años de edad; a partir de ese momento, no lo

4 La decisión de aumentar la edad mínima para el reclutamiento y la participación de niños y niñas en los conflictos armados, se basó, entre otras razones, en la necesidad de reafirmar el principio de la protección especial de la niñez con el objeto de que los niños y niñas se desarrollen y sean educados en condiciones de paz y seguridad. Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2016.

5 Ratificado el 25 de mayo de 2005.

serán aquellas en las que el sujeto pasivo es una persona menor de 18 años (Corte Constitucional, 2018).

Si bien, a partir de la lectura propuesta por la Corte se amplía el marco de aplicación de las disposiciones del Acuerdo de Paz y, en particular, de la Ley de Amnistía e Indulto, los niños y las niñas entre 15 y 18 años, cuyos casos sean anteriores al 25 de junio de 2005, no entrarían en este rango; por lo tanto, sus casos podrían ser objeto de renuncia a la persecución penal o de amnistía o indulto. Así, la interpretación de la Corte pudo haber ido más allá para reconocer que, a partir del 28 de enero de 1991 —fecha en la cual Colombia depositó el instrumento de ratificación de la CDN ante la ONU formulando una reserva para elevar la edad del artículo 38 a 18 años⁶—, el reclutamiento de personas menores de 18 años tanto por las fuerzas militares como por grupos armados estaba proscrito.

Lo anterior supone que la JEP deba realizar un ejercicio de revisión de los estándares existentes en materia de reclutamiento, de la interpretación de la Corte Constitucional del Acuerdo de Paz, y del espíritu del acuerdo según el cual las víctimas —en particular los niños, las niñas y los adolescentes— son el centro del Acuerdo.

La calificación jurídica del reclutamiento, según el Acuerdo de Paz, debe hacerse conforme a la legislación nacional, y a los estándares del DIDH y del DIH

El Acuerdo de Paz establece que, para efectos del SIVJRNR, los marcos jurídicos de referencia incluyen principalmente el DIDH y el DIH:

6 El texto original en inglés de la reserva establece:

The Government of Colombia, pursuant to article 2, paragraph 1 (d) of the Convention, declares that for the purposes of article 38, paragraphs 2 and 3, of the Convention, the age referred to in said paragraphs shall be understood to be 18 years, given the fact that, under Colombian law, the minimum age for recruitment into the armed forces of personnel called for military service is 18 years. Véase en Naciones Unidas (S. F), Colección

[...] Las secciones del Tribunal para la Paz, las Salas y la Unidad de Investigación y Acusación, al adoptar sus resoluciones o sentencias, harán una calificación jurídica propia del Sistema respecto a las conductas objeto del mismo, calificación que se basará en el Código Penal colombiano y/o en las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación del principio de favorabilidad. (Gobierno de Colombia, 2016)

Lo anterior significa que la JEP tiene la potestad de realizar su propia calificación jurídica de las conductas o delitos objeto de examen a partir no solo de las normas nacionales, sino también de los estándares establecidos en las normas del DIDH y el DIH. Así, en cuanto al reclutamiento ilícito, esta deberá realizar un análisis juicioso de las normas y estándares internacionales vigentes en la época de los hechos para establecer bajo qué estándar avocará el estudio de los casos. Esta potestad tiene varias implicaciones frente al reclutamiento de niños y niñas, a saber:

1. Teniendo en cuenta que el reclutamiento ilícito es un crimen de guerra (bajo las normas del DIH y del Estatuto de Roma), la JEP debería realizar una lectura compleja de este delito. Esto plantea identificar otras conductas que suelen concurrir con el reclutamiento, como la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes; la violencia sexual y la desaparición forzada, entre otros delitos.
2. De igual manera, teniendo en cuenta que el reclutamiento también es una violación de los derechos humanos, se requiere establecer los derechos que fueron vulnerados a los niños y las niñas durante su vinculación al grupos armado, tales como el derecho a la familia, a la educación, a la salud, a la integridad personal

de tratados, en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec

y a la vida, entre otros derechos. Este elemento es clave para identificar las necesidades de niños, niñas y adolescentes, y así adecuar la oferta estatal del proceso de reintegración a dichas necesidades. Además, es importante para establecer la responsabilidad del Estado y de los perpetradores del reclutamiento para determinar la reparación de las víctimas.

El abordaje del reclutamiento desde esta mirada integral exige, además, que se analicen las circunstancias y factores que promovieron el reclutamiento y que pueden constituir delitos conforme a la legislación penal colombiana, con el objeto de remitir los expedientes a la justicia penal ordinaria para que esta impulse su correspondiente investigación. Dentro de estos hechos se encuentran, por ejemplo, la violencia intrafamiliar, la violencia sexual, la utilización de los niños y las niñas en redes de microtráfico, la situación de abandono y desprotección, entre otros delitos (Jiménez, 2016). El Acuerdo debe interpretarse conforme a los principios de favorabilidad y del interés superior de los niños y las niñas

En línea con el razonamiento anterior, el Acuerdo de Paz incluye como herramienta de interpretación el principio de favorabilidad penal en beneficio de las personas sujetas a su jurisdicción (Gobierno de Colombia, 2016). Este principio puede ser empleado por el Tribunal para la Paz para adoptar la calificación jurídica del delito de reclutamiento más favorable para los miembros de las Farc-EP. Esto significaría que se podrían realizar calificaciones jurídicas conforme al estándar establecido en el Estatuto de Roma (15 años) y no en aquel establecido por el DIDH o el Código Penal, que plantean un estándar de edad más alto de 18 años (Jiménez, 2016).

No obstante, el Tribunal para la Paz, a su vez, debería emplear el principio del interés superior del niño, establecido tanto en la CDN como en el *Código de la infancia y la adolescencia*; y el *principio pro infans*, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como herramienta de interpretación para establecer la calificación de la conducta, ya que se trata de delitos contra personas menores de edad, las cuales tienen una protección reforzada en el ordenamiento jurídico colombiano.

El *principio del interés superior del niño* está consagrado en el artículo 3 de la CDN, el cual plantea que:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Dicha norma implica que cualquier acción que emprenda el Estado deberá estar orientada a satisfacer las necesidades primordiales del niño o la niña, y que deberá ser la que más beneficie el desarrollo integral de sus derechos, atendiendo a sus circunstancias individuales y a su situación individual (Jiménez, 2013, p. 26).

Sobre el particular, la Corte Constitucional establece que, para justificar una decisión basada en dicho principio, se requiere que se cumplan al menos cuatro condiciones fundamentales:

1. El interés del niño o la niña en favor de quien se actúa debe ser real, esto es, debe tener relación con sus necesidades particulares, y con sus aptitudes físicas y psicológicas.
2. Debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás. Así, su existencia y protección no puede depender de la voluntad o capricho de quienes estén a cargo de su protección o cuidado.
3. Este se aplica cuando existen intereses en conflicto, lo cual requiere un ejercicio de ponderación, es decir, de balance entre estos intereses.
4. Debe demostrarse que dicho interés está orientado a lograr un beneficio jurídico superior, que favorezca el desarrollo pleno y armónico del niño, la niña o el adolescente (Corte Constitucional, 1995).

Por su parte, el *principio pro infans* ha sido concebido por la Corte Constitucional como “un instrumento jurídico valioso para

la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes” (Corte Constitucional, 2014).

Con base en los argumentos expuestos se concluye que si bien la JEP debe aplicar el principio de favorabilidad, esta también debe guiarse por el principio del interés superior y el *principio pro infans* para tomar decisiones que respondan al estándar más alto de protección de los derechos de los niños y las niñas como víctimas del conflicto armado.

Tratamiento de niños y niñas reclutados de manera ilícita

Un asunto de especial consideración a nivel internacional ha sido la responsabilidad penal de los niños y las niñas que han participado en grupos armados, ya que si bien son víctimas de reclutamiento ilícito, también pudieron haber participado en crímenes de guerra o lesa humanidad. También se han generado debates en cuanto a si el abrir investigaciones judiciales a los niños y las niñas desvinculados está acorde con los estándares internacionales o si, por el contrario, esto supondría una violación de las normas de la CDN y otros tratados internacionales.

Sobre el particular, la jurisprudencia internacional establece que se pueden abrir procesos penales en contra de los niños y las niñas que hayan tomado parte en las hostilidades y que hayan incurrido en delitos, siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso y se establezcan mecanismos diferenciales para esta población (Office of the Special Representative of the Secretary-General for Children Affected by Armed Conflict, 2011).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que:

[...] si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas

con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. (Corte IDH, OC-17, 2002)

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-203 de 2005, observa:

Una revisión sumaria del derecho comparado en cuanto al tema que ocupa la atención de la Sala confirma la proposición básica que se ha venido estudiando, a saber, que los menores de edad sí pueden incurrir en responsabilidad penal, y que en consecuencia deben recibir un tratamiento jurídico-procesal adecuado a su condición de sujetos de especial protección, de conformidad con los principios de diferenciación y de especificidad (apartado 4.2.5.1.3) tanto del procedimiento como de las medidas a imponer. (Corte Constitucional, Sentencia C-203, 2005)

Agrega la Corte que, en los procedimientos seguidos contra niños desvinculados de grupos armados, se deben seguir de manera estricta las pautas constitucionales e internacionales mínimas que están establecidas en el artículo 44 de la Carta Política, en las Reglas de Beijing y en la CDN, entre otros tratados. Se trata de parámetros de obligatorio cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por mandato expreso del artículo 44 de la Constitución, el cual señala que los niños son titulares de la totalidad de derechos consagrados en instrumentos internacionales a su favor. “Dichos parámetros han de obrar, a la vez, como criterios obligatorios de interpretación de las normas infraconstitucionales vigentes en nuestro país” (Corte Constitucional, Sentencia C-203, 2005).

Sobre el particular, se ha sostenido que, si bien se pueden iniciar dichos procedimientos penales en contra de los niños y las niñas desvinculados, existen varias consideraciones especiales que se deben tener en cuenta a la hora de establecer la sanción:

[...] (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) el grado de responsabilidad que cabe atribuir

a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes, (d) *la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta —entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápites precedentes—*, y (e) la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito. También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. (énfasis añadido). (Corte Constitucional, Sentencia C-203, 2005)

En conformidad con las consideraciones de la Corte Constitucional, se debería reforzar la persecución penal de los reclutadores y no de los niños y las niñas bajo su mando, ya que dichos comandantes, además de haber violado la prohibición de reclutar personas menores de 18 años, los expusieron a los riesgos que genera el conflicto armado, los separaron de sus entornos protectores y promovieron las circunstancias para su vinculación a las acciones del grupo armado (Jiménez, 2016).

No obstante, en caso de que, según la información recabada y la gravedad de las conductas cometidas, haya argumentos para continuar con el proceso seguido a quienes cometieron delitos siendo niños o niñas, o que son menores de 18 años en la actualidad, se les deben brindar todas las garantías que esto implica ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas y luego ante la Sala de Amnistía e Indulto, para ser beneficiarios de estas prerrogativas (Gobierno de Colombia, 2016, artículo 21 y ss. del Anexo I).

Al trasladar esta argumentación al marco jurídico planteado por el Acuerdo de Paz y sus normas reglamentarias, se identifican las siguientes consideraciones:

1. El texto del Acuerdo de Paz no plantea mecanismos diferenciados para los miembros de las Farc-EP dependiendo de su edad. Tan solo señala que “el funcionamiento del componente de justicia del SIVJRNR es inescindible y se aplicará de manera simultánea e integral a todos los que participaron directa e indirectamente en el conflicto armado, y sus decisiones ofrecerán garantías de seguridad jurídica a todos los anteriores” (Gobierno de Colombia, 2016, numeral 15).
2. No obstante, como se señaló antes, el artículo 58 de la ley estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, en proceso de control de constitucionalidad por la Corte, establece que:

[...] no serán responsables penalmente por delitos en el contexto, por causa, con ocasión y en relación directa o indirecta con conflicto armado, quienes los cometieron siendo menores de dieciocho (18) años. Pero si por cualquier razón llegaren a su conocimiento, la JEP tomará la decisión que corresponda para renunciar a la persecución penal o extinguir la pena⁷.

3. Esta disposición plantea entonces una posición de reconocimiento de la situación de víctimas de los niños y las niñas reclutados por los grupos armados, quienes durante su participación en estos grupos hacían parte de un aparato organizado de poder, con una política y línea de mando; por tanto, estaban supeditados a este. De igual forma, implica un reconocimiento de la necesidad de que los niños y las niñas desvinculados reciban una atención especial por parte del Estado, primariamente focalizada en medidas de restablecimiento de derechos y de justicia restaurativa con el objeto de apoyarlos

⁷ El texto final al momento del artículo no era público. Este extracto fue tomado del texto borrador sometido a examen de la Corte Constitucional.

en la superación de los impactos del conflicto y el desarrollo de sus proyectos de vida.

Según esta norma, la primera medida de la JEP debería ser excluirlos de los procedimientos judiciales; y si decide conocer de algún caso, debería renunciar a la persecución penal.

4. La norma bajo análisis no implica necesariamente que los delitos en los que pudieron haber participado las personas menores de edad queden en la impunidad, ya que como se señaló antes, teniendo en cuenta que las conductas fueron llevadas a cabo con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y dentro de un aparato organizado de poder, los comandantes como máximos responsables pueden ser llamados a responder por dichos delitos bajo las consideraciones especiales que plantea el Acuerdo.

Reparación de niños y niñas reclutados de manera ilícita

Como se indicó antes, el reclutamiento ilícito es un delito de especial gravedad que genera la vulneración múltiple de los derechos humanos de los niños y las niñas, y que tiene serios impactos físicos, psicológicos, de aprendizaje, de socialización, etc. Estos efectos en la niñez han sido estudiados desde diferentes instancias en el país, así como por la jurisprudencia nacional e internacional⁸.

Acerca de dichos impactos, es importante observar que, en muchos casos, las violaciones a sus derechos humanos que dejan huellas en diferentes ámbitos del niño o la niña no comienzan en el momento de su reclutamiento, ya que, en muchos casos, estos han sufrido con anterioridad de abandono, violencia intrafamiliar o violencia sexual, entre otras situaciones (Jiménez, 2014).

8 Ver sentencia de reparaciones del Caso de Thomas Lubanga Dylo, de la Corte Penal Internacional; la sentencia de alias “el Alemán”, del Tribunal Superior de Justicia y Paz; y la sentencia de Orlando Villa Zapata del Tribunal superior de Bogotá, entre otras.

Sobre el particular, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), en su estudio sobre reparación integradora para las víctimas de reclutamiento en Colombia, señala que el “reclutamiento ilícito es un fenómeno complejo y multicausal, en el cual las condiciones previas y que hicieron posible o facilitaron el reclutamiento también deben ser consideradas al momento de evaluar el impacto y proponer una respuesta” (Jiménez, 2014, p. 11).

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) agrupa los factores de riesgo del reclutamiento en tres categorías: 1) entornos familiar y comunitario, que abarca las vulnerabilidades por amenaza y victimización (directa, o de un miembro de su núcleo familiar o del entorno próximo), tales como la violencia intrafamiliar y la violencia sexual; 2) vulnerabilidades por exclusión social y económica, en casos como la pobreza, la ausencia de las instituciones del Estado, la deserción escolar, la falta de oportunidades y la cercanía del conflicto armado en el territorio; 3) vulnerabilidades asociadas con los atributos culturales de los niños, en donde el fuerte imaginario de la guerra, la atracción por las armas, y la necesidad de poder, de reconocimiento de sus pares y de pertenencia a un grupo son factores determinantes para el reclutamiento de niños y niñas. Además, la violencia sufrida por los niños y las niñas en el marco del conflicto puede promover que se unan a un grupo armado en busca de protección o venganza por lo sucedido a sus familiares (Jiménez, 2014).

La vulnerabilidad de los niños y las niñas frente al conflicto armado, y la necesidad de reconocerlos como víctimas y garantizar su reparación son temas abordados en varios apartes del Acuerdo de Paz. Se expresa, por ejemplo, que “es necesario reconocer a todas las víctimas del conflicto, no solo en su condición de víctimas, sino también y principalmente, en su condición de ciudadanos con derechos” (Gobierno de Colombia, 2016, p. 124). Además, se reconoce la importancia de reparar a aquellos grupos sociales que han sido marginados y excluidos a lo largo de la historia, como los niños, las niñas y los adolescentes.

En materia de verdad, el Acuerdo de Paz establece, por ejemplo, que:

El fin del conflicto constituye una oportunidad única para satisfacer uno de los mayores deseos de la sociedad colombiana y de las víctimas en particular: que se esclarezca y conozca la verdad sobre lo ocurrido en el conflicto. Colombia necesita saber qué pasó y qué no debe volver a suceder nunca más, para forjar un futuro de dignificación y de bienestar general y así contribuir a romper definitivamente los ciclos de violencia que han caracterizado la historia de Colombia. (Gobierno de Colombia, 2016, p. 130)

El derecho a la verdad de las víctimas de reclutamiento debe traducirse en acciones concretas para reconocer que lo que les sucedió es una grave violación de derechos humanos, y que respondió a planes y políticas concertadas por actores armados, cuyo objetivo eran los niños y las niñas como instrumentos para la guerra. Además, la dinámica de reclutamiento debe ser diagnosticada para que la sociedad conozca la magnitud de la problemática y los impactos causados a las víctimas.

Frente a la búsqueda de los desaparecidos, el Acuerdo de Paz señala que será prioritaria la “búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto que se encuentren con vida, y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la localización y entrega digna de restos” (Gobierno de Colombia, 2016, p. 129). Esta disposición es de gran relevancia frente al reclutamiento ilícito, ya que son muchos los niños y las niñas muertos en combate o desaparecidos. Por ello, se debe enfatizar en la importancia de establecer el paradero de estos niños y niñas, como medida de satisfacción y contribución a la verdad.

En cuanto a las medidas de reparación, el Acuerdo de Paz establece que:

Se trata de medidas que buscan asegurar la reparación integral de las víctimas, incluyendo los derechos a la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la no repetición; y la reparación colectiva de los territorios, las poblaciones y los colectivos más afectados por el conflicto y más vulnerables, en el marco de la implementación de los demás acuerdos. (Gobierno de Colombia, 2016)

Se reitera la precisión formulada al inicio de este capítulo acerca de que en el Acuerdo de Paz se entiende por niños y niñas a todas las personas menores de 18 años cuyos derechos hayan sido vulnerados en el marco, o con ocasión, del conflicto armado. Es decir, el universo de víctimas incluye a los niños y las niñas reclutados por las Farc-EP, y por ello deben ser reparados de manera integral satisfaciendo todos los elementos que hacen parte de la reparación (Jiménez, 2016).

Así, las medidas de reparación establecidas en el Acuerdo de Paz deben ser garantizadas a todas las personas que siendo menores de 18 años fueron reclutadas —no solo por las Farc-EP sino por las fuerzas militares—, aunque estas sean condenadas cuando adultas por el Tribunal para la Paz por hechos cometidos a partir de haber alcanzado su mayoría de edad, como responsables de crímenes cobijados por el derecho internacional; e, igualmente, a los adultos desmovilizados —bajo ciertos límites que deberá precisar la JEP— que en su infancia fueron reclutados en forma ilícita (Jiménez, 2016).

Es importante recalcar que los daños causados a los niños y las niñas por causa del reclutamiento no terminan al cumplir la mayoría de edad; este es un límite legal que, si bien regula el marco acción de las políticas del Estado, no debe ser interpretado como un obstáculo para reparar a las víctimas de reclutamiento ilícito (Jiménez, 2018). Lo anterior tiene especial relevancia si se tiene en cuenta que es probable que, al momento de que empiecen las actuaciones judiciales, los niños y las niñas entregados por las Farc-EP ya habrán cumplido la mayoría de edad; y que muchos adultos desmovilizados con seguridad declararán que fueron reclutados siendo niños. Así, la JEP va a tener que definir unos criterios para lograr realizar dichas reparaciones, sin que esto signifique una tensión entre los derechos de las víctimas y de los miembros de los grupos armados y los de las víctimas de reclutamiento ilícito.

Conclusiones

En este capítulo, se estableció que el derecho a la justicia ha sido desarrollado tanto a nivel internacional como nacional, y que abarca garantías como el debido proceso; el acceso a los recursos judiciales;

y la garantía de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas, entre otros elementos. De igual manera, se planteó que el marco normativo internacional incorpora medidas específicas para niños, niñas y adolescentes, quienes gozan de una protección reforzada por el Estado y los organismos internacionales, debido a la especial protección que estos ameritan por su grado de desarrollo y sus necesidades especiales. En particular, se identificó que, en situaciones de negociación de la paz, la justicia transicional es una herramienta importante para acercar a las partes y negociar acuerdos que logren poner fin a las confrontaciones armadas, investigar las violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto, dar a conocer la verdad y reparar a las víctimas.

En este contexto, el Acuerdo Final resulta ser una herramienta fundamental para avanzar en la construcción de la paz en Colombia y abordar los hechos que tuvieron lugar por causa y con ocasión del conflicto armado. Dicho acuerdo incorpora un conjunto de normas que establecen los mecanismos y medidas especiales para abordar el tema de la justicia en el marco del SIVJNR, dando particular relevancia a los derechos de las víctimas, dentro de las cuales presta atención específica a niños, niñas y adolescentes.

Un asunto de especial consideración en el Acuerdo Final es el del reclutamiento ilícito, frente al cual se dispone que no se podrán otorgar amnistías e indultos por causa de la comisión de este crimen de guerra, conforme al estándar de la CPI. La remisión a dicho estándar ha generado gran controversia, ya que es más bajo que el establecido en la legislación penal colombiana y en el OPAC. No obstante, gracias al análisis propuesto por la Corte Constitucional, se estableció que dicho estándar debe ser interpretado en el sentido de entender que la edad de 15 años rige hasta el 25 de junio de 2005, fecha en la cual este fue elevado a 18 años por el OPAC y ratificado por Colombia. Así, a partir de dicha fecha, se debe seguir el estándar de 18 años. Si bien esta interpretación es un gran avance, porque amplía el marco de protección de los niños y niñas, la Corte pudo haber ido más allá para establecer como referente la reserva hecha por Colombia a la CDN, la cual es mucho anterior (1991) y desde entonces planteaba la edad de 18 años.

Por otro lado, el Acuerdo de Paz y sus normas reglamentarias establecen que es deseable que los niños y las niñas reclutados por los

grupos armados sean excluidos de la jurisdicción de la JEP, lo cual significa que estos no serán juzgados por este tribunal. Dicha decisión es similar a la establecida en el Estatuto de Roma, el cual establece que no tendrá jurisdicción para juzgar a personas menores de 18 años. No obstante, en caso de que algún caso fuera conocido por la JEP, se dispone que se debería propender por cesar la persecución penal. Este planteamiento responde, sin duda, a la consideración primordial de las niñas y los niños desvinculados como víctimas, y a la necesidad de implementar medidas de justicia restaurativa y restablecimiento de derechos frente a estos, teniendo en cuenta la gravedad de los impactos sufridos.

Respecto a la interpretación de las normas del Acuerdo, se demostró que los principios de la CDN son un marco de referencia importante al cual debe acudir la JEP para interpretar cualquier asunto relacionado con los derechos de los niños y las niñas. Esto se debe no solo a que la CDN hace parte del bloque constitucional —al ser un tratado de derechos humanos ratificado por el Estado colombiano— sino a que el mismo Acuerdo de Paz establece como marco de referencia el DIDH y el DIH. Así, para establecer la calificación jurídica del reclutamiento, la JEP podrá acudir a los tratados de niñez con el objeto de que dicha calificación adopte el estándar más alto que satisfaga el interés superior de los niños y las niñas.

En materia de reparación, se determinó que, conforme al Acuerdo de Paz y los estándares internacionales y la DUDHE, las víctimas de reclutamiento ilícito deberían ser reparadas de manera integral, aunque hayan cumplido la mayoría de edad dentro de los grupos armados o con posterioridad a la desmovilización, ya que los daños ocurrieron siendo niños y no cesan por el simple hecho de cumplir la mayoría de edad.

Y para terminar, se concluye que el Acuerdo de Paz es un avance significativo frente a la superación de la problemática del reclutamiento ilícito por este grupo armando, hoy desmovilizado, y que las disposiciones del Acuerdo de Paz satisfacen el interés superior del niño, da un tratamiento diferencial a las víctimas y promueve mecanismos de participación en todas las instancias del SIVJRNR. Así, se espera que, en la práctica, la consideración especial de las víctimas de reclutamiento sea garantizada en acciones concretas y que se logre hacer justicia frente

a las graves violaciones de derechos humanos que sufrieron; entre estas, la pérdida de la infancia y el no crecer en el seno de sus familias.

Referencias

- Centro Internacional para la Justicia Transicional. (2018). *¿Qué es la justicia transicional?* <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 171 de 1994. *Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977.* http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0171_1994.html
- Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 418 de 1997. *Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.* <https://bit.ly/2RMPm0R>
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 del 2000. *Código Penal.* <https://bit.ly/3crrt0M>
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.* <https://bit.ly/3ci9uS5>
- Congreso de la República de Colombia. (2016). Ley 1820 de 2016. *Ley de Amnistía e Indulto.* <https://bit.ly/32Qkovf>
- Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 1922 de 2018. *Por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz.* <https://bit.ly/35XYqIK>
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH). (1969, 22 de noviembre). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (entrada en vigor: 18 de julio de 1978). <http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>
- Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-203 del 8 de marzo de 2005.* (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa). Ref. D-5366.
- Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-240/09.* (M. P. Mauricio González Cuervo). <https://bit.ly/3mGLcpx>
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia T-260 del 29 de marzo de 2012.* M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia C-069 del 18 de febrero de 2016.* M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Expdte. D-10886.

- Corte Constitucional (2018). *Sentencia C-007 del 1.º de marzo de 2018*. M. P. Diana Fajardo Rivera. Expdte. RPZ-001
- Corte IDH. (1999). *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Sentencia, San José de Costa Rica.
- Corte IDH. (2002). *Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002*. “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.
- Corte IDH. (2014a). *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares., Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, N.º 276. San José de Costa Rica: Corte IDH.
- Corte IDH. (2014b). *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares., Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N.º 283.
- Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, DUDHE. (2007). Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya. <https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2006). Informe defensorial. Caracterización de las niñas, niños y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: Inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos. *La niñez y sus derechos*. Boletín N.º 9. Unicef.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas. (1998). ONU Derechos Humanos Colombia. <https://bit.ly/3civyfa>
- Gobierno de Colombia. (2016). *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. <https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acuerdo-Final.aspx>
- ICBF. (2012). Vulnerabilidad, reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por grupos armados organizados al margen de la ley. *Observatorio del Bienestar de la Niñez*, N.º 3.
- ICBF. (2013). Reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por GAOML: Una mirada a sus factores de riesgo según género. *Observatorio del Bienestar de la niñez*, N.º 9.
- Jiménez, A. M. (2013). *Enfoque diferencial en la protección de los derechos humanos*, Módulo 2. Universidad Santo Tomás.
- Jiménez, A. M. (2014). *Reparación integradora para niños, niñas y jóvenes víctimas de reclutamiento ilícito en Colombia*. ICTJ.

- Jiménez, A. (marzo de 2016). Análisis comparativo de procesos y sentencias proferidas en Justicia y Paz en materia de reclutamiento ilícito y violencia sexual contra niños y niñas. Unicef (sin publicar).
- Jiménez, A. M. (noviembre de 2016). El delito de reclutamiento ilícito en el Acuerdo de Paz firmado entre las Farc-EP y el gobierno colombiano. *Documento insumo de trabajo*. DeJusticia (sin publicar).
- Jiménez, A. M. (2018). Interpretación de la Ley de víctimas y de restitución de tierras a favor de los niños, niñas y adolescentes que han sido reclutados por grupos armados en Colombia. En Alfonso Camelo, H.B. C. Molina S., *Tendencias actuales de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en Colombia*. Ediciones USTA.
- Office of the Special Representative of the Secretary-General for Children Affected by Armed Conflict. (2011). *Working paper 3. Children and Justice During and in the Aftermath of Armed Conflict*. Naciones Unidas.
- Tribunal Especial de Sierra Leona. (2004). *Sam Hinga Norman*. Decisión de la Sala de Apelaciones sobre la petición preliminar basada en la falta de jurisdicción, de 31 de mayo de 2004.
- Tribunal Superior de Bogotá - Sala de Justicia y Paz. (2014, 29 de mayo). *Postulados: Ramón María Isaza Arango y otros*. M. P. Eduardo Castellanos Roso.
- Unicef. (2007). *Los principios de París: Principios y guía sobre niñez vinculada con fuerzas o grupos armados*. Nueva York. <https://www.unicef.org/spanish/protection/files/pariscommitments.pdf>
- Unicef. (2014). *Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño*. <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

La paz integral: el derecho a la paz y la obligación de cumplir el Acuerdo de Paz*

IRIS MARÍN ORTIZ

Introducción

La Constitución y el Derecho Internacional reconocen el derecho a la paz. Ahora bien, los límites y contenidos del derecho a la paz son amplios; existen discusiones sobre su naturaleza, contenido y alcance. La Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (DUDHE) hace alusión al derecho a la paz y lo define de la siguiente manera:

Todo ser humano y toda comunidad tienen derecho a que la vida humana quede garantizada por un sistema social en el que los

* Este capítulo es el resultado del trabajo investigativo realizado en el marco del proyecto de investigación “Derechos humanos emergentes ¿una utopía?” (código 1818003) del Grupo Estudios en Derecho Privado (línea de investigación: Sociología Jurídica) de la Universidad Santo Tomás, proyecto gestionado con recursos de esta institución mediante la convocatoria Fodein 2018.

valores de paz y solidaridad sean esenciales y en el que los conflictos se resuelvan mediante el diálogo y otras formas de acción social pacíficas. (DUDHE, art. 2, 2007)

Colombia ha estado inmersa en varios conflictos armados, al menos desde la fundación de las Fuerzas Armadas Revolucionaria de Colombia - Ejército del Pueblo (Farc-EP) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN) en 1964.

La Constitución de 1991 tuvo como una de sus causas y finalidades esenciales la búsqueda de la paz. Sin embargo, el conflicto armado continuó después de su expedición. En 2016, se dio fin al prolongado conflicto armado entre las Farc y el Estado colombiano, quienes finalmente, el 25 de noviembre de ese año, suscribieron el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (en adelante Acuerdo Final o Acuerdo de Paz).

El proceso de discusión del Acuerdo Final, de su implementación normativa y de su revisión de constitucionalidad ha ofrecido elementos que pueden contribuir a identificar aspectos conceptuales y de contenido del derecho a la paz.

Visto este contexto, este artículo resume los resultados del estudio del siguiente problema de investigación: ¿Cuál es el fundamento de la obligación de cumplir el Acuerdo de Paz según la Constitución de 1991, teniendo en cuenta el marco conceptual 1) del derecho a la reparación colectiva para las comunidades más afectadas por el conflicto armado; y 2) de las garantías de no repetición?

En aras de abordar este problema, se adoptó una metodología de investigación teórica basada en la revisión de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre el derecho a la paz, así como en la definición jurídica y doctrinal del derecho a la reparación.

En el desarrollo de la investigación, se estudió la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la paz, en el marco del proceso de implementación del Acuerdo de Paz. En segundo lugar, se analizó el concepto de *paz negativa* y *paz positiva*, así como los conceptos de *reparación colectiva* y *garantías de no repetición*. Después se aplicaron dichos conceptos para analizar los contenidos del Acuerdo de Paz. Revisados estos dos asuntos, el artículo presenta, como conclusiones

de este análisis, algunas consecuencias conceptuales que esta discusión ofrece para la definición conceptual del derecho a la paz.

La Constitución de 1991 y el alcance de la obligación constitucional de cumplir el Acuerdo de Paz

La Constitución de 1991 fue expedida por una Asamblea Constituyente que fue convocada como resultado del movimiento social de “La Séptima Papeleta”. Este movimiento llamó a la ciudadanía a depositar en las urnas una papeleta, en la jornada electoral del 27 de mayo de 1990, en la que se pronunciarían a favor de la convocatoria a una Asamblea Constituyente¹. Después de la masiva votación de la séptima papeleta, a través del Decreto 927 de 1990, el Gobierno citó a una jornada electoral para convocar a la Asamblea Nacional Constituyente y elegir a sus delegatarios.

La búsqueda de la convivencia pacífica, de la paz fue una motivación principal en el proceso de expedición de la Constitución de 1991 (Dugas, 1993). Por su parte, la Constituyente de 1991 estuvo compuesta por diferentes sectores; entre ellos, fueron acogidas personas desmovilizadas o que estaban en proceso de serlo como producto de los procesos de paz con varias guerrillas. Las deliberaciones de la Asamblea Constituyente estuvieron marcadas por frecuentes alusiones a la paz, a su búsqueda, a los mecanismos que deberían adoptarse para lograrla efectivamente (Lemaitre, 2011). Así lo ha recogido la jurisprudencia constitucional (Corte Suprema de Justicia, 1990; Corte Constitucional, 2018) al estudiar normas de implementación del Acuerdo Final con las Farc:

La Asamblea Constituyente del 91, en consecuencia, no solo fue una oportunidad para la reincorporación de los grupos armados que participaron durante los años ochenta y noventa de una

1 Mediante el Decreto 927 del 3 de mayo de 1990, se ordenó a la organización electoral contabilizar estas papeletas.

guerra recrudecida que involucró a todo tipo de actores², sino para la celebración de un pacto de transformación profunda del Estado colombiano, condensado en el tratado de paz que representó la Constitución Política de 1991. (Corte Constitucional, Sentencia C-080, 2018)

El texto de la Constitución, en consecuencia, recogió ese anhelo, convirtiendo la paz no solo en un propósito, sino en un derecho fundamental. En el preámbulo de la Constitución se señala que la paz es un fin que debe asegurarse a los integrantes de la Nación; el artículo 2 establece que la convivencia pacífica es un fin esencial del Estado; el artículo 22 reconoce la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento; el artículo 67 indica que la educación en Colombia debe estar orientada a la formación en el respeto a la paz; y el artículo 95.6 contempla como deber ciudadano propender al logro y mantenimiento de la paz.

Después de la expedición de la Constitución de 1991 —y en la medida en que, desafortunadamente, la guerra continuó—, se adelantaron procesos de negociación³ y se adoptaron medidas legislativas y políticas públicas que continuaron promoviendo la consecución de la paz⁴. Muchas de las medidas normativas fueron revisadas por la

2 Así se pronunciaba la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia n.º 59 del 24 de mayo de 1990: “[...] En ese periodo el país ha asistido a múltiples hechos de violencia que lo han horrorizado; la toma del Palacio de Justicia y la inmolación de 11 magistrados de esta Corporación, la muerte de tres candidatos presidenciales, la explosión de un avión cargado de pasajeros, las masacres, las fosas comunes, los atentados a los periódicos, las bombas que indiscriminadamente cobran víctimas inocentes, son ejemplos de una situación ya no solo atribuible a la guerrilla y al narcotráfico, sino a otras manifestaciones del crimen organizado”.

3 Se destacan el proceso de paz seguido con las Farc entre 1999 y 2002; y el proceso de negociación con las Autodefensas Unidas de Colombia que llevó a su desmovilización entre 2003 y 2006.

4 Entre dichas medidas, cabe destacar la Ley 418 de 1998 “de orden público” prevista inicialmente para una vigencia temporal y que ha sido prorrogada hasta hoy; la Ley 975 de 2005, conocida como de “Justicia y Paz”; la Ley 1424 de 2010; y la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras.

Corte Constitucional, lo que dio lugar a una importante jurisprudencia constitucional sobre las facultades del Estado para buscar la paz⁵.

En 2016, con la firma del Acuerdo de Paz con las Farc-EP, este grupo armado se integró al pacto constitucional de 1991, lo que para muchos constituyó un avance significativo en la realización de los propósitos del constituyente. Ahora bien, la firma del Acuerdo de Paz dio lugar a un amplio debate sobre la naturaleza de sus contenidos y la forma de hacerlos exigibles. Tal discusión tuvo implícito el debate sobre el alcance y contenido del derecho a la paz. En el trasfondo de dicho debate yacía la siguiente pregunta: Dado que la paz es un derecho, y su realización es un eje central de la Constitución de 1991, ¿de la Constitución deviene la obligación de cumplir el Acuerdo de Paz?

Al respecto, la Corte Constitucional debió analizar cada uno de los pasos que se dieron para *blindar* jurídicamente los acuerdos y dar lugar a una senda de cumplimiento y seguridad jurídica para quienes se sometían al Acuerdo de Paz.

El presidente de la República se había comprometido a someter el contenido de los acuerdos a la refrendación popular, lo que hizo a través de la convocatoria a un plebiscito. Para tal fin, se tramitó ante el Congreso un proyecto de ley estatutaria para la refrendación del Acuerdo Final, que debió ser conocido por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-379 de 2016. En dicha ocasión, la Corte entendió que la negociación y suscripción de los acuerdos de paz era una facultad del presidente de la República. Sin embargo, sostuvo también que el Acuerdo de Paz no tenía carácter normativo ni vinculante, ni lo adquiriría a través de la refrendación popular por plebiscito 1) por la naturaleza de este mecanismo de participación, que se dirige a la legitimación democrática de decisiones de carácter político, mas no de textos de carácter normativo; 2) porque la democracia no es solo la decisión de las mayorías, sino que es también dialógica y deliberativa; y el pueblo en un Estado constitucional también está sujeto a límites,

5 Entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional: Sentencias C-047 de 2001, C-048 de 2001, C-370 de 2006 y C-936 de 2010.

entre los que se encuentran el respeto de los derechos fundamentales y la deliberación para la adopción de decisiones.

La Corte entendió que el Acuerdo de Paz tenía una naturaleza política y su eventual estatus normativo estaría dado por su implementación normativa. La Corte condicionó el título del entonces proyecto de ley, así como varias de las disposiciones normativas⁶ “bajo el entendido de que el Acuerdo Final es una decisión política y la refrendación a la que alude el proyecto no implica la incorporación de un texto normativo al ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, Sentencia C-379, 2016).

El 2 de octubre de 2016, el Acuerdo de Paz se sometió a plebiscito a través de la pregunta: “¿Apoya usted el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera?”. En la contienda ganó la respuesta “no” por una precaria mayoría del 50.2 % sobre el 49.7 % de votos que obtuvo el “sí” (Jejen, 2018; Basset, 2018; Huertas, López y Jerez, 2019)⁷. En consecuencia, el Acuerdo de Paz sometido al plebiscito debió ser renegociado por las partes para incorporar propuestas de modificación formuladas por los sectores representativos del “no”. Una vez renegociado, el Acuerdo de Paz fue refrendado; esta vez, no por el pueblo a través del plebiscito, sino por el Congreso de la República, el 30 de noviembre de 2016⁸.

6 Artículos 1, 2 y 3 del Proyecto de Ley Estatutaria N.º 94/15, Senado-156/15 Cámara “por el cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

7 Algunos autores han sostenido que en la campaña del plebiscito abundó el uso de la palabra “paz”; sin embargo, su contenido fue ocupado ideológicamente.

8 El primer proceso de constitucionalidad de normas expedidas para la implementación del Acuerdo de Paz fue el del Decreto Ley 2204 de 2016, “Por el cual se cambia la adscripción de la Agencia de Renovación del Territorio”. Para iniciar su estudio, la Corte analizó si se había dado la “refrendación popular” como requisito para su entrada en vigencia, tal y como lo exigía el Acto Legislativo 01 de 2016. Dicho Acto Legislativo contempló facultades especiales de implementación normativa. Es decir, la primera duda que existía era si el Acto Legislativo de facultades de implementación estaba vigente (art. 5, Acto Legislativo 01 de 2016). La Corte concluyó que los resultados del plebiscito se

Refrendado el Acuerdo Final, en 2017 fue aprobada una reforma constitucional orientada a “dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” (Congreso de la República, Acto Legislativo 02, 2017).

La reforma estipuló lo siguiente, tal y como se aprecia en la tabla 1:

Tabla 1. Reforma constitucional en el marco del Acuerdo Final 2017

Artículo	Contenido
Artículo 1	En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera firmado, el 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales. Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final.
Artículo 2	El presente Acto Legislativo deroga el artículo 4 del Acto Legislativo número 01 de 2016 y rige a partir de su promulgación hasta la finalización de los tres periodos presidenciales completos posteriores a la firma del Acuerdo Final.

Fuente: elaboración propia a partir del texto de reforma.

La Corte Constitucional debió realizar el control automático de revisión de constitucionalidad de este Acto Legislativo a través de la Sentencia C-630 de 2017. Por tratarse de una reforma constitucional,

habían acatado, pues el Gobierno había renegociado de buena fe el Acuerdo Final con los voceros del “no”, triunfadores en el plebiscito. La Corporación llegó a esa conclusión después de revisar, una a una, las propuestas presentadas por el “no” y los cambios surtidos en el texto.

la Corte tuvo limitada su competencia en la revisión de constitucionalidad “solo por vicios de procedimiento en su formación”⁹. El Congreso de la República, como titular de la facultad de reforma de la Constitución, no está facultado para sustituirla en sus ejes esenciales, ni total ni parcialmente¹⁰. La Corte entró a analizar si el Congreso había excedido su competencia en la expedición de esta reforma constitucional.

El Alto Tribunal definió que la paz era un eje axial de la Constitución de 1991 que no podía ser sustituido ni total ni parcialmente por el constituyente derivado. Afirmó que el Acto Legislativo 02 de 2017 se inscribía “en el marco de un proceso orientado a conseguir y aclimatar la paz”, de manera que se conectaba en forma armoniosa con el lugar central que el Constituyente de 1991 había dado a la paz en el marco constitucional.

Sobre el posible valor normativo del Acuerdo de Paz, en primer lugar, la Corte entendió que, si bien el Acuerdo Final no tiene valor normativo *per se*, el Acto Legislativo lo convirtió en política de Estado, de manera que todas las autoridades estarían obligadas a cumplir de buena fe sus contenidos¹¹ (Corte Constitucional, Sentencia C-630, 2017). De modo que:

9 El Acto Legislativo 01 de 2016 creó el *Procedimiento Legislativo Especial para la Paz*, por medio del cual se autorizó la implementación de un proceso acelerado y abreviado para la implementación del Acuerdo de Paz. Según el artículo 1.k de dicho Acto Legislativo:

Los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados mediante el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz tendrán control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia [...]. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará solo por vicios de procedimiento en su formación. Los términos de esta revisión para leyes y actos legislativos se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados.

10 La teoría de la sustitución de la Constitución se fundó en la Sentencia C-553 de 2003. Posteriormente, la Corte la ha aplicado de manera consistente en el análisis de reformas a la Constitución.

11 Dice:

[...] el Acuerdo Final no tiene un valor normativo *per se*, lo que significa que *ex ante* de la activación de los mecanismos de implementación y desarrollo, como política de Gobierno vincula al Gobierno Nacional y

El concepto de *política de Estado* en este contexto alude a un proyecto a mediano y largo plazo sobre temas que, como en este caso, se refieren a la consolidación de una paz estable y duradera; a su vez, incluye medidas de transición hacia la paz de tipo penal, político, social, económico y cultural, de derechos de las víctimas, de seguridad ciudadana que conllevan los cambios estructurales necesarios de las causas que dieron origen al conflicto interno para su finalización y garantías de no repetición. Todos estos aspectos tienen un valor estratégico, pues no dependen de los variables dinámicas de la actividad política. (Corte Constitucional, Sentencia C-630, 2017)

Ese compromiso de mediano y largo plazo, de conformidad con el artículo 2 del Acto Legislativo, tiene vigencia durante tres periodos de gobierno.

Sobre el inciso primero del artículo 1, la Corte Constitucional (2017) señaló que la expresión *referente de validez* hace alusión a:

La conexidad que deben guardar las normas y leyes de implementación con el Acuerdo Final, así como a su concordancia con las finalidades del mismo, cual es la consecución de la paz estable y duradera. En este sentido, las normas que implementen o desarrollen

lo obliga a impulsar su implementación. Sin embargo, a partir del Acto Legislativo 02 de 2017, los contenidos del Acuerdo Final que correspondan a normas de derecho internacional humanitario y a derechos fundamentales consagrados en la Constitución serán parámetros de interpretación y referentes de desarrollo y validez de las normas de implementación de lo pactado, con sujeción al ordenamiento constitucional. Igualmente, a partir de ese acto legislativo el Acuerdo se adopta como *política de Estado*, de manera que todos los órganos, instituciones y autoridades del Estado, se encuentran comprometidos con su desarrollo e implementación de *buena fe*, y por tanto, cualquier desarrollo del mismo debe tener por objeto su cabal cumplimiento y guardar coherencia con sus contenidos, finalidades, espíritu y principios. Por la misma razón de su reconocimiento como política de Estado, teniendo en cuenta su refrendación y a partir del Acto Legislativo 02 de 2017, se dispuso que rigiera durante los tres periodos presidenciales siguientes. (Corte Constitucional, Sentencia C-630 de 2017)

el Acuerdo Final, proferidas por los cauces ordinarios o especiales de producción normativa, solo serán válidas: 1) si guardan conexión con los contenidos del Acuerdo Final que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o de derechos fundamentales definidos en la Constitución Política; 2) si tienen por objeto alcanzar las finalidades que buscaron las partes al suscribir el Acuerdo Final; y 3) si sus contenidos o su incorporación al ordenamiento jurídico, se sujetan a las disposiciones constitucionales. Si faltare uno cualquiera de tales requisitos, las respectivas normas de implementación o de desarrollo del Acuerdo Final carecerán de validez y, por lo mismo, deberán ser expulsadas del ordenamiento jurídico. (Corte Constitucional, Sentencia C- 630, 2017)

Estableció entonces que debe existir conexidad de las normas de implementación con el Acuerdo de Paz, pero también de las normas de implementación con los contenidos del Acuerdo Final ya implementados normativamente. La Corte Constitucional (2017) dijo que “la conexidad pasa también porque la norma que busca asegurar la implementación normativa del Acuerdo de Paz tenga concordancia con los contenidos del Acuerdo ya implementados y que integran el sistema de fuentes del derecho” (Corte Constitucional, Sentencia C-630, 2017).

La Corte también introdujo el concepto de *razonable pretensión de intangibilidad* de las normas ya implementadas¹². Este alcance interpretativo denota que las normas de implementación deberán cumplir los requisitos expuestos, al punto que podrían llegar a ser inválidas; es decir, podrían llegar a ser inconstitucionales, no por desconocer el Acuerdo de Paz, que no es norma jurídica, sino por desatender el Acto Legislativo 02 de 2017.

12 “Desde esa óptica, la conexidad opera en una doble vía: de un lado, entre las normas de implementación y los contenidos del Acuerdo Final; y, por el otro, entre las propias normas de implementación y desarrollo normativo, en el sentido de que disposiciones posteriores no pueden contradecir las expedidas con anterioridad sobre las cuales existe una razonable pretensión de intangibilidad”. Corte Constitucional, Sentencia C-630 de 2017

La Corte también desarrolló la obligación de todas las autoridades de todas las ramas del poder público de cumplir de *buena fe* (art. 83, Constitución Política) con el Acuerdo de Paz. Al respecto, reconoció un margen de apreciación y el mantenimiento de las competencias del Estado para elegir los medios que permitan, de mejor manera, cumplir con los contenidos y finalidades del Acuerdo de Paz, tal y como se puede ver en la tabla 2.

Tabla 2. Postulado de buena fe

Aspecto	Contenido
Postulado de buena fe	[...] la previsión bajo examen dispone, en armonía con lo establecido en el inciso precedente del mismo artículo, que la implementación de los contenidos del Acuerdo Final, en consonancia con el postulado de la <i>buena fe</i> , implica, necesariamente, tener como referencia de validez el mismo Acuerdo. No obstante tal obligación, las autoridades, en el ámbito de sus competencias, gozan de un margen de apreciación para elegir los medios más apropiados con el fin de cumplir de <i>buena fe</i> con los contenidos y finalidades del Acuerdo Final, en el marco de lo convenido, sin que sea admisible adoptar medidas que no tengan como propósito implementar o desarrollar lo acordado. [...]
Margen de apreciación	Ello comprende a los funcionarios de la Administración Pública, al Congreso obrando como Legislador y como constituyente secundario, y al propio órgano de control de constitucionalidad, cuyos juicios deberán producirse a partir, obviamente, de la Constitución, así como de la <i>conexidad</i> con los contenidos del Acuerdo Final ya implementados. Esta consideración, no conlleva, sin embargo, a una afectación de los principios de independencia y autonomía de los que gozan las Ramas del Poder Público.
Cumplimiento de buena fe del Acuerdo Final	En este sentido, el cumplimiento de <i>buena fe</i> del Acuerdo Final por parte de todas las autoridades, no implica la alteración de sus competencias constitucionales y legales, pues se trata, por el contrario, de un mandato constitucional consagrado en el Acto Legislativo 02 de 2017, el cual se traduce en el compromiso de contribuir efectivamente a la realización y cumplimiento del Acuerdo Final, siempre bajo el principio de supremacía constitucional. Este compromiso de implementar de <i>buena fe</i> excluye que, en relación con el Acuerdo de Paz, se adopten medidas que no tengan como propósito su implementación y desarrollo normativo. [...]

Aspecto	Contenido
Competencia de la rama Legislativa	De hecho, la Rama Legislativa tiene de manera preferente la labor de implementación normativa de los contenidos pactados. Dado que el Congreso goza de la <i>cláusula general de competencia</i> , su deber en el marco del proceso de paz resulta encaminado a construir las fórmulas que desarrollen y provean, de forma progresiva e integral, los instrumentos para la superación del conflicto armado y logro de la paz.
Autonomía legislativa y separación de poderes	Un aspecto fundamental para que el Congreso pueda ejercer su competencia radica en su capacidad para deliberar y decidir las iniciativas sometidas a su consideración. Para que ello ocurra, el debate parlamentario debe llevarse a cabo bajo el respeto del núcleo mínimo de la autonomía legislativa conforme a sus competencias constitucionales para la deliberación democrática. Igualmente, su competencia se restringe por el criterio de conexidad que se expuso arriba, así como con su obligación de cumplir de <i>buena fe</i> el Acuerdo Final. De esta manera, el Congreso puede realizar modificaciones que tengan como propósito facilitar la implementación y desarrollo del Acuerdo Final, en los términos de lo previsto en el Acto Legislativo 02 de 2017, objeto de la presente revisión. Así, se pondera la autonomía legislativa y la separación de poderes, con la obligación de actuar de <i>buena fe</i> y colaborar armónicamente al propósito de lograr una paz estable y duradera. [...]
Expresión <i>guardar coherencia</i>	En segundo lugar, la Corte advierte que, si bien se impone a los órganos y autoridades del Estado el cumplimiento de <i>buena fe</i> de los contenidos y finalidades del Acuerdo Final, como una obligación de medio, la expresión <i>deberán guardar coherencia</i> con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final, implica que, en el ámbito de sus competencias deberán realizar sus mejores esfuerzos para el cumplimiento del mismo, para lo cual gozan de un margen de apreciación para elegir los medios más apropiados para ello, en el marco de lo convenido, bajo el principio de progresividad. [...]
Incorporación normativa del Acuerdo Final	Así, mientras corresponde al Presidente como jefe de Estado y de Gobierno ejercer el liderazgo para la incorporación normativa del Acuerdo Final, abriendo espacios para la deliberación democrática, a través de los cuales las fuerzas políticas, en su conjunto, se comprometan con el cumplimiento del Acuerdo, la Corte entiende que las demás instituciones y autoridades del Estado, en consonancia con el principio de <i>buena fe</i> y en el marco de sus competencias, actúan teniendo como referencia el Acuerdo como <i>política de Estado</i> en los términos del Acto Legislativo 02 de 2017. Ello no implica que la Constitución deje de ser el referente normativo supremo, sino que el Acuerdo Final, en tanto <i>política de Estado</i> , presupone que las autoridades públicas desarrollen

Aspecto	Contenido
	sus contenidos, dentro del marco de la propia Carta Política, y con el propósito de buscar la convivencia pacífica como fin esencial del Estado, la garantía de los derechos humanos, en especial de las víctimas del conflicto armado y la finalización del conflicto armado interno y las garantías de no repetición.

Fuente: elaboración propia a partir del texto de la Corte Constitucional, Sentencia C-630 de 2017.

En el debate, también se había planteado que la obligación de cumplir el Acuerdo de Paz podría estar fundamentada en el Derecho Internacional, en la medida en que el Acuerdo de Paz 1) constituiría un Acuerdo Especial, en los términos del Derecho Internacional Humanitario, 2) o generaría obligaciones internacionales de cumplimiento de este, por efecto del reconocimiento que se le hace en las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que crearon la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Colombia¹³.

La Corte no se pronunció sobre estos aspectos que fueron objeto de algunas aclaraciones de voto a la Sentencia C-630 de 2017. Uprimny y Güiza (2019) analizan los alcances y potencialidades de estas aproximaciones y proponen recuperar el concepto de *pacigerancia*, como una forma de reconocer efectos jurídicos a los acuerdos de las partes¹⁴.

13 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, Resoluciones 2261 de 2016, 2307 de 2016 y 2366 de 2017.

14 El artículo estudia las categorías jurídicas existentes en el Derecho Internacional que podrían darle valor jurídico a los Acuerdos de Paz: 1) un tratado internacional entre el Estado y el grupo insurgente; 2) un tratado internacional entre el Estado implicado y terceros Estados con fundamento en los artículos 34 a 36 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; 3) los Acuerdos Especiales del DIH; 4) los actos unilaterales del Estado; y 5) las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad de la ONU. El artículo concluye en que cada una de esas categorías tiene ventajas y limitaciones, y que no hay una figura que permita tranquilamente o sin riesgos darle carácter obligatorio a los Acuerdos de Paz en el ámbito del Derecho Internacional. Por consiguiente, basados en el concepto de “lex pacificatoria” y el “ius post bellum” o derecho para el posconflicto, propone recuperar un concepto usado a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX por Fredrik Bajer (Nobel de Paz, 1908) y el jurista

El cumplimiento del Acuerdo de Paz: paz positiva, reparación colectiva y garantías de no repetición

En este acápite, se propone un abordaje adicional del derecho a la paz que podría darle algunos elementos de exigibilidad al Acuerdo de Paz, aplicando como variables de análisis: 1) los conceptos de *paz positiva* y *paz negativa*; 2) el derecho a la reparación, en particular, colectiva; y 3) las garantías de no repetición.

El derecho a la reparación y, en particular, el derecho a la reparación colectiva

El derecho a la reparación se ha consolidado como un *contenido esencial del derecho a un recurso efectivo o derecho a la protección judicial*, o el derecho al acceso a la justicia, reconocido por el artículo 230 de la Constitución, por el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualmente, otros tratados internacionales han ido reforzando esta obligación respecto de ciertos tipos de violaciones¹⁵.

belga Edouard Descamps: el concepto *pacigerancia*. Se trata de una adaptación del concepto de *beligerancia* que, aunque en desuso, bajo el DIH, les otorga a los actores armados irregulares personería jurídica internacional. Contrario a la *beligerancia*, la *pacigerancia* “no pretende reconocer, en el plano internacional, la personalidad jurídica al grupo insurgente para justificar ni continuar la acción armada. En su lugar, el concepto le concede en forma exclusiva al grupo insurgente la personalidad jurídica para negociar y firmar la paz”. La *pacigerancia* es un estatus que le ofrecería el Derecho Internacional a un actor armado para reconocerle personería jurídica internacional, para darle el derecho a “hacer la paz, con los mismos derechos y deberes de un estado”. (Uprimny y Güiza, 2019)

15 Entre ellos, los que señala el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Verdad, Justicia y Reparación, Pablo de Greiff, en su informe sobre reparaciones: [...] la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 6), la Convención contra

Esta obligación es una expresión del deber de garantía, según el cual el Estado está obligado a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades reconocidas en los tratados internacionales a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción y sin discriminación alguna (artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La expresión constitucional de esta obligación es el artículo 2 de la Constitución.

El derecho a un recurso efectivo ante la violación de cualquier derecho reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 14) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 39). Cabe recordar también los instrumentos del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional que son pertinentes en ese ámbito: el Convenio de La Haya, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre (artículo 3); el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (artículo 91); y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículos 68 y 75). (Naciones Unidas. Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, Pablo de Greiff. *Doc. A/69/518, del 14 de octubre de 2014, párrafo 15*)

Por su parte, la Corte Constitucional señala entre las fuentes más relevantes para definir el contenido del derecho a la reparación:

[...] la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8), la Declaración Americana de Derechos del Hombre (art. 23), la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder (arts. 8 y 11), el Informe Final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (art. 17), el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad o “principios Joinet” (arts. 2,3,4 y 37), la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados adoptada en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), que extendió las normas de los refugiados a las situaciones de violencia generalizada y a los desplazados internos (parte III, párrafo 5), la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas y su protocolo adicional. (Corte Constitucional, *Sentencia SU-254 de 2013*, M. P. Luis Ernesto Vargas)

constituye, además, una norma imperativa e inderogable de *ius cogens* (Brotóns, 1997)¹⁶. En efecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en su Observación General n.º 29 que el derecho a un recurso efectivo es una obligación inherente del Pacto que no puede ser suspendida ni siquiera en estados de excepción, lo cual convierte esta obligación en una norma imperativa de *ius cogens*¹⁷. La Corte Constitucional ha desarrollado el carácter constitucional y fundamental del derecho a la reparación integral, en particular, en la sentencia de unificación SU-254 de 2013. De acuerdo con los instrumentos y jurisprudencia internacional, la reparación se compone de medidas de indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición¹⁸.

Sobre la reparación colectiva en particular, los desarrollos en los estándares jurídicos internacionales son limitados. Los *Principios internacionales de lucha contra la impunidad*, también conocidos como los “Principios Joinet”, actualizados por la experta Diane Orentlicher, de Naciones Unidas (2005a), mencionan que el derecho a obtener reparación “entraña medidas individuales y medidas de alcance general

16 La definición de las normas imperativas de derecho internacional o normas de *ius cogens* se encuentra en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y estipula en su artículo 53:

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

De conformidad con esa definición, una norma imperativa de *ius cogens* tiene varias características: 1) es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados como norma que no admite acuerdo en contrario y 2) solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

17 Comité de los Derechos Humanos, Observación General N.º 29 sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Estados de excepción y suspensión de derechos, 2001.

18 Principios de Joinet, principios sobre el derecho de las víctimas a interponer recursos y obtener reparaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia Constitucional, Ley 975 de 2005 y Ley 1448 de 2011.

o colectivo”. Por su parte, los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, conocidos como “Principios sobre reparaciones”, de Naciones Unidas (2005b), reconocen como víctimas, no solo a quienes hayan sufrido daños a nivel individual, sino también colectivamente.

Los antecedentes se encuentran en el informe definitivo presentado por el Relator Especial Theo van Boven para Naciones Unidas (1993), que mencionaba el alcance de la noción de víctima colectiva:

No se puede negar que tanto los individuos como las colectividades a menudo resultan víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos. La mayoría de las violaciones flagrantes enumeradas en el párrafo anterior afectan de manera inherente a derechos de las personas y a derechos de las colectividades. Esto también se dio por sentado en la resolución 1989/13 de la Subcomisión, que contiene algunas directrices útiles sobre quién tiene derecho a obtener reparación. A este respecto, la resolución menciona en su primer párrafo del preámbulo “las personas”, “los grupos” y “las comunidades”. En la parte siguiente de esta sección, que tratará de algunas cuestiones especiales de interés y dignas de atención, los aspectos individuales y colectivos de las personas y grupos que son víctimas en muchos casos están estrechamente relacionados. Esta coincidencia de aspectos individuales y colectivos es particularmente patente en relación con los derechos de los pueblos indígenas. En este contexto, es necesario por lo tanto que, además de los medios de obtener reparación de que disponen los individuos, se adopten medidas adecuadas para que los grupos de víctimas o las comunidades que son víctimas tengan derecho a presentar reclamaciones colectivas por los daños y perjuicios sufridos y a recibir la correspondiente reparación colectiva. (Naciones Unidas, 1993)

El Relator recogió la definición de *víctima* de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder —publicada por Naciones Unidas en noviembre de 1985— que precisa como víctima a aquella persona que, de manera

individual o colectiva, hubiera sufrido daños; a su vez, esta definición sirvió de base para la que aparece en los Principios sobre Reparaciones. Allí propuso, entonces, que los Estados deberían tomar “disposiciones adecuadas para que los grupos de víctimas presenten reclamaciones colectivas y para que obtengan reparación colectivamente”, es decir, que la reparación podría ser reclamada de manera individual o colectiva. Estos trabajos, y otros posteriores, llevaron a la adopción de los *Principios sobre Reparaciones* (Naciones Unidas, 2005a y 2005b)¹⁹. De otra parte, los *Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas* (2005c), de Naciones Unidas, conocidos como los “Principios Pinheiro”, por su autor, hacen referencia también a algunas medidas de carácter colectivo²⁰.

El alcance de las reparaciones colectivas es aún un campo jurídico abierto y en construcción en el derecho internacional, tal y como lo reitera el Informe del Relator Especial sobre Verdad, Justicia y Reparación, Pablo De Greiff (Naciones Unidas, 2014, párr. 38).

Tatiana Rincón (2010), después de recorrer los antecedentes del Derecho Internacional, incluida la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluye que la reparación colectiva procede cuando:

- [...] 1) las víctimas son comunidades, pueblos o grupos de personas;
- o 2) cuando se ha violado la dimensión colectiva de un derecho (de manera directa o como efecto de la violación de la dimensión individual del mismo derecho o de otro derecho); o 3) cuando se busca reparar los efectos colectivos o generalizados producidos por la violación de un derecho; o 4) cuando se busca producir cambios en las institucional y prácticas de un estado y de una sociedad;

19 Una compilación completa de estos antecedentes se puede encontrar en la Comisión Colombiana de Juristas, *Principios Internacionales sobre Impunidad y Reparaciones*, 2007.

20 Así, por ejemplo, el principio 15 llama a que los Estados garanticen “cuando proceda, que en los sistemas de registros se inscriban o reconozcan los derechos de propiedad de las comunidades tradicionales indígenas sobre tierras colectivas”.

o 5) cuando se busca producir cambios en la conciencia colectiva de una sociedad. (Rincón, 2010, p. 101)

La Ley 1448 de 2011 señaló que son sujetos de reparación colectiva los grupos y las organizaciones sociales y políticas; así como las comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico, político o social del colectivo, o en razón de la cultura, la zona o el territorio en el que habitan, o gracias a un propósito común.

Además, y de una manera más bien doctrinal, para la implementación de la Ley 1448 de 2011 se construyó una distinción conceptual entre medidas de reparación colectiva dirigidas de forma específica a resarcir los daños sufridos por los sujetos de reparación colectiva —comunidades, grupos y organizaciones— y las medidas de reparación colectiva societales, estas últimas de alcance general, dirigidas a toda la sociedad; por lo general, son medidas de satisfacción y con alcance de garantías de no repetición; su nexo de causalidad con el daño no es tan directo como en otros casos, y tienen un fuerte vínculo con la prevención de la repetición de las violaciones.

Por su naturaleza, *la reparación colectiva busca resarcir también derechos económicos y sociales, así como derechos colectivos y del medioambiente, así como otras categorías de derechos individuales no abordadas por lo general en la reparación individual*. Así, por ejemplo, cuando un proceso de reparación colectiva busca resarcir los daños sufridos por un partido político cuyos dirigentes fueron perseguidos por sus ideas, se protege el derecho a elegir y ser elegido, a conformar partidos políticos, a realizar oposición política, y el derecho de asociación, entre otros. Los procesos de reparación colectiva dirigidos a comunidades étnicas abordan derechos culturales afectados por el conflicto armado, como la entrada en desuso de una lengua indígena, por ejemplo. Cuando se reparan comunidades campesinas en territorios fuertemente afectados por el conflicto armado, se pueden encontrar daños a la infraestructura de educación y salud, por ejemplo, porque después de una masacre hubo un abandono general del territorio; la reparación colectiva busca el retorno de la comunidad, para lo cual es necesario reparar la infraestructura social y comunitaria necesaria

para una vida digna. De allí, la fuerte relación que tiene la reparación colectiva con el desarrollo.

La reparación colectiva, además, está fuertemente ligada con el componente de garantías de no repetición. Las garantías de no repetición, de acuerdo con los Principios Internacionales de Naciones Unidas, así como con las normas nacionales aplicables (Ley 975 de 2005 y Ley 1448 de 2011), contienen diversidad de medidas, como las de desmovilización, desarme y reintegración de excombatientes (DDR); las medidas de prevención general de las violaciones a derechos humanos; memoria histórica; prevención de violaciones a través de la protección a grupos vulnerables; la sanción de los responsables; la pedagogía para la paz; el desminado; el fortalecimiento de la participación efectiva de las poblaciones vulneradas o vulnerables, en sus escenarios comunitarios, sociales y políticos, para contribuir al ejercicio y goce efectivo de sus derechos culturales; las políticas de reconciliación; el control efectivo de las autoridades civiles sobre la fuerza pública; la depuración de funcionarios comprometidos en las violaciones; el fortalecimiento de mecanismos de resolución de conflictos; y las reformas legales e institucionales, entre otros.

Las garantías de no repetición no solo buscan enfrentar el daño, sino que conceptualmente están relacionadas en forma estrecha con el derecho a la paz, pues pretenden impedir que el conflicto armado se reproduzca y que se repitan los crímenes, y buscan atender las causas más globales y profundas de la guerra. Es decir, no persiguen de manera exclusiva la terminación del conflicto (por ejemplo, a través de las medidas de DDR), sino prevenir la reproducción de la violencia que se puede derivar de la desatención de las causas (por ejemplo, a través de la participación de comunidades vulnerables y el fortalecimiento de mecanismos de resolución de conflictos).

Esta fuerte relación conceptual entre la reparación colectiva y las garantías de no repetición fue expresada por la Ley de Justicia y Paz (2005), cuando se ordenó la creación de un programa de reparación colectiva:

[...] que comprenda acciones directamente orientadas a recuperar la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho

particularmente en las zonas más afectadas por la violencia; a recuperar y promover los derechos de los ciudadanos afectados por hechos de violencia, y a reconocer y dignificar a las víctimas de la violencia. (Congreso de Colombia, 2005, Ley 975, art. 49)

Uno de los debates tradicionales de la reparación colectiva es el referente a los “confusos límites entre la reparación propiamente dicha y el desarrollo”. La realidad es que cuando se inicia un proceso de reparación colectiva, en especial los comunitarios, nos enfrentamos a realidades de comunidades que han sufridos daños devastadores por las violaciones de DDHH e infracciones del DIH del conflicto armado. Pero también encontramos que hay condiciones de exclusión, discriminación, pobreza y marginación que preexistían a los hechos de la guerra. En los casos en que dichas realidades son consecuencia del conflicto armado, parecería haber consenso en que es necesario atenderlas como daños y, por consiguiente, deberán hacer parte del proceso de reparación.

En los casos en que la situación antes de los hechos también era de pobreza, de marginación o de discriminación de ciertas identidades, en principio no deberían incluirse como las obligaciones propias de un programa de reparación. Para este tipo de situaciones se ha desarrollado el concepto de reparación transformadora, según el cual, la reparación debe atender no solo los daños, sino también las situaciones previas de discriminación y exclusión.

De acuerdo con quienes han planteado esta perspectiva (Guzmán, 2009; Uprimny y Sánchez, 2010; Rubio Marín 2009)²¹, la restitución puede conllevar a devolver a la víctima a una situación previa de vulneración y discriminación violatoria de sus derechos humanos. Por ejemplo, restituir a la situación anterior puede llevar a que el proceso de reparación de una mujer la regrese a una situación de falta de propiedad sobre la tierra (injusticia en la distribución de bienes) y de violencia de género contra ella (injusticia en el reconocimiento de su identidad).

21 Este planteamiento también ha sido hecho por el equipo de DeJuSticia, en particular, por Rodrigo Uprimny, Maria Paula Saffón, Diana Esther Guzmán y Nelson Camilo Sánchez.

Por eso, con fundamento en la interdependencia de los derechos humanos, se ha propuesto incorporar un enfoque transformador que combine las medidas de reparación con una perspectiva que busque transformar las condiciones previas de discriminación que pudieron o no haber incidido como causa de las violaciones. Esta distinción es importante porque si hubo un nexo causal con las violaciones, se pueden incluir en el concepto de garantías de no repetición.

Cuando la discriminación por otros factores no fue causa de las violaciones, el enfoque transformador toma especial relevancia, porque busca transformar relaciones previas de marginación, dominación y discriminación. Además, estas condiciones previas de discriminación, aunque no hayan generado el daño, pudieron haber determinado la forma específica en que este se produjo en una persona (impacto diferencial).

Así, el concepto de reparación transformadora implica poner en cuestión la tesis de la reparación asociada principalmente al daño. Supone una tarea complicada de priorización de las víctimas y plantea que se deben tener en cuenta, no solo el daño pasado, sino las necesidades presentes y la falta de garantía de otros derechos en un contexto más general.

En el ámbito de las reparaciones con perspectiva de género, en el enfoque transformador, algunos movimientos feministas han sostenido que en el conflicto armado continúa la violencia de género que existía con anterioridad allí o fuera del conflicto. Este fenómeno se denomina el *continuum de la violencia contra la mujer*, es decir, la continuidad de la violencia contra la mujer. En el escenario de la guerra, la violencia contra la mujer se reproduce y se exacerba. Sin embargo, en el marco del conflicto armado, pueden operar factores específicos adicionales de discriminación que generen también consecuencias específicas y novedosas que agravan o varían la violencia de género por fuera del conflicto. En ese sentido, más bien se trata de restituir buscando transformar las condiciones previas, subvirtiendo la situación previa de dominación.

El enfoque transformador también ha sido desarrollado en el ámbito de las políticas dirigidas a la restitución de bienes. Allí se plantea tener en cuenta los dilemas de la restitución en contextos en que la desigualdad en la de distribución de los bienes era alta, incluso antes

del despojo de estos en el marco de las violaciones a los derechos humanos o en el contexto del conflicto armado. Así, el enfoque meramente restitutivo o correctivo llevaría a restablecer fortunas o a restablecer situaciones previas que ameritaban ya medidas de justicia distributiva²².

El enfoque transformador propone entonces combinar criterios de justicia restitutiva y de justicia distributiva.

Esta perspectiva de reparación transformadora ha sido adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece que el enfoque restitutivo de la reparación es insuficiente en situaciones de discriminación histórica contra la mujer, pero también señala que su aplicación no debe generar un enriquecimiento ni un empobrecimiento de las víctimas²³.

22 La justicia distributiva es un enfoque de justicia que busca responder a la pregunta: ¿Cómo sería justa la distribución de los bienes en la sociedad? En la búsqueda de la respuesta, se encuentran diferentes posturas teóricas e ideológicas, como las de marxistas, neoliberales, liberales, las del enfoque de derechos, etc.

23 La Corte IDH recuerda que:

[...] el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (*supra* párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que estas se consideren una doble reparación.

451. Conforme a ello, la Corte valorará las medidas de reparación solicitadas por la Comisión y los representantes de forma que estas: 1) se refieran de modo directo a las violaciones declaradas por el Tribunal; 2) reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales; 3) no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento; 4) restablezcan

El enfoque transformador sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición también ha sido reconocido como una buena práctica por el Relator Especial Pablo de Greiff (2014):

72. El Relator Especial hace hincapié en que el principal objetivo de los programas de reparación consiste en hacer frente y, en la medida de lo posible, perturbar los patrones de discriminación estructural preexistentes contra las mujeres y las desigualdades que estas sufren (véase A/HRC/14/22). Por lo tanto, las reparaciones no deben contribuir a que se arraiguen esos factores, lo que por cierto genera un terreno fértil para que se produzcan dichas violaciones por cuestiones de género. La comisión de Equidad y Reconciliación de Marruecos, por ejemplo, se apartó del derecho sucesorio tradicional al asignar beneficios entre los familiares de las víctimas fallecidas, a fin de favorecer a las mujeres. En algunos casos, un enfoque transformador de esas características ha tenido un efecto favorecedor de la reforma de la situación de las personas y de la legislación y las prácticas conexas.

73. En lo referente a la distribución, la concesión de beneficios periódicos o la realización de proyectos que fomentan la autonomía, como por ejemplo, dar acciones en programas de microcrédito a beneficiarias en combinación con una capacitación específica, han demostrado tener un efecto más sostenible que las sumas alzadas o los beneficios de una sola vez. Por lo tanto, además de los beneficios necesarios en los ámbitos de la salud y la vivienda, por ejemplo,

en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar; 5) se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; 6) se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres, y 7) consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *González y Otras (Campo Algodonero) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009)

los programas de reparación deberían tener por objetivo empoderar a sus beneficiarios, en lugar de someterlos a otra forma de dependencia. (Naciones Unidas, 2014, párr. 72-73)

Por su parte, la Ley 1448 de 2011 incorporó la idea de reparación transformadora en su artículo 25 que establece que “[...] las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata el artículo 3 de la presente Ley. [...]”.

El Decreto 4800 de 2011 —que reglamenta la Ley 1448 de 2011— definió el enfoque transformador de la reparación de la siguiente manera:

Artículo 5. Enfoque transformador. Las medidas de reparación contenidas en el presente decreto buscan contribuir a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que contribuyeron a la victimización, bajo el entendido que transformando dichas condiciones se evita la repetición de los hechos y se sientan las bases para la reconciliación en el país.

El enfoque transformador orienta las acciones y medidas contenidas en el presente decreto hacia la profundización de la democracia y el fortalecimiento de las capacidades de las personas, comunidades e instituciones para su interrelación en el marco de la recuperación de la confianza ciudadana en las instituciones. Asimismo las orienta a la recuperación o reconstrucción de un proyecto de vida digno y estable de las víctimas. (Gobierno de Colombia, Decreto 4800 de 2011)

Por su parte, el párrafo del artículo 222 del mismo Decreto estableció que la reparación colectiva tendría “un enfoque transformador y diferencial en tanto propenda por eliminar los esquemas de discriminación y marginación de los sujetos colectivos, que pudieron contribuir a la ocurrencia de los hechos victimizantes” (negritas fuera de texto). Luego, el artículo 224 señala que uno de los criterios de implementación de la reparación colectiva es la “transformación de las condiciones que pudieron generar las violaciones de derechos”. Por último,

al prever los componentes del programa de reparación colectiva en el artículo 226, estableció como uno de ellos “[...] la articulación de medidas materiales de reparación colectiva con otras medidas de la política pública sobre derechos sociales, económicos, culturales y políticos, con el fin de alcanzar el goce efectivo de los mismos”.

Así las cosas, el marco normativo de enfoque transformador de la reparación en materia de reparación colectiva está dirigido no solo a atender el daño causado por los hechos y restituir a las víctimas a la situación anterior, sino además a atender los esquemas de discriminación y marginación que pudieron contribuir a la ocurrencia de los hechos —es decir, que limita el enfoque transformador a la relación de causalidad— y no abarca todas aquellas condiciones previas de discriminación y marginación, incluso cuando no hayan tenido que ver con los hechos. Además, establece que uno de los componentes del programa debe buscar la articulación con las políticas de derechos económicos, sociales, culturales y políticos.

En estas condiciones, la reparación colectiva tiene una fuerte vocación para contribuir al desarrollo de las zonas más afectadas por el conflicto armado, restableciendo el Estado Social de Derecho en estas comunidades.

El derecho a la reparación

El derecho a la reparación es un derecho fundamental con primacía constitucional²⁴. El contenido constitucional del derecho a la reparación se ha determinado a partir del derecho internacional, en el marco del Sistema Universal de Naciones Unidas, así como en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (Sánchez Parra

24 El derecho a la reparación se ha consolidado como un contenido esencial del derecho a un recurso efectivo o derecho a la protección judicial o derecho al acceso a la justicia reconocido por el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualmente, otros tratados internacionales han ido reforzando esta obligación respecto de ciertos tipos de violaciones.

y Saraza Gómez, 2018). En la estructura conceptual del derecho a la reparación se pueden identificar al menos seis elementos, tal y como se aprecia en la tabla 3, a continuación:

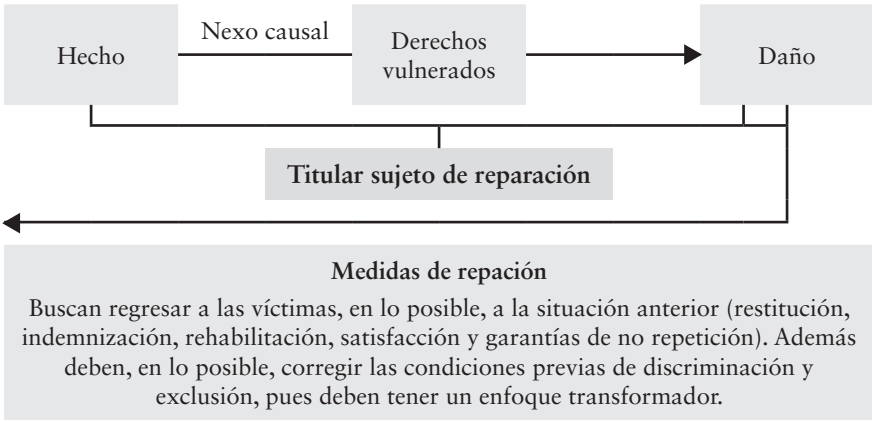
Tabla 3. Elementos conceptuales del derecho a la reparación

Elemento conceptual	Explicación
El hecho	La obligación de reparación se origina en la comisión de hechos prohibidos por el ordenamiento jurídico; dichos hechos son las violaciones graves a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.
El daño	La comisión de los hechos causa daños a la vigencia de derechos individuales y colectivos.
Los derechos vulnerados	Estrictamente relacionado con el daño, en la definición del alcance de la reparación se deben identificar los derechos vulnerados.
El nexo causal	Existe un nexo causal entre el hecho y el daño.
El sujeto del derecho a la reparación	El daño es sufrido por un sujeto individual o colectivo que es titular del derecho a la reparación.
Las medidas de reparación	Se trata de las medidas de satisfacción, indemnización, rehabilitación y restitución que se adoptarían para satisfacer el derecho a la reparación.

Fuente: elaboración propia a partir del contenido constitucional y el derecho internacional respecto al derecho a la reparación.

A continuación, en la figura 1, se ilustra dicha estructura conceptual:

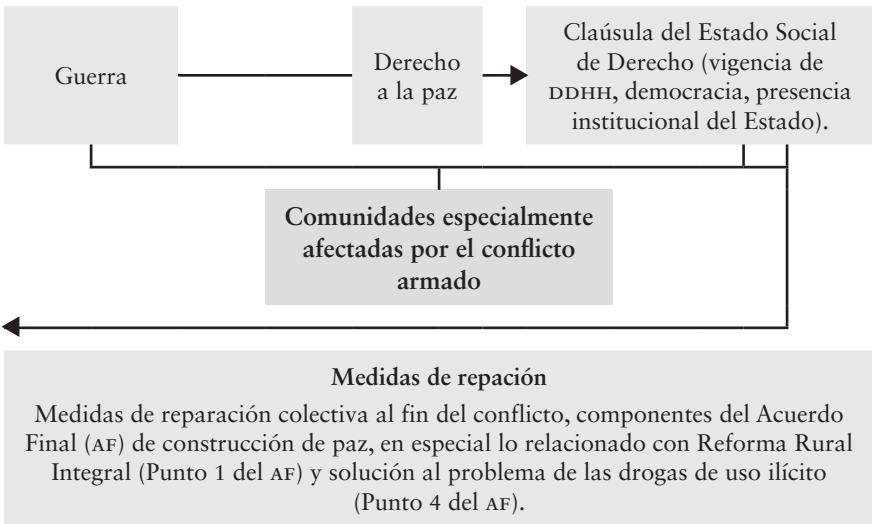
Figura 1. Marco conceptual del concepto de reparación



Fuente: elaboración propia.

En este documento se sostendrá que la implementación del Acuerdo Final de Paz con las Farc constituye una medida de reparación, bajo la estructura conceptual que se presenta en la figura 2, a continuación:

Figura 2. Marco conceptual del cumplimiento del Acuerdo de Paz como mecanismo de reparación del derecho a la paz



Fuente: elaboración propia.

Contenido y alcance del derecho a la paz como derecho fundamental, individual y colectivo. Paz positiva y paz negativa

Como se expuso antes, el derecho a la paz está reconocido en la Constitución Política de 1991. La paz también es esencial en las organizaciones de las Naciones Unidas (ONU) y de los Estados Americanos (OEA).

En el ámbito de las Naciones Unidas, la Carta de las Naciones Unidas —que dio lugar a la constitución de esta organización internacional en 1945— contempla en el artículo 1 del capítulo 1 que uno de los propósitos de la ONU es “mantener la paz y la seguridad internacionales”. Con tal propósito, se autoriza la adopción de medidas colectivas “para prevenir y eliminar amenazas a la paz”, para promover la solución pacífica de controversias de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional. La ONU, de acuerdo con su Carta Fundacional, también busca tomar medidas adecuadas “para fortalecer la paz universal”.

La guerra está prohibida en el ámbito de la ONU, con excepción de la acción coercitiva colectiva prevista en el capítulo VII y el derecho a la legítima defensa individual o colectiva establecido en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas. La violación de la prohibición de la guerra es un crimen internacional, el crimen de agresión, de competencia de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma de la CPI, art. 5).

La Asamblea General de Naciones Unidas, así como su Consejo de Derechos Humanos, han expedido declaraciones sobre el derecho a la paz que, si bien no son normas jurídicas, son criterios autorizados de interpretación sobre las obligaciones de la Carta de Naciones Unidas.

La Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, adoptada por dicha Asamblea General en su resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984, reconoció el carácter de derecho colectivo al derecho a la paz, en cuanto menciona que la titularidad no es solo de las personas individualmente consideradas, sino de “los pueblos”. La Declaración reafirma “las aspiraciones de todos los pueblos de eliminar la guerra de la vida de la humanidad” y reconoce que “garantizar que los pueblos vivan en paz es el deber sagrado de todos los Estados”.

Como derecho humano individual y colectivo, los titulares del derecho a la paz son todos los seres humanos. Por la misma razón, cuando se firma un acuerdo de paz, o un acuerdo especial particular, por ejemplo, las obligaciones que surgen no vinculan solo a las partes firmantes, sino más que todo a los seres humanos titulares del derecho. Esta es una consecuencia, por ejemplo, que se cumple con los tratados internacionales de derechos humanos. Mientras que los tratados internacionales generales crean obligaciones *interpartes* (art. 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), los tratados internacionales de derechos humanos generan obligaciones exigibles no solo por las partes firmantes, sino por los seres humanos titulares de los derechos. Es por tal razón que los tribunales internacionales de derechos humanos permiten que tengan legitimación activa de personas naturales, a diferencia de otros tribunales, en que la legitimación para demandar el incumplimiento de un tratado solo la tienen las partes. Así las cosas, como derecho humano, el derecho a la paz genera obligaciones exigibles por cualquier persona natural.

Más recientemente, en 2016, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas expidió una nueva Declaración sobre el Derecho a la Paz, que recoge varias declaraciones que se han realizado desde 1985 sobre este tema.

Dicha Declaración apunta que la paz tiene dos componentes: uno negativo, relacionado con el fin de los conflictos armados y el cese de las hostilidades; y otro positivo, relacionado con la democratización y la vigencia integral de los derechos humanos, así como con la atención a las causas de los conflictos armados. En efecto, los considerados de la Declaración señalan:

Reconociendo que la paz no solo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos, y se garantice el desarrollo socioeconómico, [...] y reconociendo que la paz se promueve mediante el pleno disfrute de todos los derechos inalienables derivados de la dignidad inherente de todos los seres humanos. Recordando también que toda persona tiene derecho

a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hagan plenamente efectivos. (Naciones Unidas, 2016)

De la misma manera, la Declaración (Naciones Unidas, 2016) reconoce el derecho que tiene toda persona “a disfrutar de la paz de tal manera que se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo” (art. 1). Establece que un medio para “consolidar la paz dentro de las sociedades y entre estas” los Estados deben “respetar, aplicar y promover la igualdad y la no discriminación, la justicia y el estado de derecho y garantizar la liberación del temor y la miseria” (art. 2). También establece que se deberán promoverse instituciones internacionales y nacionales de educación para la paz (art. 4).

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos, la Carta de la OEA de 1948 indica que la misión de la OEA ha generado “convenios y acuerdos cuya virtud esencial radica en el anhelo de convivir en paz”. El artículo 1 señala que la Carta de la OEA se ha desarrollado para lograr un orden de paz, mientras que el artículo 2.a apunta que uno de los propósitos esenciales de la OEA es “afianzar la paz y la seguridad del Continente”.

También se establecen entre sus principios el de condenar la guerra de agresión (art. 1.g) y el de buscar la solución pacífica de controversias (art. 3.i). Además, establece en el artículo 3.j que “la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera”. De este modo, igual que en el ámbito de Naciones Unidas, la paz implica no solo la cesación de la violencia, sino la justicia y la seguridad sociales.

La Carta de la OEA prohíbe el uso de la fuerza (art. 22), prioriza la solución pacífica de controversias (capítulo V), y permite que se tomen medidas de mantenimiento de la paz, aún exceptuando los principios de no intervención en los asuntos internos del Estado (art. 19 y art. 29) y la inviolabilidad del territorio (art. 21 y art. 29).

La Carta de la OEA también establece que la paz no es solo la ausencia de violencia, sino que la justicia y el desarrollo integral son condiciones indispensables para la Paz y la seguridad (art. 30). Así mismo,

define que el desarrollo integral “abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo”. En ese mismo sentido, el artículo 45 señala que la búsqueda de la “verdadera paz” hace necesaria dedicar esfuerzos que incluyen: la búsqueda del bienestar material y espiritual, con igualdad de oportunidades y seguridad económica de todos los seres humanos, sin discriminación alguna; garantizar el trabajo en condiciones dignas; y el derecho de asociación y negociación colectiva de empleadores y trabajadores rurales y urbanos; el mejoramiento de la administración pública; el reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones sociales; y el desarrollo de políticas de seguridad social y asistencia legal, entre otros.

Guerra versus Estado Social de Derecho

Es tautológico afirmar que la guerra viola el derecho individual y colectivo a la paz. Pero si entendemos que el derecho a la paz es el derecho a la vigencia: de los derechos humanos, de la democracia, de la separación de poderes y, en general, del Estado Social de Derecho, vemos que la guerra no solo constituye la violación del derecho a la paz, sino que afecta la vigencia fáctica de la Constitución, en especial, en las zonas más afectadas por el conflicto armado.

En efecto, de acuerdo con el Registro Único de Víctimas, el conflicto armado ha dejado, solo desde 1985 (art. 3, Ley 1448 de 2011), 8.493.100 víctimas²⁵ de graves violaciones a derechos humanos y de infracciones del derecho internacional humanitario, incluidos homicidios, desapariciones forzadas, secuestros, violencia sexual, reclutamiento y uso de niños y niñas en la guerra, tortura, desplazamiento forzado, lesiones físicas y emocionales, abandono y despojo forzado de tierras, amenazas y actos terroristas. El módulo colectivo del Registro Único de Víctimas incluye comunidades indígenas, comunidades afrodescendientes, movimiento

25 Al corte de 1.º de agosto de 2019, el total de víctimas, según la Red Nacional de Información que muestra la Red Nacional de Víctimas, registra 8 874 110, de las cuales 8 493 100 son debidas al conflicto armado. Recuperado de: <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

sindical, concejales y diputados del país, grupo de periodistas, organizaciones de derechos humanos y de mujeres, y a la Federación de Juntas de Acción Comunal. Es decir, el conflicto armado ha imposibilitado la vigencia de los derechos humanos (Constitución Política de Colombia, preámbulo, arts. 1, 2 y 5, título II), de la diversidad étnica y la prohibición de discriminación por razones raciales y étnicas (arts. 9 y 13), de la democracia (preámbulo, arts. 1, 2, 95.3, título IV) y de la participación ciudadana (preámbulo, arts. 1, 2, 40, 45, 78, 79, 95 y 103).

El Acuerdo Final con las Farc: terminación del conflicto y construcción de paz

El Acuerdo Final con las Farc contiene dos componentes que se enuncian desde su título: *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Así, cuenta con contenidos dirigidos a la realización de la denominada *paz negativa*, es decir, al cese de hostilidades; al desarme desmovilización y reintegración de los combatientes; esto significa, contenidos encaminados a garantizar el fin del conflicto armado. El segundo componente, por su parte, conduce a la denominada *paz positiva*, es decir, pretende que la paz sea estable y duradera, que se consolide y que la violencia no se reproduzca.

En este sentido, el Acuerdo menciona expresamente que busca atender las situaciones materiales que han facilitado la violencia o que han sido usadas para causarla²⁶ y, de igual manera, que pretende hacerlo a través de la presencia y acción eficaz del Estado, en especial

26 Dice el Acuerdo:

Reparando que, a juicio del Gobierno Nacional, las transformaciones que habrán de alcanzarse al implementar el presente Acuerdo deben contribuir a revertir los efectos del conflicto y a cambiar las condiciones que han facilitado la persistencia de la violencia en el territorio; y que a juicio de las Farc-EP dichas transformaciones deben contribuir a solucionar las causas históricas del conflicto, como la cuestión no resuelta de la propiedad sobre la tierra y particularmente su concentración, la exclusión del campesinado y el atraso de las comunidades rurales, que afecta especialmente a las mujeres, niñas y niños; [...]. (Acuerdo Final, 2016, Preámbulo)

en las zonas más abandonadas y afectadas por la guerra²⁷. Además, para facilitar la transición de la guerra a la paz, establece un Sistema Integral de Verdad Justicia, Reparación y No Repetición que permite que el proceso de terminación del conflicto armado y construcción de paz no esté por encima de los derechos constitucionales a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de las víctimas y de la sociedad.

Como lo han expuesto algunos doctrinantes, los Acuerdos de Paz a nivel internacional pueden contener objetivos de corto plazo, u objetivos más generales, de mediano y largo plazo, orientados incluso a reformas institucionales. Así, por ejemplo, Christine Bell (2006), en un análisis de Acuerdos de Paz a nivel global, diferencia las obligaciones contenidas de estos, entre otras, en aquellas de *precisión por objetivos de corto plazo*, cuando los acuerdos están dirigidos a terminar de inmediato la violencia y están redactados con el objetivo de legalizar esa obligación a través del cese al fuego, desmovilización y desmilitarización, con claridades de tiempos y compromisos. La precisión en estos compromisos es determinante. Pero los Acuerdos de Paz también contienen obligaciones de mediano y largo plazo que mencionan reformas institucionales esenciales para el fin del conflicto armado, aquellas sin las cuales sería dudoso que las partes estuvieran dispuestas a finalizar la guerra. Por ejemplo: la prohibición de la discriminación étnica en Bosnia, o el fin de las desapariciones forzadas en El Salvador y Guatemala, entre otras (Bell, 2006).

Estas reformas institucionales pueden o no implicar transiciones constitucionales. Al respecto, es necesario revisar este punto a la luz del Acuerdo Final del Gobierno con las Farc. Como se dijo antes, el Acuerdo Final tiene contenidos dirigidos al fin del conflicto armado

27 Y continúa:

Valorando y exaltando que el eje central de la paz es impulsar la presencia y la acción eficaz del Estado en todo el territorio nacional, en especial en múltiples regiones doblegadas hoy por el abandono, por la carencia de una función pública eficaz, y por los efectos del mismo conflicto armado interno; que es meta esencial de la reconciliación nacional la construcción de un nuevo paradigma de desarrollo y bienestar territorial para beneficio de amplios sectores de la población hasta ahora víctima de la exclusión y la desesperanza; [...]. (Acuerdo Final, 2016, Preámbulo)

o paz negativa, asimilables a los contenidos de corto plazo de los que habla Bell. Al mismo tiempo, tiene otros contenidos más progresivos, relacionados con la estructuración de proyectos regionales para enfrentar situaciones que han causado o propiciado la violencia en Colombia, en particular el punto 1 de reforma rural integral; el 2, de participación en política —en especial aquellos que no están asociados a la reincorporación política—, y el 4, de solución al problema de las drogas de uso ilícito.

En conclusión, el Acuerdo Final incluye contenidos dirigidos a la realización de la paz negativa y de la paz positiva. Su implementación generará cambios normativos e institucionales, pero, en principio, no está dirigido a la generación de un nuevo régimen constitucional, al menos según lo planteado por las partes en el Acuerdo. La Corte deberá ser la guardiana de que eso sea así, efectivamente, a través del control de constitucionalidad.

La paz positiva y la reparación colectiva

Los contenidos de paz positiva fueron priorizados en las zonas del territorio nacional más afectadas por el conflicto armado y por el abandono del Estado. Así, por ejemplo, el Decreto Ley 893 de 2017, que crea los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), estipulados en el punto 1 de Reforma Rural Integral, prioriza su implementación con base en cuatro criterios: 1) los niveles de pobreza, en particular, de pobreza extrema y necesidades insatisfechas; 2) el grado de afectación derivado del conflicto armado; 3) la debilidad de la institucionalidad administrativa y de su capacidad de gestión; y, 4) la presencia de cultivos de uso ilícito y de otras economías ilegítimas.

Por su parte, el Decreto Ley 896 de 2017, orientado a la implementación del Programa Nacional Integral de Sustitución de cultivos de uso ilícito (PNIS), refiere en sus considerandos el principio de integración de estos programas con los programas de la Reforma Rural Integral, pues uno de los criterios de los PDET, como se vio antes, es la intervención en zonas con fuerte presencia de cultivos de uso ilícito.

En el mismo sentido, el Acuerdo Final prevé el fortalecimiento de la reparación colectiva en el fin del conflicto, mencionando el carácter

reparador de los PDET, en la medida en que se priorizan en zonas de fuerte afectación del conflicto armado.

Se puede concluir entonces que las medidas del Acuerdo de Paz del punto uno (sobre reforma rural integral), algunas del punto dos (sobre participación en política) y las del punto tres (de sustitución de cultivos de uso ilícito) son —de acuerdo con el proceso de implementación normativa— medidas de reparación colectiva para los territorios más afectados por el conflicto armado, por los cultivos de uso ilícito, por la pobreza y por el abandono estatal.

Paz y principio de participación

El Acuerdo Final contiene programas específicos que denotan una forma particular de realización de la Constitución, como son, por ejemplo, los PDET, los Planes de Acción para la Transformación Regional (PATR) y los PNIS. Sin embargo, al recorrer estos programas y sus normas de implementación, se puede observar que los contenidos de dichos planes territoriales no fueron definidos por las partes en la mesa de negociación. El contenido material de estos será el que se defina a través de amplios procesos de planeación participativa en las comunidades, quienes serán las que, en interlocución con las autoridades territoriales, definan los énfasis de desarrollo.

En efecto, la participación está prevista en todos los contenidos de paz positiva del Acuerdo Final, tal y como se aprecia en la tabla 4:

Tabla 4. Rol de la participación en el Acuerdo Final

Punto del Acuerdo Final	Contenido sobre participación ciudadana
Reforma Rural Integral	La participación es un principio
	Los mecanismos que prevé el Acuerdo Final de democratización del acceso y uso adecuado de la tierra prevén, entre otros, el criterio de participación de las comunidades.
	Es un criterio para la creación y desarrollo del Fondo de Tierras.
	Es un criterio transversal para la formulación de los PDET.

Participación en política	Medidas para fortalecer los mecanismos democráticos de participación ciudadana, incluidos los de participación directa en los diferentes niveles y diversos temas, en aras de fortalecer el derecho de asociación y de defensa de los derechos humanos.
	Política para el fortalecimiento de la planeación democrática y participativa.
	Principios. Construcción conjunta participativa y concertada.
Solución al problema de las drogas ilícitas	Planes integrales de desarrollo con participación de las comunidades —hombres y mujeres— en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por dichos cultivos. La participación de las comunidades es un elemento del Programa.
	Descripción y elementos del PNIS. Acuerdos con las comunidades.
	Programas Nacional de Intervención Integral frente al consumo de drogas ilícitas. Principios: participación comunitaria y convivencia.
	Programa de prevención del consumo y salud pública. Revisión y ajuste participativo de la política pública frente al consumo de drogas ilícitas.
	Planes de acción participativos con enfoque territorial y poblacional. Planes municipales y departamentales participativos con contenidos mínimos.
	Evaluación y seguimiento de las acciones que se adelanten en materia de consumo. Con instancias participativas.
Víctimas	Adecuación y fortalecimiento participativo de la política de atención y reparación integral a víctimas en el marco del fin del conflicto y contribución a la reparación material de las víctimas.
Implementación, refrendación y verificación	Promoción de la participación de organizaciones sociales y comunitarias en la ejecución.

Fuente: elaboración propia.

Es así como el Acuerdo Final promueve la maximización de la democracia representativa o participativa a través de la implementación de estos planes, contribuye a la reparación colectiva y constituye

garantías de no repetición. Así lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-730 de 2017, en la que estudió la constitucionalidad del Decreto Ley que creó los Programas de Desarrollo con enfoque Territorial. Al respecto, señaló la Corte:

Los PDET y los PATR también contribuyen a la realización del derecho fundamental a la reparación individual y colectiva de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en cuanto los PDET son focalizados en zonas de alta victimización y deben tener un enfoque reparador, como lo menciona el punto 5.1.3.3 del Acuerdo Final, y el artículo 4.6 del Decreto Ley. Adicionalmente, en su conjunto, los PDET, como parte de la Reforma Rural Integral, de acuerdo al texto del Acuerdo Final, fueron concebidos como una garantía de no repetición del conflicto armado, por lo que hacen parte del derecho a la reparación, en su componente de garantía de no repetición (arts. 2, 93 y 230 C. P.). (Corte Constitucional, Sentencia C-730, 2017)

De esta manera, la implementación participativa y territorial de los contenidos de paz positiva del Acuerdo Final —antes que objetar o replantear— reafirmarían el pacto constitucional de 1991 y un compromiso de realización en esos territorios que no solo fueron víctimas del conflicto armado, sino también del abandono del Estado.

Conclusiones

La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. La paz es, además, un pilar fundamental de nuestra Constitución, que fue desarrollado a través del Acto Legislativo 02 de 2017, que dio condiciones de estabilidad y seguridad jurídica para el Acuerdo de Paz. Esto implica que todas las autoridades del Estado están en la obligación de cumplir de buena fe el Acuerdo de Paz y, durante 12 años (tres periodos de gobierno), deben ejercer sus competencias en orden a cumplir los objetivos y contenidos del Acuerdo Final, en especial aquellos contenidos que correspondan a normas de derechos fundamentales y de Derecho Internacional Humanitario.

El Acuerdo Final incluyó contenidos dirigidos a la realización de la paz negativa y de la paz positiva, entre los que se encuentran el punto 1 de Reforma Rural Integral; el 2, de Participación en Política, en lo que atañe a medidas que no son de reincorporación política; y el 4, de Solución al Problema de las Drogas de Uso Ilícito.

Los contenidos de paz positiva del Acuerdo Final constituyen medidas de reparación colectiva para las comunidades más afectadas por el conflicto armado. En particular, a través de su implementación, se repara la violación del derecho colectivo a la paz, en conexidad con otros derechos de las comunidades más afectadas por el conflicto armado, con mayores niveles de pobreza, con presencia de cultivos de uso ilícito y con especial debilidad o ausencia institucional.

Por tal razón, el cumplimiento del Acuerdo Final es obligatorio en cuanto garantiza el derecho a la paz, permite la reparación a las comunidades más abandonadas y afectadas por el conflicto armado y la discriminación. La implementación de los contenidos de paz positiva del Acuerdo permite restablecer el derecho a la paz, del que son titulares los pueblos y comunidades. El cumplimiento del Acuerdo Final no solo concierne a las partes, sino que establece derechos a favor de dichas comunidades. Para evitar que esta implementación de contenidos del Acuerdo sea imposición de una visión particular de la Constitución, la reparación colectiva de estos territorios debe realizarse a través de la participación de las comunidades que, en respeto del principio democrático, definirán los contenidos y medidas particulares de reforma rural integral, acceso a tierras y sustitución de cultivos de uso ilícito, entre otras, que serán la reparación territorial de la ausencia del Estado.

Referencias

- Basset, Y. (2018). Claves del rechazo del plebiscito para la paz en Colombia. *Estudios Políticos*, (52), 241-265. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n52a12>
- Bell, C. (2006). Peace Agreements: Their Nature and Legal Status. *The American Journal of International Law*, 2006, 100(2), 373-412.
- Bobbio, N. (1985). *El futuro de la democracia*. Plaza y Janes.

- Brotons, A. R. (1997). *Derecho Internacional*. McGraw Hill.
- Congreso de la República de Colombia. (2005, 25 de julio). Ley 975 de 2005. *Ley de Justicia y Paz*. <https://n9.cl/782sa>
- Congreso de la República de Colombia. (2011, 10 de junio). Ley 1448 de 2011. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. <https://bit.ly/30cqi8i>
- Congreso de la República de Colombia. (2016, 7 de julio). Acto Legislativo 01 de 2016. *Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. <https://bit.ly/2ECxQcI>
- Congreso de la República de Colombia. (2017, 11 de mayo). Acto Legislativo 02 de 2017. *Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=81573>
- Constitución política de Colombia (1991). Asamblea Nacional Constituyente, Bogotá, Colombia, 6 de julio de 1991
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-379 del 18 de julio de 2016 (M. P. Luis Ernesto Vargas)
- Corte Constitucional. (2017a). *Sentencia C-630 del 11 de octubre de 2017*. (M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez - M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo).
- Corte Constitucional de Colombia. (2017b). *Sentencia C-730 del 12 de diciembre de 2017*. (M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo). Expediente RDL-026.
- Corte Constitucional. (2018). *Sentencia C- 080 de 2018 sobre la Ley Estatutaria de la JEP*. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30037970>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *González y Otras (Campo Algodonero) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. (1990). *Sentencia N.º 59 del 24 de mayo de 1990*. Expdte. 2149 (334-E).

- Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, DUDHE. (2007). Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya. <https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>
- Dugas, J. (1993). *La Constitución Política de 1991: ¿Un pacto político viable?* Bogotá: Ed. Departamento de Ciencia Política, Universidad de los Andes.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Naciones Unidas. (1998). ONU Derechos Humanos Colombia. <https://bit.ly/3civyfa>
- Gobierno de Colombia. (2011). Decreto 4800 de 2011. *Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45063>
- Guzmán, D. E. (2009). Reparaciones con enfoque de género: El potencial para transformar la discriminación y la exclusión. En *¿Justicia Desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia*. Unifem.
- Jejen Gil, E. J. (2018). *Discurso político en Colombia: Análisis de la campaña en el plebiscito por la paz 2016* [proyecto de grado]. Repositorio Institucional del Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- Jerez, L. S., Huertas, O. y López Gómez, D. (2019). La “paz” como escenario de disputa ideológica. *Revista IUSTA*, 1(50), 19-38.
- Lemaitre, J. (2011). *La Paz en cuestión. La Guerra y la Paz en la Asamblea*. Ediciones Uniandes.
- Naciones Unidas. (1993). Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales, del Relator Especial Theo van Boven. *E/CN.4/Sub.2/1993/8 del 2 de julio de 1993*.
- Naciones Unidas. (2005a). Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. *Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1*.
- Naciones Unidas. (2005b). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. *Doc. ONU AG Res. 60/147 de 2005*.
- Naciones Unidas. (2005c). Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (aprobados por la Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos

- Humanos de las Naciones Unidas el 11 de agosto de 2005). *Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 de junio de 2005*.
- Naciones Unidas. (2014). Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, Pablo de Greiff. *Doc. A/69/518, del 14 de octubre de 2014*.
- Naciones Unidas. (2016). Declaración sobre el Derecho a la Paz. *Doc. A/HRC/RES/32/28 del 18 de julio de 2016*.
- Organización de los Estados Americanos, OEA. (1948). *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (A-41). <https://bit.ly/3kSWd5E>
- Registro Único de Víctimas. (2019, 1.º de agosto). *Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas*. <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>
- Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*. Editorial Universidad del Rosario.
- Rubio Marín, R. (2009). *The gender of reparations. Unsettling Sexual Hierarchies While Redressing Human Rights Violations*. Nueva York: Cambridge y Centro Internacional de Justicia Transicional.
- Sánchez Parra, Y. A. y Saraza Gómez, C. E. (2018). El desarrollo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su influencia en el ordenamiento jurídico colombiano. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 13(2), 107-127.
- Uprimny, R. y Sánchez, N. C. (2010). Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En C. Díaz Gómez (Ed.), *Tareas pendientes: Propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia* (pp. 193-268). Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Uprimny, R. y Güiza, D. I. (2019). Pacigerancia: el valor jurídico de los acuerdos de paz en el derecho internacional. *Latin American Law Review*, (3), 49-78.

La Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes y los derechos de la mujer en Colombia*

MARÍA CONSTANZA BALLESTEROS MORENO
CARLOS ALBERTO LÓPEZ CADENA
NORHY ESTHER TORREGROSA JIMÉNEZ

Introducción

El Foro Universal de las Culturas de Barcelona (2004), organizado por el Institut de Drets Humans de Catalunya, tuvo como resultado el proyecto de la Carta de Derechos Humanos Emergentes, que tras varias discusiones dio origen en 2007 a la Declaración Universal de Derechos

* Este capítulo es producto del proyecto de investigación Fodein (código 1818003): “Derechos humanos emergentes ¿una utopía?”, del grupo Derecho Privado, el cual hace parte de los proyectos de investigación institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Sede Bogotá). El mencionado proyecto de investigación es financiado por la Universidad Santo Tomás.

Humanos Emergentes (DUDHE), en el marco del II Foro Universal de las Culturas, celebrado en Monterrey (México).

A diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que nace del acuerdo entre los Estados, la DUDHE resulta de los requerimientos de una sociedad civil ante el reclamo para reforzar determinados amparos, el surgimiento de nuevas necesidades, y la evidente exigencia de incorporar nuevos derechos y nuevas protecciones ante los avances tecnológicos; estos, además de la aparición de fenómenos que involucran los derechos de las personas —como por ejemplo, la globalización—, el avance del empobrecimiento, el agotamiento indiscriminado de los recursos naturales o las afectaciones irreparables al medioambiente. La DUDHE aún no es formalmente universal; sin embargo, es fundamental prestar atención a su contenido, ya que se basa en la propuesta de nuevos valores y principios y, en especial, en la urgencia de complementar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues hay necesidades humanas que todavía no se materializan en derechos reconocidos y garantizados de manera formal.

En efecto, al ser la dignidad humana el origen y el fundamento de los derechos humanos, es preciso tener en cuenta que ese mismo concepto de dignidad no es estático, sino que muta y evoluciona para dar respuesta a las transformaciones y necesidades sociales sobrevenientes, y da origen a nuevas realidades que reclaman protección.

De manera concreta, este escrito tiene dos objetivos. El primero de ellos es visibilizar la existencia de la DUDHE, ya que pocos saben de su existencia y mucho menos se conoce su contenido. El segundo objetivo consiste en determinar si en realidad es necesaria, es decir, establecer si con las herramientas, instrumentos y garantías actuales es posible alcanzar la realización de la DUDHE, sin suscribirla e incorporarla formalmente al ordenamiento jurídico interno.

Así las cosas, bajo el entendido que la DUDHE representa un importante referente en materia de avance en respeto, protección y garantía de derechos humanos, ya que se trata de actualizar y complementar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. A efectos del presente escrito, es importante determinar el nivel de concreción, desarrollo y vigencia en relación con los contenidos de la DUDHE y los derechos de la mujer en nuestro país; se trata de hacer un análisis

comparativo para determinar cómo estamos en materia de derechos de la mujer. Para ello se pretende resolver la siguiente pregunta: ¿Es posible sostener que en Colombia, en relación con los derechos de las mujeres, existe un desarrollo normativo y jurisprudencial que permita afirmar que la DUDHE ya está implementada, a pesar de no haber sido suscrita ni ratificada?

Se concreta el estudio en relación con las mujeres porque dentro de la DUDHE hay un principio específico denominado *principio de género*, en virtud del cual se busca consolidar los derechos de las mujeres y transversalizarlos.

En cuanto a resultados, se espera comprobar que es innecesaria la universalización de la DUDHE, teniendo en cuenta que las herramientas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional permiten la garantía de los derechos formulados en dicha nueva declaración.

La metodología que se busca aplicar en la presente investigación es la cualitativa, desde una perspectiva comparativa y analítica, bajo un enfoque jurídico crítico, con un sistema de análisis textual y documental, específicamente jurisprudencial; el fin es llegar a los resultados y las conclusiones deseados comprobando o no la hipótesis formulada.

La formulación de los derechos de las mujeres dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 constituye un referente universal y básico en relación con la protección de los derechos del individuo. Así lo señaló Cassese en su momento:

Ahora disponemos de parámetros de acción para los Estados y para los individuos: los preceptos internacionales acerca de los derechos humanos imponen unas líneas de conducta, exigen a los gobiernos que obren de cierta forma y al mismo tiempo legitiman a los individuos para que eleven bien alto su voz si aquellos derechos y libertades no son respetados. (Cassese, 1991, p. 8)

Como ya se indicó, la DUDHE plantea varias necesidades actuales y reales, en la medida en que busca actualizar y ajustar el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos a las nuevas realidades y necesidades. Como se señala en la misma DUDHE, no se pretende reemplazar la Declaración Universal, sino complementarla. En relación con la necesidad de ajustes a esta última, se indicó:

Desde 1948 hasta hoy la situación ha sido una mezcla de convergencias prácticas acompañadas de divergencias ideológicas y culturales. Hoy el texto de la Declaración de 1948 no ha perdido validez, pero debe leerse y analizarse siempre desde las perspectivas contemporáneas del pluralismo y del multiculturalismo. (Fernández García, 2001, p. 60)

Es evidente que la concepción dinámica de los derechos parte de la idea de que los derechos mutan y las garantías deben ser ajustadas tomando como base esas mutaciones; de este modo:

Las profundas transformaciones económicas, científicas y tecnológicas acaecidas desde el periodo de la Ilustración hasta el presente han tenido sus consiguientes repercusiones en la esfera social, jurídica y política. Los Estados de derecho, que tienen uno de sus elementos constitutivos en el sistema de libertades, han experimentado importantes mutaciones y adaptaciones institucionales, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos cívicos. Asimismo, la comunidad internacional ha vivido en su seno cambios y evoluciones, cuya incidencia en el estatuto de los derechos humanos ha sido profunda y relevante. (Pérez Luño, 2013, p. 2)

Bajo el entendido de la necesidad de responder al dinamismo de los derechos, la DUDHE plantea, entre otros, el *principio de género*, como un reclamo por consolidar la garantía de los derechos de las mujeres, continuando con la discriminación positiva y transversalizando el enfoque de género.

Así las cosas, es evidente que a pesar de la protección desde el derecho internacional público de los derechos humanos y las garantías a nivel interno, las mujeres en nuestro país aún no gozan plenamente de derechos como la plena participación en igualdad dentro

de la política, o en espacios de poder y decisión; ni en derechos en la salud, en la educación, en no ser objeto de formas de violencia o en igualdad retributiva; en fin, en no sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres o niñas. En este sentido, la DUDHE pretende asegurar la igualdad a las mujeres consignando derechos concretos bajo el título de *El derecho a la democracia paritaria*. En este título, se señala que “hombres y mujeres tienen derecho a la democracia paritaria” y se califica como derecho humano fundamental, haciendo referencia a la necesaria igualdad y relaciones de justicia en las condiciones de acceso, ejercicio y permanencia de las mujeres en los espacios de poder y toma de decisiones (Ballesteros, 2015).

De acuerdo con la DUDHE, el derecho a la democracia paritaria está compuesto por:

1. El derecho a la igualdad, que significa que las mujeres, en todas las sociedades sin excepción, tienen derecho a la igualdad de estatus jurídico, político, económico, social, laboral y cultural en relación con los hombres. El principio de igualdad favorece la adopción de medidas preferentes de protección a favor de las mujeres en los planos local, nacional e internacional.
2. El derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual, que reconoce a toda persona el derecho a ejercer su libertad y orientación sexual, así como a la adopción de infantes, sin discriminación.
3. El derecho a la elección de los vínculos personales, que se extiende al reconocimiento del derecho individual a la asociación sentimental con la persona elegida, incluyendo el derecho a contraer matrimonio, sin que exista obstáculo alguno al libre pleno consentimiento para dicho acto. Todo tipo de vínculo personal libremente consentido merece igual protección.
4. El derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar, que reconoce el derecho de todo ser humano a la

protección y tutela por las autoridades públicas de la familia, cualquiera que sea la forma que adopte, y con independencia de la igual responsabilidad de cada uno de los progenitores en relación con la educación y manutención de los hijos menores de edad.

5. El derecho a la salud reproductiva, que reconoce los derechos sexuales y reproductivos de toda persona y el derecho de hombres y mujeres a la tutela de la paternidad y la maternidad, incluida la que tiene lugar fuera del matrimonio. Toda mujer tiene derecho a acceder a servicios de salud reproductiva, ginecológica y obstetricia de calidad, así como al goce de la plena sexualidad.
6. El derecho a la representación paritaria, que conlleva la proporción equivalente entre mujeres y hombres en los órganos de participación y gestión políticos”. (Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, 2007)

Como se observa, la DUDHE pretende asegurar un mínimo de justicia, garantía y cumplimiento de los derechos de las mujeres de manera universal y en condiciones de igualdad paritaria. La igualdad en todos los ámbitos y niveles, la autodeterminación personal y autonomía sexual, y la salud son derechos que destacan dentro de esta declaración.

Los derechos de las mujeres en el ordenamiento jurídico colombiano

La historia evidencia una clara desigualdad entre el hecho de ser hombre o ser mujer; estas desigualdades generan discriminaciones en todos los ámbitos, y sus efectos y consecuencias persisten hoy en día, lamentablemente.

La discriminación que han sufrido las mujeres como colectivo humano obedece a la pertenencia de una característica de la cual no son responsables, no depende de su elección, pero sí representa el mayor obstáculo para el goce de derechos. Sobre este particular se ha señalado:

La igual dignidad de todos los seres humanos y la igualdad en general son las dimensiones básicas sobre las que se asienta la vida de la colectividad y de los individuos que la componen; su quiebra por razones estructurales tiene un efecto multiplicador que alcanza a todos los ámbitos en los que los sujetos desfavorecidos desarrollan su actividad y que perjudican a la sociedad en su conjunto, al convertir a ciertos individuos, en ciudadanos de segunda, que no pueden disfrutar plenamente y en igualdad de los derechos y libertades fundamentales de los que son titulares, por causas injustificables no siempre visibles y, por ello, difíciles de detectar y corregir. (Martín, 2002, p. 125)

Bajo el pretexto de debilidad, incompetencia o inferioridad, las mujeres han sido discriminadas tradicionalmente; y debido a ello, se deben proteger o se consideran incapaces. Lo anterior ha generado el ocultamiento de las voces de las mujeres a lo largo de la historia de la humanidad. La falta de valoración de sus capacidades mediante la división sexual del trabajo, la ausencia de la presencia de las mujeres en la toma de decisiones de poder, las aún evidentes manifestaciones de violencia sobre las mujeres, el manejo y control de la sexualidad, etc. son situaciones todas que generan exclusión y el señalamiento de un menor valor como seres humanos.

La presencia de la mujer en la historia de la humanidad está impregnada de mitos y contradicciones. Como sujeto de derechos con vocación para el ejercicio de poder, ella ha sido la gran ausente de los procesos políticos. Eso no quiere decir que la mujer no haya participado en el desarrollo de la sociedad. Ella ha desempeñado un papel fundamental en la conformación de las estructuras básicas de sus comunidades, pero este no ha sido suficientemente valorado, porque ha transcurrido en forma silenciosa y escondido en la cotidianidad de las tradiciones y los perjuicios culturales relacionados con su persona. (Galvis, 2015, p. 167)

Colombia, como Estado social y democrático de derecho, no ha sido ajena a la necesidad imperiosa de garantizar la justicia y la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en atención, precisamente,

a la discriminación histórica que ha sufrido la mujer. En nuestro país, este camino hacia la igualdad comienza con la expedición de normas como: la Ley 29 de 1932, que dispuso la emancipación económica de la mujer y la libre administración y disposición de bienes; la reforma constitucional de 1936, que permitió a la mujer ser elegida para los concejos municipales; el acto legislativo 03 de 1954, que reconoce la plena ciudadanía a las mujeres; la Ley 64 de 1962, que ratificó la obligación de dar igual retribución al trabajo igual desempeñado por hombres y mujeres.

En efecto, la necesaria igualdad efectiva de derechos entre hombres y mujeres implica hablar de aspectos tan importantes como el poder, la economía, la globalización, la violencia, etc. Es por tanto trascendental asegurar, desde todos los mecanismos posibles, la igualdad y la garantía de prohibición de la discriminación.

Con base en lo anterior, en primera instancia es necesario destacar que desde el derecho público internacional existe preocupación por aumentar la protección y eliminar las discriminaciones en todos los ámbitos de las mujeres y las niñas. Se debe hacer referencia a los instrumentos internacionales que consagran y protegen los derechos de las mujeres y que aplican en nuestro país. Al respecto, es importante destacar la vigencia de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, es su sigla en inglés) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida también como Convención Belém do Pará), que son instrumentos internacionales que ingresan a nuestro ordenamiento por vía del bloque de constitucionalidad y cobran así jerarquía constitucional. Estos dos instrumentos protegen de manera especial a las mujeres y a las niñas, bajo el entendido que cualquier discriminación por el hecho de ser mujer vulnera la dignidad humana y que los derechos de las mujeres son derechos humanos.

Al mismo tiempo, dentro de nuestra normativa nacional existen disposiciones constitucionales que en especial protegen a la mujer y que tienen como propósito asegurar la igualdad, eliminar las discriminaciones y compensar sus efectos. En efecto, el artículo 13 de la Constitución no solo consagra la igualdad formal y sustancial, sino que además permite la adopción de medidas para lograr la igualdad

en favor de los grupos discriminados. Por su parte, el artículo 40 constitucional establece el derecho a la participación política, y determina específicamente que es deber de las autoridades garantizar una “adecuada y efectiva” participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.

La igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres se encuentra consagrada en el artículo 43 de la Constitución, el cual prohíbe expresamente cualquier tipo de discriminación en contra de la mujer, y señala una protección especial para la mujer embarazada y para la mujer cabeza de familia. Por último, el artículo 53 de la Constitución dispone las garantías laborales, y la igualdad de derechos entre trabajadores y trabajadoras, con protección especial a la mujer.

En adición, dentro de nuestro ordenamiento jurídico se han expedido leyes que concretan la protección ordenada por los artículos constitucionales antes mencionados; por ejemplo:

- La Ley 581 de 2000, “por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”. Esta es la llamada “Ley de Cuotas”, la cual determina los porcentajes mínimos de participación femenina en los niveles de toma de decisiones dentro algunos órganos del Estado.
- La Ley 731 de 2000, “por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales”. Esta normativa dispone acciones concretas para mejorar las condiciones de vida de las mujeres rurales, su inclusión en la participación social, económica y política.
- La Ley 823 de 2003, “por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres”. Dispone un marco de acciones para garantizar la igualdad de oportunidades para las mujeres, los derechos sexuales y reproductivos, aspectos en salud mental y derecho a la educación.

- La Ley 1257 de 2008, “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”. Esta normatividad tiene como objetivo garantizar a las mujeres una vida libre de violencia en el ámbito público y en el ámbito privado, así como garantizar el acceso a procedimientos judiciales y administrativos de protección y atención.
- La Ley 1496 de 2011, “por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones”. Esta Ley tiene como finalidad lograr la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en materia retributiva en los sectores público y privado.
- La Ley 1542 de 2012, “por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal”. Esta Ley introduce el delito de “feminicidio” al ordenamiento jurídico colombiano.
- Es importante destacar el enfoque de género tenido en cuenta dentro de la Ley 1448 de 2011, “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. Esta es la llamada *Ley de Víctimas*, que en su artículo 13 incorpora el principio de “enfoque diferencial”, el cual tiene como finalidad tener en cuenta las características y necesidades especiales de algunas víctimas, como por ejemplo: edad, género, orientación sexual y personas en condición de discapacidad. Esta Ley, por tanto, consagra medidas especiales de atención y protección por parte del Estado para las mujeres y niñas víctimas del conflicto.

- Por último, es importante señalar y destacar el enfoque de género que se incorporó al *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, teniendo en cuenta que el conflicto armado interno colombiano afectó de manera diferente a hombres y a mujeres (Ruiz, 2019).

Por otra parte, es necesario resaltar el trabajo de la Corte Constitucional colombiana puesto que, en materia de derechos de las mujeres, ha desarrollado un papel trascendental, producto de la interpretación de las normas constitucionales, lo que constituye una garantía de los derechos y de la igualdad de género.

En este sentido, la Corte Constitucional cuenta con toda una línea de protección y garantías en favor de las mujeres, en atención a la discriminación histórica que ha sufrido esta minoría. Ante la imposibilidad de relacionarlos todos, se destacan algunos pronunciamientos emblemáticos que comienzan con la Sentencia C-410 de 1994, en donde la Corte determinó constitucionalmente aceptable la diferencia en los requisitos de edad para pensión entre hombres y mujeres:

La visión, absolutamente igualitarista, que el accionante expone, entraña una falsa semejanza y se revela inapropiada para la construcción de un orden justo que exige identificar y neutralizar circunstancias sociales desiguales que surgen como obstáculos a la igualdad sustancial; el tratamiento jurídico de la discriminación sexual no puede ignorar una realidad social que, según los datos contenidos en esta providencia, se muestra claramente distante de la igualdad, y que, por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora y dirigidas a promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y a compensar los efectos nocivos de esa realidad social generadora de una desigualdad, que no es introducida por normas como las acusadas sino que preexiste, en cuanto anterior a las mismas. La previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que, precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda

muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contraria-da resulta realizada.

El principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa, cuya actuación queda entonces sometida a un control de constitucionalidad que debe tomar en cuenta la igualdad como parámetro para enjuiciar la correspondencia de las leyes con el Estatuto Superior. El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito. Empero, el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, si bien comporta un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas, implica, en un plano adicional, el otorgamiento de relevancia jurídica a las diferencias sociales de las mujeres para elevar su condición mediante la adopción de una medida compensatoria de las dificultades que enfrentan en virtud de su vinculación al mercado laboral; aspecto este último que se ubica dentro de la perspectiva de la igualdad sustancial que, acorde con los postulados del Estado Social de Derecho, no se detiene en la mera función de garantía o tutela, sino que avanza hacia una función promocional que se realiza normalmente a través de medidas positivas en favor de grupos sociales discriminados o marginados. Proceder de manera neutral ante la realidad social entrañaría el desconocimiento de los valores, principios y fines que la Constitución consagra, abandonar la búsqueda de una sociedad justa, respetuosa de la dignidad humana y vaciar de todo contenido las normas constitucionales que prohíben la discriminación de la mujer y que disponen su especial protección (arts. 43 y 53). (Sentencia C-410, 1994)

Luego está la Sentencia T-624 de 1995, donde la Corte Constitucional, en virtud del mandato de igualdad entre hombres y mujeres, protege los derechos de la demandante, a la cual una institución educativa niega el acceso a esta por razones de sexo. En esa oportunidad, la Corte afirmó:

La existencia de instituciones exclusivamente masculinas o femeninas tiene cabida en las distintas áreas de formación siempre que subsistan, para hombres y mujeres, las posibilidades de acudir a otros centros educativos en los cuales puedan ser admitidos para acceder a los diferentes niveles académicos o para especializarse en las áreas de su predilección. Lo que resulta inadmisibles es la consagración de esa exclusividad tratándose de establecimientos únicos para determinada carrera o especialidad, susceptible de ser cursada tanto por hombres como por mujeres, pues en tales circunstancias el monopolio de la formación que se ofrece, unido a la aludida exigencia, bloquea de manera absoluta las posibilidades de personas pertenecientes al otro sexo, frustrando del todo sus aspiraciones. (Sentencia T-624, 1995)

También encontramos la Sentencia T-220 de 2004, en la que la Corte protege los derechos a la dignidad, la intimidad, el buen nombre y la educación de una estudiante menor de edad frente a las manifestaciones de una profesora de una institución educativa.

En relación con los derechos a la seguridad social y licencias por maternidad, la Corte se ha pronunciado mediante las sentencias T-304 de 2004 y T-646 de 2012, principalmente. En estos casos, la Corte ha protegido el derecho a la salud, el derecho a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana de las mujeres.

Respecto a la protección de la mujer en casos de violencia —sobre la base de que la violencia ejercida contra la mujer es producto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres y considerando que es un fenómeno que suele estar “relacionado con diversas causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que opera en conjunto o en forma aislada en desmedro de la dignidad humana, y que afecta los derechos de un número gravemente significativo de seres humanos” (Corte Constitucional, Sentencia T-967, 2014)—, se protegen los derechos de las mujeres víctimas de violencia, en especial, el derecho a la igualdad, a la protección de la familia, al acceso a la administración de justicia y a una vida libre de violencia, entre otros. Se destacan también las sentencias T-012 de 2016, T-735 de 2017 y la T-126 de 2018.

Por su parte, en la Sentencia T-022 de 2014, la Corte reiteró que las cirugías reconstructivas en casos de cáncer de seno no son una cuestión estética, sino que hacen parte de la salud mental y de la dignidad de las mujeres.

De igual modo, el tribunal constitucional protege los derechos de las reclusas en el sentido de afirmar:

Además de los mínimos que la Corte Constitucional ha reconocido a las personas reclusas en general, con los cuales se marca el derrotero de superación del estado de cosas inconstitucional declarado en esta materia y la actuación de los jueces de tutela, las mujeres reclusas en estos establecimientos son titulares, en especial, de los siguientes *mínimos constitucionalmente asegurables*: 1) El derecho a ser protegidas, en el marco de la privación de su libertad, de violencia física, psicológica o sexual, de la explotación y de la discriminación. 2) A la atención de las necesidades básicas radicales que, por su condición de mujeres, ellas y solo ellas están expuestas a sufrir. 3) A contar con una protección reforzada durante el embarazo, la lactancia y la custodia de los niños, en un entorno sano y adecuado. (Sentencia T-267, 2018)

Merece especial relación la Sentencia T-338 de 2018, en la cual la Corte Constitucional, tras proteger los derechos de la mujer en los casos de violencia física, sexual y psicológica como una forma de discriminación, determinó la necesidad de capacitar en materia de igualdad de género a todos los jueces de familia del país.

También es necesario mencionar la sentencia T-025 de 2004, donde la Corte Constitucional declara la existencia de un *estado de cosas inconstitucional* en materia de población desplazada y hace un estudio profundo en relación con la afectación de los derechos fundamentales de las mujeres en situación de desplazamiento, en especial de las mujeres cabeza de hogar.

Así mismo, existen garantías en relación con el derecho a la igualdad respecto a asuntos como la sexualidad, el libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de adopción por parte de parejas del mismo sexo (Sentencia C-683, 2015) y el matrimonio entre parejas del mismo sexo (Sentencia SU-214, 2016).

En relación con los derechos sexuales y reproductivos, existe una limitada protección, pero en realidad hay un gran avance que consiste en la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en tres casos determinados por la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional: 1) cuando la continuación del embarazo pone en peligro la salud de la mujer (física o mental) o su vida; 2) cuando el embarazo es resultado de una violación o de incesto; y 3) cuando hay malformaciones del feto que son incompatibles con la vida por fuera del útero.

Por otra parte, es imprescindible mencionar la Sentencia T-398 de 2019, ya que en este fallo de tutela se protegieron los derechos a la dignidad humana y a la salud de las mujeres habitantes de calle; en dicho sentido, se ordenó a la Secretaría Distrital de Integración Social de Bogotá suministrar a dichas mujeres los elementos de aseo e higiene íntima necesarios.

Finalmente, es imposible avanzar sin hacer referencia al *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*; este documento, que pone fin al conflicto armado entre la guerrilla de las Farc-EP y el Estado colombiano, tiene contenido muy importante en materia de género; parte del reconocimiento del impacto desproporcionado que tiene el conflicto sobre las mujeres y las niñas. En efecto, desde su creación, el Acuerdo Final tuvo en cuenta a las mujeres al establecer una subcomisión de género; de esta manera se aseguró el enfoque de género en todo el Acuerdo. En este sentido, se señala:

[...] el Acuerdo Final reconoce el papel que desempeñan las mujeres en la prevención y solución de los conflictos y en la consolidación de una paz estable y duradera, y que su liderazgo y participación en pie de igualdad son necesarios y esenciales; pero también admite que la guerra golpea a las mujeres de maneras diferenciadas y que, por lo tanto, se requieren medidas concretas que atiendan esos riesgos. (Alianza Cinco Claves, 2018)

Es así como el enfoque de género hace posible tener en cuenta las múltiples consecuencias que tiene para la mujer el conflicto armado, pero también resalta el importante papel de las mujeres como constructoras de paz, y la necesidad de adoptar medidas específicas

y concretas para protegerlas. Dentro del Acuerdo Final, se implementan condiciones para vincular su participación equitativa dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición; se asegura la intervención de las mujeres campesinas en el desarrollo social; su aporte para solucionar el problema de las drogas ilícitas y las soluciones en relación con la violencia intrafamiliar y la violencia sexual que afectan, en especial, a mujeres y niñas; su recuperación emocional; y medidas para favorecer la participación política de las mujeres, entre otras (Barraza, 2018).

De acuerdo con lo expuesto, es preciso señalar que, en definitiva, Colombia cuenta con herramientas jurídicas de origen normativo y jurisprudencial para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, concretamente en relación con la igualdad en el reconocimiento de la dignidad humana de las mujeres; y, de acuerdo con el artículo 13 constitucional, existe la posibilidad de adoptar medidas preferentes de protección en favor de las mujeres con el propósito de garantizar esa igualdad. Lo anterior reforzado por un Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) garantista, que incluso ha referido la idea de la existencia de violencia de género institucional, la cual se presenta cuando el Estado no actúa en favor de la protección de las mujeres (Moreno y Ballesteros, 2018).

En relación con la representación paritaria, la Ley 581 de 2000 garantiza la participación de al menos un 30 % de mujeres en los organismos de participación y gestión política. No existe una representación paritaria, en el entendido de 50/50, pero al menos se asegura un porcentaje mínimo. En este sentido, es preciso seguir construyendo y aportando a la igualdad y a la democracia, tal como lo afirma Ana de Miguel Álvarez:

Es la sociedad paritaria la que da sentido a la democracia paritaria para que esta no se convierta solo en una democracia con un cincuenta por ciento de mujeres en los puestos representativos y de decisión, sino en una democracia en la que los intereses de las mujeres se conviertan por fin en intereses de toda la humanidad. (2007, p. 96)

Antes de terminar, vale la pena destacar la afirmación que hace la investigadora feminista Celina Trimiño:

En la actualidad, la participación y actuación política de las mujeres es aún muy deficiente, lo que pone en cuestión la democracia liberal y plantea nuevos retos al feminismo liberal, que mantiene su vigencia en las sociedades democráticas de Occidente. Varias de las políticas implementadas para avanzar en la igualdad de las mujeres se enmarcan dentro de las concepciones de esta tendencia feminista que, contemporáneamente, se ha orientado más hacia las reformas que hacia la revolución. Sus propuestas pretenden mejorar las condiciones de vida de las mujeres, sin alterar de manera drástica los parámetros culturales que determinan lo que significa ser mujer y hombre en las sociedades que continúan mediadas por prejuicios sexistas discriminatorios hacia la mujer. (Trimiño, 2014, p. 406)

Así las cosas, conviene señalar que la situación actual de la mujer colombiana en materia de igualdad es aún muy deficiente. Cada día aumentan los índices de agresiones sexuales, la violencia sobre la mujer, la discriminación laboral y salarial y, en general, desigualdad, lo que indica que a pesar de existir unas condiciones de garantía, al menos mínimas, es necesaria una reforma estructural dentro de la sociedad, una transformación que no se puede dar a través de imposiciones normativas; esto solo se consigue a través de una política transversal de educación.

Dicho lo anterior, se considera que no es precisamente la DUDHE una vía para cambiar las desigualdades, pues ya contamos con instrumentos jurídicos con el fin de lograrla y se han hecho avances evidentes. No obstante, es necesario y urgente seguir avanzando, transformando mentalidades y educando en igualdad, con el fin de lograr una sociedad donde hombres y mujeres tengan garantías e iguales oportunidades. En este sentido, se señala la importancia de una eficaz política pública de educación en igualdad y el necesario empoderamiento de las mujeres para ejercer poder desde todas las esferas (Vargas y Bracchi, 2016).

Conclusión

La Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, DUDHE, es un documento muy importante para la necesaria actualización de la Declaración Universal de Derechos Humanos; su utilidad se puede establecer en dos aspectos. El primero de ellos es su origen, teniendo en cuenta que es un documento que proviene de la sociedad civil y esto lo dota de una fuerte legitimidad; y el segundo aspecto es que, como siempre se ha reiterado, es un documento que complementa o mejor completa la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta el importante avance a nivel de protección de los derechos de las mujeres en Colombia, se determina que el nivel de implementación de los contenidos de la DUDHE en nuestro país, concretamente, en relación con los derechos de las mujeres, es muy alto. Por ello es posible afirmar que, en cuanto a los derechos de las mujeres, la suscripción de la DUDHE por parte del Estado colombiano no sería útil, pero no fundamental, pues debido a las herramientas jurídicas actuales y los avances jurisprudenciales es posible garantizar su contenido.

Lo anterior no niega que sea necesario seguir avanzando en materia de igualdad de género; aún las mujeres colombianas sufren discriminaciones por razón de ser mujeres y es urgente educar en igualdad para que las medidas que se adopten tengan eficacia.

Referencias

- Alianza Cinco Claves (2018). *Las mujeres en el Acuerdo Final de paz*. Humanas Colombia, Sisma Mujer, Red Nacional de Mujeres.
- Ballesteros, M. C. (2015). La mujer y el ejercicio efectivo del poder en Colombia, una cuestión de Derechos Humanos. *Verba Iuris* (33), 61-76.
- Barraza, C. (2018). El género: una herramienta a favor de los derechos humanos de las mujeres y de las minorías con género no hegemónico. En J. E. Carvajal Martínez, *Tendencias actuales de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario* (pp. 199-229). IUSTA.
- Cassese, A. (1991). *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel.

- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-410 del 15 de septiembre de 1994*. Ponente: Carlos Gaviria Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-410-94.htm>
- Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-624 del 15 de diciembre de 1995*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006*. Magistrados Ponentes: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Expedientes 6122, 6123 y 6124.
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-967 del 15 de diciembre de 2014*. Expdte. T-4143116.
- Corte Constitucional. (2018). *Sentencia T-267 del 10 de julio de 2018*. Expdte. T-6.406.431. M. P. Carlos Bernal Pulido
- De Miguel Álvarez, A. (2007). Hacia una sociedad paritaria: La redefinición de lo público y lo privado. En A. Sierra (ed.), *Democracia Paritaria, aportaciones para un debate*. Laertes.
- Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, DUDHE. (2007). Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya. <https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>
- Fernández García, E. (2001). *Dignidad Humana y ciudadanía cosmopolita*. Madrid: Dykinson.
- Galvis Ortiz, L. (2015). *Comprensión de los derechos humanos*. Aurora.
- Martín Vida, M. Á. (2002). *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*. Civitas.
- Moreno, Á. y Ballesteros, M. (2018). Violencia de Género Institucional. En J. Carvajal Martínez (Ed.), *Tendencias actuales de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en Colombia* (págs. 179-197). USTA.
- Pérez Luño, A. E. (2013). Las generaciones de derechos humanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2(1), 163-196. <http://dx.doi.org/10.5902/2316305410183>
- Ruiz, A. L. (2019). Implementación del enfoque de género en el Acuerdo Final con las Farc-EP: Evolución, desafíos y perspectivas en razón del nuevo periodo presidencial 2018-2022. *VlEI*, 14(1), 91-128.
- Trimíño, C. (2014). *Aportaciones del feminismo liberal al desarrollo de los derechos políticos de las mujeres*. Congreso de los Diputados.

Vargas, Y. y Bracchi, C. (2016). La mujer latinoamericana dentro del contexto de los Derechos Humanos: énfasis desde la perspectiva del derecho al trabajo. *IUSTA*, 2016, 1(44), 75-97.

El derecho a una muerte digna en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes: análisis sobre su reconocimiento en Colombia*

DAVID MEDINA HERNÁNDEZ

En el presente capítulo, se abordará de manera breve una reflexión sobre 1) el alcance de los derechos humanos, y los debates actuales sobre su capacidad para generar transformaciones sociales que promuevan la vida en condiciones de dignidad; y 2) se examinará si el derecho a una muerte digna, consagrado de manera expresa en la DUDHE, ha sido reconocido y desarrollado por el marco jurídico y la jurisprudencia nacional. Esto con el fin de analizar la necesidad y la vigencia que tiene la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes

* Capítulo de libro producto del proyecto de investigación: “Derechos humanos emergentes ¿una utopía?”, código del proyecto: 1818003. Grupo Estudios en Derecho Privado, línea de investigación: Sociología Jurídica, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Docente Investigador: David Medina Hernández.

(DUDHE) como instrumento alternativo que permite un reforzamiento holístico sobre los derechos humanos que han sido reconocidos internacionalmente.

Para este trabajo se investigó y se planteó como problema determinar el alcance del derecho a una muerte digna reconocido en la DUDHE; además, se pregunta si dicho derecho ha sido reconocido por el marco jurídico y por la jurisprudencia nacional. Durante el proceso de investigación, se analizaron los potenciales y los desafíos de la DUDHE en el contexto actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Después se realizó un proceso de relevamiento en la legislación y en la jurisprudencia constitucional sobre el tema de investigación. Se hizo un proceso de sistematización y análisis de la información. Se contrataron fuentes secundarias y se identificaron las reglas de la jurisprudencia constitucional sobre la materia. Como resultado del proceso, se formularon los hallazgos sobre la pregunta de investigación, es decir, sobre el estado actual del derecho a la muerte digna en el país. De esta manera, se utilizó una metodología descriptiva con un enfoque jurídico internacional y nacional, tal como se delimitó en el proyecto de investigación.

Los derechos humanos emergentes: una oportunidad para asumir los desafíos actuales del mundo global bajo una comprensión integral y holística

El panorama para la vigencia, promoción y protección de los derechos humanos en el mundo enfrenta desafíos políticos, económicos, culturales y sociales. La situación global y la realidad que tienen que enfrentar millones de personas parecen no acercarse a las aspiraciones y los objetivos que dieron origen a los Derechos Humanos. En el ámbito académico, se plantean tesis que sustentan que existe un agotamiento y una limitación profunda de los derechos humanos para brindar garantías de protección efectiva de las personas. Se plantean preguntas razonables sobre el futuro de estos derechos.

Frente a la pregunta de si los derechos humanos todavía son un lenguaje efectivo para producir cambios sociales, Stephen Hopgood proporciona una respuesta negativa con múltiples matices. En efecto, reconoce que el activismo por los derechos humanos ha hecho importantes contribuciones, que la esperanza por la generación de cambios sociales es vigente y que el lenguaje de derechos humanos aún es útil y no va a desaparecer. No obstante, advierte que es necesario modular la expectativa del “potencial libertador de derechos humanos” frente a los cambios estructurales globales que se han presentado desde finales de la década de los setenta, cuando los derechos humanos iniciaron su ascenso global. Dichos cambios son sintetizados por el autor de la siguiente manera: 1) declive de la influencia Occidental y surgimiento (o resurgimiento) de nuevas potencias; 2) politización del lenguaje de los derechos humanos; y 3) oposición a los derechos humanos por principios (Hopgood, 2014, p. 73).

En contraste, existen otras posturas que ratifican la importancia de los derechos humanos como lenguaje ético, jurídico y político e instrumento para ejecutar cambios sociales. Para Álvarez Icaza, los derechos humanos “constituyen una exigencia ético-política para los gobernantes, asimismo son un indicador fundamental para determinar la gestión gubernamental y la gobernabilidad democrática de un Estado” (Álvarez Icaza, 2014, p. 82).

De allí que, pese a los desafíos y dificultades existentes, el autor considere que los derechos humanos tienen una importancia trascendental. Al respecto, señala el avance en su inclusión en la gestión pública y el debate político como un ejemplo de la capacidad que tienen los derechos humanos para transformar la realidad. Por esto, considera que esta nueva realidad representa en sí misma un triunfo político y ético, y un desafío relacionado con la erradicación de culturas que promueven el autoritarismo.

Al respecto, además considera que:

A partir de esta visión de los derechos humanos es posible atender, de manera simultánea, las viejas y nuevas agendas, así como las exigencias de la sociedad. Ejemplo claro de esto son los derechos de las personas privadas de libertad y los derechos a la vida

privada y familiar, y a formar una familia —fecundación in vitro—, respectivamente [...]. Sin duda, la atención eficaz a las agendas en materia de derechos humanos es parte vital del cambio social en la segunda década del siglo XXI. (Álvarez Icaza, 2014, p. 82)

Por último, el autor expresa que el papel que cumplen organismos como la Comisión y la Corte Interamericana “constituye un claro ejemplo de que hoy en día los derechos humanos son un medio eficaz, pero no exento de dificultades, obstáculos e incluso, en algunos casos, de lamentables retrocesos para producir cambios sociales”. En ese sentido, Álvarez Icaza señala que frente a las complejas dinámicas actuales, lo más significativo se presenta cuando los diferentes sujetos sociales reivindican y se apropian de los derechos humanos como una herramienta que posibilita cambios sociales, políticos y culturales (2014, p. 83)

Las posturas que ratifican la importancia y la reivindicación de los derechos humanos reconocen la existencia de diversos y múltiples desafíos para el movimiento de los derechos humanos. En ese sentido, para Philip Alston:

[...] los desafíos a los que se enfrenta el movimiento de derechos humanos son esencialmente distintos a los que se ha enfrentado hasta ahora. Esto no significa que sean “los últimos días de los derechos humanos”. Pero sí quiere decir que los proponentes de los derechos humanos tienen que repensar con urgencia muchos de sus supuestos, reevaluar sus estrategias, y ampliar el ámbito de sus actividades sin renunciar a sus principios fundamentales. (Alston, 2017, p. 268)

Para encarar los desafíos, Alston propone tres aspectos fundamentales: 1) Mantener la perspectiva y recordar que la defensa de los derechos humanos no ha sido un proyecto que se ha caracterizado por el consenso, sino que se ha consolidado a partir de los procesos de reivindicación, exigibilidad y de lucha; 2) Que las acciones impliquen un proceso continuo que supone la implementación de esfuerzos a largo plazo; y 3) El desarrollo de un espíritu de introspección y apertura por parte del movimiento de Derechos Humanos (Alston, 2017).

Respecto de los temas que requieren especial atención, Alston identifica los siguientes:

1. *Amenaza populista a la democracia.* Los cambios sobre el paradigma de seguridad que se generaron a partir de los ataques del 11 de septiembre, derivaron en la consolidación de temores (reales y contruídos), y en prácticas de discriminación y odio a las personas extranjeras y sobre grupos minoritarios. Dichos temores han sido utilizados por gobiernos de distintas tendencias que justifican las restricciones severas de los derechos humanos como único mecanismo para alcanzar la seguridad.
2. *Limitaciones al rol de la sociedad civil.* En este aspecto, se evidencian las dificultades que tiene que enfrentar la sociedad civil para organizarse y las limitaciones que tienen para incidir. Por ejemplo, a través de leyes que limitan la actividad de organizaciones no gubernamentales.
3. *La relación entre desigualdad y exclusión.* Este aspecto resalta que el populismo se fortalece a través del miedo. Así mismo, evidencia las dificultades para el reconocimiento y la protección de los derechos sociales, y la falta de medidas para intervenir integralmente la desigualdad. En consecuencia, como parte de las agendas en materia de derechos humanos, se debe potenciar la defensa de los derechos sociales y la erradicación de la desigualdad.
4. *Erosión del cumplimiento de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.* En este aspecto, se puede corroborar cómo en las relaciones interestatales y en conflictos de distinta naturaleza existe un menosprecio por las normas de derechos humanos, en especial, los relacionados con el uso de la fuerza, que además se profundizan por la neutralización de los Estados.

5. *La fragilidad y los límites de los organismos e instituciones internacionales.* En este aspecto, se encuentran las posturas que manifiestan de manera constante que se retirarán del control y la supervisión de mecanismos internacionales de protección. Así mismo, las dificultades de financiamiento que tienen para el cumplimiento de sus funciones.

Frente a este complejo panorama, Alston ratifica la necesidad de revitalizar y pensar estrategias innovadoras para fortalecer el movimiento y la defensa de los derechos humanos; entre estas se encuentran: 1) sinergias eficaces entre los procesos organizativos locales e internacionales; 2) fortalecimiento de estrategias orientadas a la promoción y defensa de los derechos humanos en las agendas de derechos humanos; 3) diálogo y participación a otros sectores sociales en la comunidad de derechos humanos a través de diálogos constructivos; 4) fortalecimiento de la certeza sobre la importancia de los derechos humanos; 5) afianzamiento del papel de los académicos e investigadores para promover el conocimiento, no solo de los límites, sino también de las oportunidades de los derechos humanos y formular estrategias para su defensa; 6) contribución de las personas en su cotidianidad para defender los derechos humanos.

Finalmente, Alston resalta que:

La cuestión bien simple es que cada uno de nosotros está en posición de hacer algo significativo, si queremos hacerlo. El desánimo o el abatimiento no es la respuesta, porque siempre hay algo que podemos hacer. Puede ser un gesto muy pequeño en relación al esquema general de las cosas, pero marca una diferencia. Puede ser una mera contribución económica. Ahora es el momento de contribuir con los grupos y defensores de derechos humanos de maneras nuevas, nunca vistas antes en el pasado. Es absolutamente esencial para nosotros fortalecer las organizaciones en primera línea, pues ellas están en la mejor posición posible para defender los derechos humanos de las amenazas que representan los nuevos populismos.

No podemos esperar, necesitamos comenzar a actuar; necesitamos hacer todo lo que podamos para fortalecer el respeto por los derechos humanos internacionales. Necesitamos comprometernos con los principios en nuestras propias vidas, en nuestros propios áreas. Vamos a tener que trabajar de un modo mucho más creativo tanto internacional como nacionalmente. Habrá una relación compleja entre estos dos niveles, pero siempre hay espacios donde podemos lograr una mejora. Estos son momentos extremadamente peligrosos, sin precedentes durante mi vida. Incluso durante la mayor parte de la Guerra Fría había cierto grado de seguridad, pero hoy hemos perdido una gran parte de eso y todo parece posible. La respuesta realmente está en nuestras manos. (Alston, 2017, pp. 271-272)

Sin lugar a dudas, los planteamientos de Alston señalan la necesidad de transformaciones para renovar las estrategias de defensa de los derechos humanos teniendo en cuenta los cambios globales y locales. Bajo esta óptica, la DUDHE se erige como un instrumento novedoso e innovador que fortalece y amplifica el contenido de los derechos humanos que han sido reconocidos en tratados por la comunidad internacional. En efecto, establece una mirada programática que busca responder a las nuevas demandas y necesidades de la sociedad y se inscribe en la noción dinámica de la construcción dinámica de derechos.

Los fundamentos contenidos en el marco general de la DUDHE se corresponden con los riesgos actuales para la protección de los derechos humanos bajo una mirada de indivisibilidad, interdependencia y universalidad.

Ciertamente, existen múltiples factores que afectan de manera global los derechos humanos, entre los que se encuentran peligros relacionados con representaciones y fanatismos religiosos; los avances tecnológicos no supervisados, en especial aquellos que afectan la protección de la intimidad de las personas bajo nuevos e innovadores sistemas de vigilancia y monitoreo de la vida de las personas; la creación de nuevos dispositivos de la industria armamentística que generan gran nivel de daño a las personas y al medioambiente; la restricción de libertades bajo fundamentos de seguridad nacional y de lógicas

transnacionales de criminalidad; las políticas económicas no cuentan con pautas claras sobre desarrollo sostenible, y en muchos casos ocasionan daños irreparables al medioambiente.

Desde otra perspectiva, y retomando las reflexiones de Alston, la DUDHE se origina a partir del diálogo de diversas experiencias y apuestas estratégicas de la sociedad civil global/local, y comprende las reivindicaciones de distintos movimientos sociales. Del mismo modo, la Declaración contiene una redefinición de los fundamentos de la participación ciudadana que está orientada a promover cambios que garanticen la participación política.

A través de la DUDHE, se intenta gestar una nueva conciencia individual y colectiva sobre nuevas dimensiones de los derechos que puedan ser reivindicadas. También resalta los profundos impactos de la desigualdad y el déficit de derechos que tienen que padecer millones de personas en el mundo. Por esta razón, también busca incidir y erradicar las causas que mantienen y profundizan la pobreza y la exclusión.

La Declaración no busca suplantarse los derechos reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ni en otras ramas del Derecho Internacional. Por el contrario, sus contenidos se dirigen a fortalecer y complementar el alcance de los Derechos.

En consonancia con las necesidades actuales y la formulación de agendas comunes programáticas que promuevan la vigencia de los derechos humanos en una sociedad global, la DUDHE propone: “[...] desarrollar proyectos alternativos, imaginar nuevas alianzas, favorecer nuevas formas de resistencia, garantizar nuevas propuestas de democracia internacional, de desarrollo sostenible y de la paz, y concebir desde la óptica de la sociedad civil los derechos humanos del siglo XXI”.

A la luz de los fundamentos y las reflexiones precedentes, se analizará el derecho a la muerte digna establecido en la DUDHE. Para tal efecto, se examinará el desarrollo el estado de reconocimiento y avances en la legislación colombiana.

Derecho a la muerte digna: reconocimiento, avances y tensiones en Colombia

El derecho internacional reconoce que la protección del derecho a la vida implica obligaciones positivas y de abstención por parte de los Estados. En ese contexto, es fundamental indagar sobre el derecho a la autonomía y la protección del derecho a la vida, en particular cuando una persona se encuentra bajo condiciones que afectan de manera grave el desarrollo de su vida en condiciones de dignidad y tiene sufrimientos intensos. ¿De qué manera se deben incorporar y armonizar los procedimientos médicos que estén relacionados con la finalización de la vida?

El reconocimiento del derecho a la muerte digna en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes

En el título I de la DUDHE se establece el *derecho a la democracia igualitaria*. El artículo 1 de este título, consagra el *derecho a la existencia en condiciones de dignidad*: “Todos los seres humanos y las comunidades tienen derecho a vivir en condiciones de dignidad”. En el mencionado derecho fundamental, en el numeral 7, la DUDHE incluyó el *derecho a una muerte digna* “que asegura a toda persona el derecho a que se respete su voluntad de no prolongar artificialmente su vida, expresada en un testamento vital o documento similar formalizado con las debidas garantías”.

El derecho contiene varios elementos, a saber:

1. Respeto de la voluntad y autonomía de la persona de no prolongar su vida a través de medios artificiales.

2. Requisito sustancial de expresión de voluntad: una comunicación escrita (testamento o documento similar) formalizada con las debidas garantías.

El derecho se fundamenta en el reconocimiento y el respeto de la autonomía y la voluntad; pero, en casos donde la vida dependa de medios artificiales, al parecer se enfoca de manera exclusiva en aquellos casos en los que la persona se encuentra en estado clínico o mental que le impide ratificar su voluntad sobre cesar los medios artificiales de la vida, en un momento específico, también denominado *eutanasia involuntaria*, en el que el sujeto no puede expresar su consentimiento o requerimiento (Nino, 2014). En todo caso, la persona que se encuentra en estado de inconsciencia pudo haber realizado una manifestación previa, libre y unívoca al momento de la pérdida absoluta de conciencia. En otras palabras, no regula otros casos de padecimiento graves terminales en los que la persona aún mantiene un estado de conciencia que le permite manifestar su interés en iniciar los procedimientos de fin de vida.

Por otra parte, añade que la manifestación debe reposar en documento escrito y no define cuáles pueden ser consideradas las debidas garantías (fácticas, legales o materiales). No obstante lo anterior, es necesario indicar que entre los elementos centrales que deben acompañar la declaración se encuentran al menos dos: 1) conciencia y estado mental pleno y 2) consentimiento unívoco y libre.

El alcance del derecho a la muerte digna en Colombia. Debates y perspectivas

Los debates sobre los procedimientos de fin de vida en Colombia, y sobre las formas para manifestar y constatar el consentimiento han originado profundas tensiones en los ámbitos político, social y judicial¹. Dichas discusiones han abarcado dos circunstancias: la primera,

1 Olga Ligia Araque Moreno y Enrique López Camargo, en su artículo “Eutanasia, entre la vida y la muerte ¿Quién y qué la decide? (véalo en la revista Principia Iuris N.º 18, 2012-II: 226) afirman:

referida a los casos en los que la persona mantiene su estado de conciencia plena y manifiesta su interés en iniciar los procedimientos de fin de vida debido a los graves padecimientos. La segunda, respecto de aquellas personas que han perdido de manera absoluta el estado de conciencia, lo que les impide manifestar su voluntad sobre el procedimiento de vida. En este segundo grupo de personas se encuentran: 1) aquellas que manifestaron su consentimiento de manera previa, por escrito o por otros medios disponibles, sobre la decisión de no prolongar su vida de manera artificial; 2) los que no realizaron una manifestación previa y en los que podría operar el consentimiento sustituto.

La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la muerte digna

En 1997, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-239, una decisión transcendental sobre este tema; esta se enfocó principalmente en los casos en los cuales la persona se encuentra en capacidad de manifestar su voluntad (cuenta con estado de conciencia pleno) frente a circunstancias de enfermedades terminales que provocan graves padecimientos. En dicha decisión, la Corte Constitucional abordó las relaciones existentes en las conductas definidas en el Código Penal y la protección de los enfermos terminales. En la decisión, la Corte Constitucional realizó un análisis sobre la autonomía y el derecho a vivir la vida en condiciones de dignidad, argumentando que este también supone el derecho a morir dignamente.

La Corte Constitucional estimó que las regulaciones orientadas a definir los requisitos, la forma y la oportunidad para los procedimientos de terminación de la vida debían ser establecidas por el legislador. Para tal efecto, señaló varias pautas que podrían servir de base para la reglamentación. Del mismo modo, determinó que mientras se

En casi todos los países del mundo, y Colombia no es ajeno al debate sobre este espinoso tema de la eutanasia, del cual no se escapan los diversos puntos de vista morales, religiosos, éticos, emocionales y desde luego jurídicos que finalmente tienen un foco de encuentro: la *muerte digna*.
En <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/506/626>.

adoptaba la regulación por parte del Congreso de la República, todos los “homicidios por piedad de enfermos terminales” deberían ser investigados por las autoridades judiciales para determinar la autenticidad y la fiabilidad del consentimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte estableció pautas para la atención de personas en casos de enfermedad terminal que les produzcan sufrimientos y que, en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesten su consentimiento libre de morir dignamente. Deben recibir un procedimiento, realizado por un médico, quien le brindará la información necesaria y las condiciones para morir en condiciones de dignidad.

La Corte precisó que:

El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. *Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna.* En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. *El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral.* La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto (Énfasis añadido). (Corte Constitucional, Sentencia C-239, 1997)

Por esta razón, concluyo que:

[...] el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el artículo 326 del Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, como ya se ha señalado, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico. [...]

En el caso del homicidio pietístico, consentido por el sujeto pasivo del acto, el carácter relativo de esta prohibición jurídica se traduce en el respeto a la voluntad del sujeto que sufre una enfermedad terminal que le produce grandes padecimientos, y que no desea alargar su vida dolorosa. La actuación del sujeto activo carece de antijuridicidad, porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida, sino por la solicitud de aquél que por sus intensos sufrimientos, producto de una enfermedad terminal, pide le ayuden a morir.

No sobra recordar que el consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra. Es decir, el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión. Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende,

en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren. (Corte Constitucional, Sentencia C-239, 1997)

Los debates en el Congreso de la República

Trece años después, en el 2010, se radicó en el Congreso de la República un proyecto orientado a regular los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades crónicas degenerativas e irreversibles. Se tramitó el Proyecto de Ley 138 de 2011, Senado, y 290 de 2011, Cámara. Una vez aprobado el Proyecto, se presentaron objeciones gubernamentales que fueron decididas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-233 de 2014.

Las objeciones se concentraron principalmente en el hecho de que la Ley regulaba aspectos relacionados con el derecho a la vida y la muerte digna que debieron ser tramitados con el procedimiento y las mayorías previstas para una ley estatutaria. El Gobierno señaló tres disposiciones de la Ley que no podrían ser reguladas a través de una ley ordinaria. Así:

[...] 1. En el artículo 1º, “*donde se consagra que la ley se orienta a reglamentar entre otros ‘[...] el derecho de estos pacientes a asistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los principios de proporcional[i]dad] terapéutica y no representen una vida digna para el paciente, específicamente en los casos en que haya diagnóstico de una enfermedad en estado terminal crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida’*” —folio 33—.

2. Un apartado del párrafo del artículo 4º que establece “*Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios*

artificiales, siempre y cuando el paciente no sea apto para donar órganos” —folio 34—.

3. El numeral 4° del artículo 5° que permite a “[t]oda *persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho podrá suscribir el documento de Voluntad Anticipada. En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones, en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte su disposición o no de donar órganos*” —folio 34—.

A juicio del Gobierno, estos apartes del proyecto aprobado por el Congreso incluyen temas reservados a la ley estatutaria por las siguientes razones: “i) regulan, en algunos apartes, el núcleo esencial de los derechos a la vida y a la dignidad humana; ii) desarrollan textos constitucionales, así como la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional, en la que se estableció que el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental; iii) regulan en forma estructural el derecho a la vida de los pacientes e incluye la posibilidad de desistir de manera voluntaria y anticipada a tratamientos médicos; iv) crean mecanismos para que los pacientes manifiesten la voluntad de que no se prolongue su vida de manera innecesaria; y, v) autorizan a los médicos a dejar de prolongar la vida de forma artificial a pacientes con muerte cerebral, sin involucrar ningún tipo de consentimiento de los familiares. (Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2014)

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional declaró infundadas las objeciones gubernamentales. Uno de los temas principales que cuestionó el Gobierno estaba relacionado con una disposición de la Ley, que estableció la facultad de las personas para suscribir un documento de voluntad anticipada, mediante el cual se puedan indicar las decisiones en casos de padecer enfermedades terminales, crónicas degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida.

Sobre el contenido y las finalidades del documento de voluntad anticipada, la Corte estableció lo siguiente:

La regulación sobre Voluntad Anticipada aprobada por el Congreso de la República tiene fundamento en el reconocimiento del derecho de todo paciente a renunciar a los tratamientos que sean considerados *innecesarios* en la fase terminal de una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible. Y, se resalta, el ámbito reconocido por la disposición en análisis es única y exclusivamente la renuncia a este tipo de tratamientos.

[...]

No obstante la anterior posibilidad, dicha voluntad sólo será vinculante en el entendido que se cumpla el presupuesto anteriormente expresado: que los tratamientos a que se esté renunciando sean *innecesarios* para la específica situación que afronte el paciente, de acuerdo con los parámetros establecidos por la ciencia médica.

Al ser estos los presupuestos de la suscripción de un documento de Voluntad Anticipada, esta posibilidad está en perfecta armonía con el mandato ético de la profesión médica, consistente en la prohibición de *encarnizamiento* o *ensañamiento terapéutico*, mandato que impide realizar tratamientos carentes de utilidad alguna respecto de la situación en que se encuentra un determinado paciente.

[...]

La única diferencia que esta posibilidad adiciona a los derechos ya reconocidos de los pacientes tiene que ver, más que con el contenido de los mismos, con el modo y el momento de dejar constancia de la decisión tomada por uno de ellos. En efecto, con el documento de voluntad anticipada el paciente tendría la oportunidad de realizar esta renuncia antes de enfrentarse a la situación en concreto, de manera que si para cuando se encuentre en fase terminal de una enfermedad crónica, degenerativa e irreversible no se está consciente o no tiene la capacidad de realizar expresamente dicha renuncia, sea este documento el que sirva como

manifestación de su voluntad respecto de los tratamientos a seguir en aquel momento.

En concordancia con lo antes expresado, se resalta que esta garantía resulta irrelevante si el paciente tiene la capacidad de expresar su voluntad cuando se encuentre en dicha fase terminal, pues el paciente podrá, como ya el ordenamiento lo reconoce, ejercer su derecho de renuncia respecto de todo tratamiento que se aprecie como *innecesario* para su específica situación. (Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2014)

Finalmente, se promulgó la Ley 1733 del 8 de septiembre de 2014; el artículo 5 estableció los “derechos de los pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles” en el que se incluyó el derecho que tienen las personas de suscribir un documento de voluntad anticipada. La norma contiene los siguientes requisitos: 1) capacidad plena: que la persona se encuentre en pleno uso de sus facultades legales y mentales; 2) condición de salud: permite que la declaración sea suscrita por una persona sana o en estado de enfermedad; 3) convicción y conocimiento sobre las consecuencias derivadas de la firma del documento; 4) en caso de atravesar una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible, determinar las indicaciones de no someterse a “tratamientos innecesarios que eviten prolongar la vida digna del paciente”; 5) en caso de muerte: la disposición o no para la donación de órganos.

En ese orden de ideas, las disposiciones referidas a la posibilidad de manifestar el consentimiento anticipado contenido en la Ley 1733 se ajustan al espíritu y al contenido establecido en el derecho a una muerte digna consagrados en la DUDHE, en la medida en que reconoce, protege y asegura el derecho de las personas a no prolongar artificialmente su vida a través de un documento en el que conste el consentimiento libre sobre dicha circunstancia.

Más adelante, en el marco de una acción de tutela, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-970 de 2014, profundizó en el contenido sobre las reglas constitucionales aplicables al fenómeno de la eutanasia, y en el contenido y el alcance del derecho fundamental a morir dignamente con base en el precedente establecido

en 1997. Pese a que la Corte ratificó la vigencia del precedente establecido a finales de la década de los años noventa, también constató que la ausencia de regulación suponía un obstáculo para garantizar el derecho a morir en forma digna. En consecuencia, identificó a los sujetos obligados y consolidó pautas para garantizar la efectividad de este derecho, como la prevalencia de la autonomía del paciente, celeridad, oportunidad, imparcialidad y los demás criterios definidos en la Sentencia C-239 de 1997.

En la Sentencia T-970 de 2014, la Corte Constitucional ratificó el carácter fundamental del derecho a morir en forma digna con base en los siguientes argumentos:

5.2 El derecho a morir dignamente es un derecho fundamental. Así lo dijo la Corte en la Sentencia C-239 de 1997 cuando indicó que “el derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de autonomía como sujeto moral”. Esta garantía se compone de dos aspectos básicos: por un lado, la dignidad humana y por otro, la autonomía individual. En efecto, la dignidad humana es presupuesto esencial del ser humano que le permite razonar sobre lo que es correcto o no, pero también es indispensable para el goce del derecho a la vida.

5.3 De acuerdo con lo anterior, la posición de la Corte en relación con la fundamentalidad de los derechos ha variado a lo largo de su historia, utilizando distintos criterios para identificarlos. Sin el ánimo de exponer en detalle las discusiones teóricas que sobre el punto se suscitan, este Tribunal ha indicado que un derecho adquiere la categoría de fundamental cuando quiera que el derecho encuentre su fundamento en la dignidad humana. Esa tesis sería reiterada además por las Sentencias T-227 de 2003 y T-760 de 2008; esta última sobre el derecho a la salud.

[...]

A partir de lo expuesto, para esta Corte no cabe duda de que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de fundamental. Y ello es así por varias razones. Siguiendo sus razonamientos, esta Corporación ha señalado que un derecho fundamental busca garantizar la dignidad del ser humano. Es decir, para que una garantía pueda ser considerada como fundamental, debe tener una estrecha relación con la dignidad como valor, principio y derecho de nuestro ordenamiento constitucional. En el caso de la muerte digna, la Sala de Revisión, al igual que la Sala Plena en la Sentencia C-239 de 1997, considera que su principal propósito es permitir que la vida no consista en la subsistencia vital de una persona sino que vaya mucho más allá. Esos aspectos adicionales son propios de un sujeto dotado de dignidad que como agente moral, puede llevar a cabo su proyecto de vida.

[...]

Algunas enfermedades son devastadoras, al punto de producir estados de indignidad que solo pueden ser sanadas con la muerte. El fin del derecho a morir dignamente, entonces, es impedir que la persona padezca una vida dolorosa, incompatible con su dignidad. Eso se da cuando los tratamientos médicos realizados no funcionan o sencillamente cuando el paciente, voluntariamente, decide no someterse más a esos procedimientos pues considera, según su propia expectativa, que es indigno la manera como está viviendo.

Así las cosas, el derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, independiente pero relacionado con la vida y otros derechos. No es posible considerar la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía, así como tampoco es dable entenderlo como una parte del derecho a la vida. Sencillamente, se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esa categoría. Es un derecho complejo pues depende de circunstancias muy particulares para constatarlo y autónomo en tanto su vulneración no es una medida de otros derechos. En todo caso, es claro que existe una relación estrecha con la dignidad, la autonomía y la vida, entre otros.

En segundo lugar, el derecho a morir dignamente cumple con el segundo criterio que la Corte ha dado para identificarle como fundamental. En efecto, existe consenso (en el sentido ya señalado) sobre la necesidad de reglamentar esa materia. A pesar de no ser un tema pacífico, el Congreso en cuatro oportunidades ha intentado reglamentar el asunto que no deja de ser controversial y sensible. Eso se explica al día de hoy, diecisiete años después de la sentencia de la Corte, no existe una decisión por parte del legislador. La ausencia de ley no ha sido por inactividad del Congreso. Adicionalmente, la Corte Constitucional mediante la ya tan mencionada sentencia C-239 de 1997 declaró que el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental. La discusión parece estar zanjada pues este Tribunal, luego de un ejercicio argumentativo e interpretativo de la Constitución, reconoció que el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental. En efecto, sostuvo que “el deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el de la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad [...] el derecho a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente”.

Finalmente, la muerte digna se puede traducir en un derecho subjetivo, pues son identificables tanto los sujetos activos, pasivos, obligados y el contenido mínimo de la obligación. (Corte Constitucional, Sentencia T-970, 2014)

El desarrollo constitucional sobre las reglas y subreglas jurisprudenciales acerca del contenido y el alcance del derecho a morir dignamente, la identificación de los sujetos vinculados y las pautas han sido determinantes para la elaboración de normas orientadas a materializar dicho derechos.

Por otro lado, la Corte reiteró que la ausencia de regulación sobre las pautas establecidas desde 1997 no constituía una razón suficiente para negar el derecho a morir en forma digna. En ese sentido, recordó que si bien en la decisión de 1997 había dispuesto que el legislador implementara el proceso de reglamentación, también identificó criterios sólidos sobre el tipo de casos y las circunstancias de proteger

el derecho a morir dignamente, y formuló nuevas pautas normativas para fortalecer las que ya había construido.

La Corte de nuevo exhortó al Congreso de la República a que realizara la reglamentación teniendo en cuenta los lineamientos y pautas establecidas en la jurisprudencia constitucional (Corte Constitucional, Sentencia T-970, 2014). Además, dio la orden al Ministerio de Salud y Protección Social de: 1) formular una directriz a las entidades prestadoras del servicio de salud para la conformación de grupos expertos interdisciplinarios que cumplan distintas funciones en casos en los que se solicite el derecho a morir en forma digna; y 2) elaborar un protocolo médico discutido por expertos en distintas disciplinas para que sirva como referente sobre los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente.

Con el objetivo de cumplir la segunda orden que estableció la Corte Constitucional, es decir, la elaboración del procedimiento, el Ministerio de Salud y Protección Social publicó en el 2015 el “Protocolo para la aplicación del procedimiento de la eutanasia en Colombia”. Dicho Protocolo desarrolla conceptos y pautas para materializar el derecho a morir en forma digna. Para tal efecto, se incluyeron: el concepto de *enfermedad terminal*, los criterios clínicos y pronósticos para la determinación de la enfermedad terminal, los procesos de evaluación que permitan verificar que los pacientes ostentan plena capacidad para solicitar la aplicación de la eutanasia y las intervenciones farmacológicas para realizar el procedimiento (Ministerio de Salud, 2015).

Con el objetivo de cumplir una de las órdenes establecidas en la Sentencia T-970 de 2014, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 1216 del 20 de abril de 2015 sobre directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir dignamente. Dicha resolución reconoce de modo expreso que la prevalencia de la autonomía del paciente, la celeridad, la oportunidad y la imparcialidad constituyen criterios de la garantía del derecho fundamental a morir con dignidad en los términos de la Sentencia T-970 de 2014.

Más adelante, el Ministerio de Salud publicó la Resolución 1051 del 1.º de abril de 2016 en la que reguló los requisitos y las formalidades para la realización de la declaración anticipada de voluntad

establecida en la Ley 1733 de 2014 con el objetivo de proteger “en todo momento la dignidad de la persona y garantizar el cumplimiento de dicha voluntad.)

En la Resolución, se advierte que:

[...] El documento de voluntad anticipada garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la autonomía de la persona que lo suscriba y que posteriormente se encuentre, por diversas circunstancias y en determinado momento, en imposibilidad de manifestar su voluntad. En todo caso, no suplanta la posibilidad de decidir y expresar su consentimiento actual en el proceso de atención si es capaz y está en pleno uso de sus facultades legales y mentales. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016)

De esta manera, se establece que la manifestación de voluntad anticipada puede ser modificada por el paciente si al momento de enfrentar el cuadro patológico terminal se encuentra en condiciones plenas mentales.

La Resolución establece además la información mínima que debe contener el documento (artículo 4) sobre la identificación completa, sobre el consentimiento libre e informado, la manifestación “clara, expresa e inequívoca” sobre la negativa a someterse a procedimiento médicos que pueden prolongar de manera innecesaria su vida, y sobre la voluntad para la donación o no de órganos. También instaura como requisito formal que el documento se extienda ante notario y establece la posibilidad de que el acto sea acompañados por testigos (artículo 5); incluso para las personas que se encuentran en el exterior brinda la posibilidad de que el documento sea presentado ante el respectivo consulado.

También contiene (artículo 6) pautas especiales para la declaración de voluntad aplicables a las personas que no puedan o no sepan leer y firmar, y brinda la posibilidad de usar intérpretes a quienes no conozcan suficientemente el idioma español. Lo anterior, sin perjuicio del reconocimiento de la diversidad lingüística reconocida en el artículo 7 de la Constitución Política. El mismo artículo 6 de la Resolución incorpora un aspecto novedoso en materia de acreditación de la declaración,

dado que admite las declaraciones expresadas en videos o en audios, y en otros medios tecnológicos:

[...] siempre y cuando se extiendan en presencia de notario y contengan los elementos de que trata el artículo 4° de la presente resolución. De ello se dejará la respectiva constancia en un acta, que sustenta la expresión de voluntad anticipada mediante esta clase de medios. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016)

La Resolución también regula las calidades que deben ostentar los testigos (artículo 7), así como el contenido del documento mediante el cual se pretenda modificar, sustituir o revocar el documento de voluntad anticipada (artículos 8 y 9). Por último, establece disposiciones que promueven el cumplimiento de la voluntad anticipada, plantea que cualquier persona puede allegar el documento ante los profesionales de la salud, la inclusión en la historia clínica (artículos 10 y 12). En ese mismo sentido, establece que la Superintendencia Nacional de Salud, en el marco de sus competencias, vigilará durante el proceso de atención en salud que se garantice la voluntad del paciente (artículo 14).

Consideraciones finales

Pese a los avances jurisprudenciales y la adopción de normas orientadas a garantizar el derecho a morir dignamente, la Corte Constitucional ha podido constatar en varias decisiones de tutela que aún persisten dificultades para materializar ese derecho. En consecuencia, ha ordenado al Ministerio de Salud y Protección Social que debe:

[...] (i) adoptar las medidas necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento y la correcta implementación de la Resolución 1216 de 2015, iniciando por la creación de un mecanismo eficaz mediante el cual tenga conocimiento de todos los casos de muerte digna desde el mismo momento en que el paciente lo solicite, y las demás medidas que estime pertinentes; y (ii) gestionar lo necesario para que todas las EPS e IPS del país emitan una carta de derechos para los pacientes en las que se ponga en conocimiento público de los usuarios del sistema de salud sus derechos y deberes

en lo concerniente al derecho fundamental a morir dignamente.
(Corte Constitucional, Sentencia T-423, 2017)

La Corte Constitucional ha examinado casos en los cuales se han presentado dificultades por el consentimiento sustituto, dado que la Resolución 1216 de 2015 establece que este podrá ser presentados por quienes estén legitimados para ello, siempre y cuando la voluntad del paciente haya sido expresado en un documento de voluntad anticipada o testamento vital. En la Sentencia T-721 de 2017, la Corte examinó un caso con estas características y pudo establecer que la disposición de la resolución en la práctica impide la capacidad del consentimiento sustituto.

[...] Sin embargo, cabe señalar en este punto que el inciso 3 del artículo 15 que reza “en caso de que la persona mayor de edad se encuentre en incapacidad legal o bajo la existencia de circunstancias que le impidan manifestar su voluntad, dicha solicitud podrá ser presentada por quienes estén legitimados para dar el consentimiento sustituto, siempre y cuando la voluntad del paciente haya sido expresada previamente mediante un documento de voluntad anticipada o testamento vital y requiriéndose, por parte de los familiares, que igualmente se deje constancia escrita de tal voluntad”, haría inocuas las otras disposiciones consagradas al efecto, tales como los artículos 7, numeral 7.8 y 14, numeral 14.1 y nupatorio, en la práctica, el consentimiento otorgado por terceros, pues lo condiciona a una manifestación previa y escrita, contrariando el sentido de lo decidido en la sentencia T-970 de 2014, que amplía el consentimiento previo, posterior, formal o informal del paciente, al consentimiento sustituto, entendido como un remplazo o cambio de la voluntad de éste, en razón de su imposibilidad fáctica para realizar tal manifestación. (Corte Constitucional, Sentencia T-721, 2017)

Al momento de realizar el consentimiento en el caso concreto, afirmó:

[...] Según la valoración médica efectuada el 17 de julio de 2017, el estado en que se encontraba la paciente era “vegetativo

permanente”, razón por la cual su madre, quien había sido designada como curadora principal en proceso de interdicción, presentó la petición que ahora ocupa la atención de la Sala, haciendo uso de la figura del “consentimiento sustituto”, avalado en la sentencia T-970 de 2014, para los casos en que la persona se encuentra en imposibilidad fáctica para manifestar su consentimiento, “en estos casos y en aras de no prolongar su sufrimiento, la familia, podrá sustituir su consentimiento. En esos eventos, se llevará a cabo el mismo procedimiento establecido en el párrafo anterior, pero el comité interdisciplinario deberá ser más estricto en el cumplimiento de los requisitos”. (Corte Constitucional, Sentencia T-721, 2017)

Sin embargo, la misma Resolución 1216 de 2015, en su artículo 15, condiciona el consentimiento sustituto a que el paciente haya expresado su voluntad de someterse a tal procedimiento de forma previa; debe quedar constancia escrita de ello en documento de voluntad anticipada o testamento vital, haciendo nugatoria la figura, tal como quedó recogida en el fallo antes citado; esto pone en una situación de desventaja o discriminación a los pacientes incapacitados para hacer tal manifestación frente a la protección de su derecho a morir con dignidad. En consideración a esta circunstancia, la Corte ratificó la necesidad de realizar modificaciones pertinentes en la Resolución 1216 de 2015, en correspondencia con los parámetros sobre consentimiento establecidos en la Sentencia T-970 de 2014.

En la misma decisión, las reglas establecidas en la jurisprudencia se reiteraron así:

En síntesis, respecto del derecho fundamental a la muerte digna la jurisprudencia constitucional han establecido que: (i) tiene carácter fundamental y una íntima relación con la vida, la dignidad humana y la autonomía; (ii) obligar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale a un trato cruel e inhumano; (iii) la falta de regulación constituye una barrera para su materialización; (iv) no hay distinciones o condicionamientos relacionados con la edad de los destinatarios de este derecho; (v) en virtud de los principios de igualdad y no discriminación, defensa del

interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la efectividad y prioridad absoluta de sus derechos, éstos son titulares del derecho a la muerte digna.

Como presupuestos para hacer efectiva esta garantía se han establecido (vi) el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores; (vii) de una persona mayor de 18 años o menor, de acuerdo con el desarrollo cognitivo y psicosocial; (viii) que exprese su consentimiento libre, informado e inequívoco, que también puede ser sustituido, en el caso de menores con las particularidades que ello implica.

De otra parte, ha requerido que (ix) se regule un procedimiento para garantizar una muerte anticipada o “eutanasia”, una de las dimensiones de este derecho, a través de la conformación de Comités Científicos Interdisciplinario y un protocolo médico para su materialización, siempre observando (x) criterios como: prevalencia de la autonomía del paciente, celeridad, oportunidad e imparcialidad; y (xi) que se provea de la infraestructura necesaria para desarrollar esta garantía.

En último lugar, la Corte también ha destacado que (xii) los pacientes deben conocer sus derechos y deberes frente al derecho a la muerte digna. (Corte Constitucional, Sentencia T-721, 2017)

Es necesario destacar que, en la decisión de tutela, la Corte ratificó los obstáculos que tienen que enfrentar las personas para la garantía de su derecho fundamental a morir dignamente. Para terminar, la Corte indicó que:

[...] la Sala advierte con preocupación que la acción de tutela se ha convertido en una etapa más a agotar dentro del trámite que se imparte a las solicitudes encaminadas a garantizar la muerte digna de una persona, pese a las normas y fallos emitidos en torno de la protección de este derecho fundamental, y, para contrarrestar tal irregularidad, emitirá una serie de órdenes en procura de revertir este proceder contrario a la Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia T-721, 2017)

Las limitaciones legales y la falta de voluntad han ocasionado que las personas presenten acciones de tutela como parte del trámite de los procedimientos para el fin de la vida, lo que resulta inaudito. En las decisiones adoptadas por la Corte en revisión de tutela se ha constatado la prolongación del sufrimiento debido a la negativa de las entidades prestadoras de salud (EPS) para garantizar el derecho a morir dignamente. En la mayoría de decisiones se ratifica la carencia de objeto, en la medida en que se constata el incumplimiento, pero las personas fallecen durante el trámite. Esto supone un período de tiempo extenso en el que se agrava el sufrimiento de la personas mientras que logra obtener el amparo judicial de sus derechos.

Con ocasión del déficit de protección material del derecho a morir en forma digna y las órdenes de la Corte² sobre tales procedimiento que involucran a niños, niñas y adolescentes, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 0825 del 9 de marzo de 2018. De la misma manera, el Ministerio expidió la Resolución 2665 de 2018 modificando los criterios establecidos en la Resolución 1051 de 2016. La nueva resolución facilita los requisitos sobre los documentos de voluntad anticipada, ya que no considera obligatorio presentar al documento ante notario, en la medida en que esta es solo una de las

2 Por ejemplo, la Sentencia T-721 de 2017 ordena al Ministerio de Salud y Protección Social,

[...] que adecue la Resolución 1216 de 2015, en relación con los siguientes aspectos: 1) El parágrafo 3. del artículo 15 sobre consentimiento sustituto, de acuerdo con lo establecido en la sentencia T-970 de 2014, párrafo 7.2.9, y regule el trámite que deberá adelantarse en caso de presentarse esta forma de consentimiento. 2) Regule el trámite a seguir cuando: a. Se advierta por el médico tratante la necesidad de convocar al Comité de Ética Hospitalaria, con el fin de evaluar la salud del paciente, el manejo terapéutico y las consecuencias del mismo, en observancia del mejor interés de éste; b. el paciente exprese su voluntad de no continuar con el tratamiento o, por sí mismo o por interpuesta persona, solicite la limitación del esfuerzo terapéutico o la readecuación de las medidas asistenciales. En todo caso deberán contemplarse, entre otros elementos mínimos: plazos para emitir una respuesta, consentimiento sustituto y acompañamiento constante e integral para el paciente y su familia. [...] Lo anterior, en el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación del presente fallo.

alternativas para la manifestación de voluntad: dicho documento también puede ser extendido a través de otros medios que garanticen su fidelidad y validez.

A modo de conclusión

La Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes constituye una herramienta programática poderosa para la reivindicación de los derechos y para incentivar su desarrollo por parte de los Estados en sus sistemas normativos domésticos. La DUDHE reconoce la vida como valor/derecho bajo el entendimiento del buen vivir en condiciones de dignidad.

Por eso señala que el desarrollo científico y técnico, junto con las políticas de desarrollo deberían estar al servicio de la vida. De allí que considere que la defensa del medioambiente y la exigibilidad de la reclamación del derecho a una muerte digna indican el valor de una vida en condiciones de dignidad. Dicha circunstancia refleja también el derecho a no someterse a sufrimientos prolongados y a morir dignamente.

El breve recorrido histórico, jurídico y jurisprudencial realizado evidencia que el derecho a morir de manera digna tiene una categoría fundamental en el marco jurídico nacional, y que su contenido incluye tanto los parámetros de la DUDHE como otros elementos que aseguran su materialización, incluso frente a la inexistencia de la voluntad expresada en un testamento vital o en un documento.

Desde 1997 se inició un extenso proceso para el reconocimiento del derecho fundamental a morir con dignidad el cual sigue en proceso de construcción. Pese a los sólidos avances jurisprudenciales y a las regulaciones ministeriales, las personas aún tienen que enfrentar escenarios de obstáculos para el ejercicio de este derecho en forma continua. Para superar este desafío, el Congreso de la República debe impulsar acciones orientadas a regular el derecho fundamental a morir dignamente en consonancia con los criterios jurisprudenciales proferidos por la Corte Constitucional.

Referencias

- Alston, P. (2017). Los derechos humanos bajo ataque. Cómo responder a las amenazas populistas a los derechos humanos. *Sur-Revista Internacional de derechos humanos*, 14(25), 267-273.

- Álvarez Icaza, E. (2014). Los derechos humanos como medio eficaz para producir cambios sociales. *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, N.º 20, Jun/Dic/2014, 81-83.
- Araque, O. L. y López, E. (2012). Eutanasia, entre la vida y la muerte ¿Quién y qué la decide? *Revista Principia Iuris* N.º 18, 2012-II, 226.
- Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-239 del 20 de mayo de 1997*. M. P. Carlos Gaviria Díaz. Expdte D-1490.
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-233 del 9 de abril de 2014*. M. P. Alberto Rojas Ríos. Expdte OG-145
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T-970 del 15 de diciembre de 2014*. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Expdte T-4.067.849.
- Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-423 del 4 de julio de 2017*. M. P. Iván Humberto Escrucería Mayolo. Expdte T-6.061.533
- Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T-721 del 12 de diciembre de 2017. Sobre el derecho a morir dignamente de las personas en estado vegetativo*. Expdte T-6.026.987.
- Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, DUDHE. (2007). Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya. <https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>
- Hopgood, S. (2014). Desafíos al Régimen Global de Derechos Humanos: ¿Los derechos humanos todavía son un lenguaje efectivo para el cambio social? *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, N.º 20, Jun/Dic/2014, 71-78.
- Ministerio de Salud. (2015). *Protocolo para la aplicación del procedimiento de la eutanasia en Colombia*. <https://bit.ly/2HHeyEm>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). *Resolución 1051 de 2016*, “Por medio de la cual se reglamenta la Ley 1733 de 2014 en cuanto el derecho a suscribir el Documento de Voluntad Anticipada”.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2015). *Resolución 1216 de 2015*, “Por medio de la cual se da cumplimiento a la orden cuarta de la Sentencia T-970 de 2014 de la Corte Constitucional en relación con las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad”.
- Nino, C. (2014). Algunas reflexiones sobre el tratamiento legal del aborto y la eutanasia. En Carlos S. Nino, *Una teoría de la justicia para democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Siglo Veintiuno Editores.

Sobre los autores

Andrés Abel Rodríguez Villabona

Doctor en Derecho Público de la Universidad Grenoble-Alpes (Francia); magíster en Filosofía del Derecho de la Universidad Panthéon-Assas París II; magíster en Derecho Público de la Universidad Panthéon-Sorbonne París I; abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor y miembro del grupo de investigación de Derecho Público “Francisco de Vitoria” de la Universidad Santo Tomás. Profesor asociado y coordinador académico de la Especialización y la Maestría en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

Correo electrónico: andresabelrodriguez@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8884-3202>

Ana María Jiménez Pava

Abogada de la Universidad Externado de Colombia y máster en Metodologías para la Investigación en Derechos Humanos de la Universidad de Essex. Es especialista en género y la defensa de los derechos humanos de las mujeres de la Universidad de Chile. Ha coordinado múltiples investigaciones y ha sido consultora de Unicef, USAID, la cooperación alemana GIZ, Conflict Dynamics International,

la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Consejo Británico y el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) en temas de niñez y conflicto armado, y justicia transicional, entre otros. Igualmente, ha asesorado diversas entidades gubernamentales en la incorporación de los enfoques diferenciales en la política pública y la construcción de estrategias para la prevención e investigación penal del delito de reclutamiento ilícito y la violencia sexual. En la actualidad, es docente de la Maestría en Derechos Humanos ante Defensa de los Derechos Humanos y el DIH ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás.

Correo electrónico: anijipa75@gmail.com

ORCID: orcid.org/0000-0002-8504-4680

Iris Marín Ortiz

Abogada de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. En la actualidad es magistrada auxiliar de la Corte Constitucional e investigadora de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y del DIH ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás. Ha trabajado en organizaciones de derechos humanos, en ONU Mujeres, y ha sido consultora de organismos de cooperación internacional y de la Comisión de la Verdad de Ecuador. Tiene experiencia directiva como servidora pública en la creación y puesta en marcha del Programa de Reparaciones colombiano, creado por la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. En tal calidad, fue asesora del Gobierno nacional en asuntos de reparaciones en la Mesa de Conversaciones de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc). Declarante informativa del Gobierno colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. En su calidad de docente, ha participado en investigaciones cualitativas y cuantitativas sobre derechos de las víctimas. Ha publicado sobre asuntos de justicia transicional, género, derechos de las víctimas y derecho constitucional.

Correo electrónico: iris.marin.ortiz@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1504-0828>

María Constanza Ballesteros Moreno

Abogada de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, doctora en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Docente e investigadora de la Universidad Santo Tomás y de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, seccional Chiquinquirá.

Correo electrónico: mariaballesteros@usantotomas.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3147-7488>

Carlos Alberto López Cadena

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en Derecho Constitucional Comparado de las universidades Autónoma de Madrid y Externado de Colombia; magíster en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid, y doctor en estudios avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Introducción al Derecho en la Universidad Externado de Colombia e investigador del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta.

Correo electrónico: carlos.lopez@uexternado.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3849-3691>

Norhy Esther Torregrosa Jiménez

Magíster en Ciencia Política de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster en Educación en la Universidad de La Salle. Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, perteneciente al Grupo Derecho, Sociedad y Estudios Internacionales de la Universidad Libre, proyecto: “Procesos transicionales en Colombia”.

Correo electrónico: nhorystorregroza@yahoo.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1445-2166>

David Medina Hernández

Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, magíster en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe

de la Universidad Nacional General San Martín de Buenos Aires. Docente investigador de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y DIH ante organismos, tribunales y cortes internacionales de la Universidad Santo Tomás, integrante del Grupo Estudios en Derecho Privado, línea de investigación: Sociología Jurídica, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás.

Correo electrónico: david.medina@usantotomas.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2872-660X>

Índice analítico

A

Acuerdo de Paz 11, 39, 40, 41, 56, 57, 58, 60, 62, 64, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 81, 83, 84, 86, 88, 89, 91, 92, 106, 108, 114, 116
Acuerdo Final 10, 11, 40, 46, 48, 49, 54, 56, 61, 74, 77, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 106, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 131, 135, 136, 138, 139
adopción 19, 30, 34, 44, 52, 66, 84, 96, 107, 125, 128, 131, 132, 134, 163
análisis jurisprudencial 10

B

banalización 21, 22, 27

C

ciudad de ciudadanía 34
ciudad marginal 34
cláusula general de competencia 90
Código de la Infancia y la Adolescencia 52, 54, 64, 76
Código Penal 40, 55, 56, 60, 63, 64, 76, 151, 152, 153, 158
conexidad 87, 88, 89, 90, 117
conflicto 9, 10, 11, 12, 26, 28, 40, 41, 44, 46, 47, 48, 51, 52, 53, 55, 56, 61, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 80, 84, 85, 87, 90, 91, 93, 97, 98, 99, 100, 101, 104, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 130, 131, 135, 145
conflicto armado 9, 11, 41, 44, 46, 47, 51, 53, 55, 56, 66, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 80, 90, 91, 97, 98, 99, 100, 101, 104, 106, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 130, 131, 135, 172

consentimiento sustituto 151, 164, 165, 167
constitucionalismo 18, 31, 36, 37, 38
Convención de Ginebra 58, 59, 76, 93
Convención sobre los Derechos del Niño 43, 51, 52, 53, 59, 61, 62, 64, 65,
66, 67, 74, 75, 93
corpus iuris internacional 58

D

declaración de voluntad 149, 150, 161, 162
democracia
 garantista 34, 45
 paritaria 33, 125, 136
 participativa 33, 115
 plural 33
 solidaria 34
derecho a la democracia igualitaria 149
derecho a la educación 129
derecho a la muerte digna 12, 142, 148, 149, 150, 151, 166
derecho a la reparación 80, 92, 93, 94, 104, 105, 116
derecho a la seguridad social 133
derecho a la vida 133, 149, 154, 155, 158, 159
derecho al desarrollo 15, 25, 34
derecho internacional consuetudinario 59
derecho programático 30
derechos
 de las mujeres 12, 123, 124, 126, 128, 131, 133, 138
 de libertad 22, 26, 28, 29, 124, 153
 políticos 32, 104, 139
 reproductivos 33, 126, 129, 135
 sexuales 33, 126, 129, 135
 sociales 26, 27, 28, 31, 32, 35, 104, 145
derechos fundamentales 21, 28, 35, 36, 42, 84, 85, 87, 88, 116, 134, 173
 negativos 28
 positivos 28
derechos humanos emergentes 9, 10, 12, 15, 16, 19, 25, 28, 30, 32, 33, 35, 36,
37, 39, 40, 77, 79, 119, 121, 123, 126, 138, 139, 141, 142, 149, 168, 169
desigualdad 9, 100, 102, 126, 131, 137, 145, 148
desviación
democrática 32
 igualitaria 32
 internacionalista 32

dignidad humana 10, 13, 17, 26, 29, 122, 128, 132, 133, 135, 136, 139, 152, 155, 158, 160, 165
 discriminación 9, 12, 92, 93, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 109, 110, 111, 112, 117, 119, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 134, 137, 145, 165
 contra las mujeres 125, 128, 129, 130, 131, 132, 134
 sexual 131, 132, 134
 diversidad cultural 33, 111, 162
 documento de voluntad anticipada 155, 156, 157, 162, 163, 164, 165, 169
 dogmática jurídica 10, 18

E

enfermos terminales 151, 152, 154
 enfoque diferencial 54, 77, 130
 escepticismo 22, 24, 25, 26, 27, 32
 esclarecimiento de la verdad 44, 47
 estado de cosas inconstitucional 134
 Estado de derecho 22, 27, 28, 37, 109
 Estado Social de Derecho 12, 98, 104, 106, 110, 132
 Estados parte 42, 51
 Estatuto de Roma 50, 56, 57, 60, 61, 63, 64, 75, 77, 93, 107, 119
 eutanasia 150, 151, 157, 161, 166, 169
 eutanasia involuntaria 150
 exclusión 71, 99, 106, 111, 112, 119, 127, 145, 148

F

Farc-EP 10, 11, 39, 41, 46, 47, 48, 54, 57, 64, 69, 73, 78, 80, 83, 111, 135, 139
 feminicidio 130
 fundamentación 10, 17, 23, 24, 25, 26, 30
 fundamentación conceptual y jurídica 10, 17, 23, 24, 25

G

garantías de no repetición 44, 80, 87, 91, 92, 93, 94, 97, 98, 100, 102, 106, 116, 120
 garantías laborales 129
 género 27, 47, 52, 77, 99, 100, 102, 119, 123, 124, 130, 131, 134, 135, 136, 138, 139, 171, 172
 globalización 10, 17, 29, 122, 128
 grupos minoritarios 145
 guardar coherencia 20, 85, 87, 90

H

hermenéutica 10

homicidios por piedad o pietístico 152, 153

I

identidad 33, 99

igualdad 10, 12, 13, 24, 27, 31, 33, 46, 110, 124, 125, 126, 127, 128, 129,
130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 165, 169

igualdad de derechos 127, 129

instrumentos jurídicos 16, 118, 137

J

juridicidad 20, 24, 68, 153

justicia

distributiva 101

internacional 34

restitutiva 101

transicional 12, 40, 44, 45, 46, 71, 74, 76, 120, 172

L

Ley de Amnistía e Indulto 60, 62, 76

Ley de Infancia y Adolescencia 40, 52

ley penal 52, 58

licencia por maternidad 133

M

marco jurídico internacional 10, 40, 60

miedo 32, 41, 109, 145

minoría 27, 33, 131, 138

muerte anticipada 166

muerte digna 10, 12, 141, 142, 143, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154,
155, 157, 159, 160, 161, 163, 165, 166, 167, 168, 169

mujeres rurales 111, 129

N

niñas 10, 11, 40, 41, 43, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 59, 61, 62,
63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 110, 111, 125,
128, 130, 135, 136, 166, 167

normas de *ius cogens* 94

O

oportunidades 71, 110, 129, 137, 146

orden

 jurídico internacional 30, 53

 moral internacional 30

 político internacional 30

 social 30, 31, 109

P

pacigerancia 91, 92, 120

participación femenina 129, 131

paz negativa 80, 92, 107, 111, 113, 117

paz positiva 11, 80, 92, 107, 111, 113, 114, 116, 117

población desplazada 93, 96, 119, 134

política de Estado 86, 87, 90

populismo 145, 146

principio interés superior de niños y niñas 10, 11, 54, 64, 65, 66, 75, 166

principio *Nullum crimen sine lege* 58

principio pro infans 64, 65, 66

Principios de París 49, 50, 51, 78

programas de reparación 44, 98, 99, 102, 103, 104, 172

R

razonable pretensión de intangibilidad 88

reclutamiento ilícito 11, 39, 40, 49, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 66, 70,
71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 172

referente de validez 85, 87

reformas legales 44, 98

Reglas de Beijing 67

reivindicación de derechos 20, 21, 22, 23, 144, 148, 168

reparación

 colectiva 97, 98, 99, 103, 104, 106, 113, 114, 115, 117

 integral 48, 71, 72, 77, 94, 101, 115, 118, 120

 transformadora 99, 100, 101, 103

retribución laboral 128, 130

T

terminación de la vida 151

Tribunal para la Paz 63, 64, 73

tribunales especiales 44, 50, 58, 108, 172, 174

U

unificación global 29

universalidad 20, 28, 123, 147

V

violencia 42, 43, 44, 47, 50, 60, 63, 64, 71, 72, 78, 82, 93, 98, 99, 100, 101, 102, 109, 110, 111, 112, 113, 125, 127, 128, 130, 133, 134, 136, 137, 139, 172

violencia de género 99, 100, 127, 128, 133, 134, 136, 137, 139

voluntad anticipada 155, 156, 157, 162, 163, 164, 165, 167, 169



Esta obra se editó en Ediciones USTA.
Se usó papel propalcote de 300 gramos para la carátula
y papel bond *beige* de 75 gramos para páginas internas.
Tipografía de la familia Sabon.

2020

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EMERGENTES

Esta obra es el resultado del trabajo de diferentes grupos de autores articulados a través del Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Estos investigadores han logrado reunir sus esfuerzos para contribuir al debate y el desarrollo de lo que hoy se conoce como la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (DUDHE). La DUDHE representa la expresión de voluntades de la sociedad civil, cuyo propósito es promover la revisión y ampliación del marco de derechos humanos existente y así superar los retos que plantean contextos de violaciones continuas y crecientes de los derechos humanos a nivel global.

Las diferentes perspectivas recogidas aquí constituyen un importante aporte a la construcción de la paz en Colombia, en un momento histórico de transición que parte del reconocimiento de las graves violaciones de derechos humanos que han tenido lugar en el marco del conflicto armado colombiano y de la necesidad de que se materialicen reformas estructurales para reducir las desigualdades y la discriminación en el país.



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

