



LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y
Democratización para América Latina

Tesis destacadas del año académico 2013-2014

Zoraida Hernández Pedraza

Nataly Herrera Rodríguez

Diego Jiménez Guachalla

Christian A. Paula Aguirre

Hedme Sierra Castro

Mauricio Valladares



UNSAM
EDITA



LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y
Democratización para América Latina

Hernández Pedraza, Zoraida [*et al.*].

Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe: Tesis destacadas del año académico 2013-2014

1ª edición - San Martín: Universidad Nacional de General San Martín.
UNSAM EDITA, 2015.

512 pp; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-24731-9-8

1. Derechos Humanos. 2. Democratización. I. Hernández Pedraza, Zoraida
CDD 323

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

1ª edición, diciembre de 2015

© 2015 Zoraida Hernández Pedraza

© 2015 Nataly Herrera Rodríguez

© 2015 Diego Jiménez Guachalla

© 2015 Christian Alexander Paula Aguirre

© 2015 Hedme Sierra Castro

© 2015 Mauricio Valladares

© 2015 UNSAM EDITA de Universidad Nacional de General San Martín

Campus Miguelete, Edificio Tornavía

Martín de Irigoyen 3100, San Martín (B1650HMK), provincia de Buenos Aires

unsamedita@unsam.edu.ar

www.unsamedita.unsam.edu.ar

Edición digital: María Laura Alori

Corrección: Javier Beramendi y Wanda Zoberman

Se imprimieron 300 ejemplares de esta obra durante el mes de diciembre de 2015 en Imprenta Dorrego, Av. Dorrego 1102, CABA.

Queda hecho el depósito que dispone la Ley 11.723

Editado e impreso en la Argentina

Prohibida la reproducción total o parcial, incluyendo fotocopia, sin la autorización expresa de sus editores.



LAT.MA

Maestría en Derechos Humanos y
Democratización para América Latina

Tesis destacadas del año académico 2013-2014

Zoraida Hernández Pedraza

Nataly Herrera Rodríguez

Diego Jiménez Guachalla

Christian A. Paula Aguirre

Hedme Sierra Castro

Mauricio Valladares



UNSAM
EDITA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN

Carlos Ruta
Rector

Daniel Di Gregorio
Vicerrector

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Jorge Taiana
Director General

Verónica Gómez
Dirección de Investigación, Enseñanza y Comunicación

Marina Pecar
Dirección de Gestión y Planeamiento

Claudia Couso
Coordinación de Publicaciones

<i>Jorge Taiana</i>	Prólogo	9
<i>Zoraida Hernández Pedraza</i>	Los defensores de derechos humanos como “enemigo interno” en la doctrina militar de Colombia entre 1997 y 2011 Obstáculos para el derecho a defender los derechos humanos	11
<i>Nataly Herrera Rodríguez</i>	La Ley de Consulta Previa en el Perú y su reglamento La problemática de las comunidades campesinas y nativas	127
<i>Diego Jiménez Guachalla</i>	El desarrollo capitalista y la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas Excepcionalidad en forma de indemnización a la consulta previa libre e informada	205
<i>Christian Alexander Paula Aguirre</i>	La identidad LGBTI Contexto individual y familiar a través de las instituciones jurídicas del Ecuador y la Argentina	279
<i>Hedme Sierra Castro</i>	Aplicación de los derechos humanos a la intervención de las comunicaciones Internet libre y comunicaciones seguras en la labor de promoción y defensa de los derechos humanos	365
<i>Mauricio Valladares</i>	Honduras 2009: Consulta popular y golpe de Estado El proyecto de participación ciudadana frente al consenso hegemónico de poder	439
	Sobre los autores	507

PRÓLOGO

El presente volumen incluye la producción más destacada de la cohorte 2013-2014, de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe que dicta el Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP), de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), con la participación de las universidades que conforman la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina (REDALDH), el Campus Global de Derechos Humanos y de destacados académicos, expertos, personalidades y funcionarios nacionales e internacionales provenientes de América Latina y de otras regiones del mundo.

Este programa de posgrado está destinado a la formación profesional de graduados en diversas disciplinas de las ciencias sociales (derecho, ciencias políticas, sociología, filosofía, ciencias de la comunicación), con un enfoque interdisciplinario y regional. Asimismo, integra el concierto de maestrías regionales ofrecidas en el marco del Campus Global de Derechos Humanos y se nutre de intercambios de docentes y expertos de los programas regionales que se dictan en Europa comunitaria (Venecia), los Balcanes (Sarajevo), el Cáucaso (Ereván), África (Pretoria), Asia-Pacífico (Sídney), con la participación de un centenar de universidades en todo el mundo.

El programa de estudios involucra la participación de docentes de las Universidades de San Martín, Buenos Aires, Quilmes, Lanús, General Sarmiento, Mar del Plata, Villa María (Argentina); Mayor de San Andrés; Chuquisaca (Bolivia); Federal de Rio Grande do Sul (Brasil); FLACSO (México); San Francisco de Quito (Ecuador), del Pacífico (Perú), y de la República (Uruguay).

La cohorte 2013-2014 de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización se desarrolló en un estimulante ambiente multicultural, con estudiantes provenientes de diez países de América Latina y Europa. Los trabajos ofrecidos en este volumen fueron producidos en el marco del taller de tesis dictado en forma paralela a la cursada de materias troncales y seminarios, donde se brindó apoyo epistemológico en la definición y desarrollo de los planes de tesis.

Vaya nuestro agradecimiento especial a los integrantes del Comité Académico de la Maestría, Susana Méndez, María Sonderegger y Víctor Abramovich; a la

docente responsable del taller de tesis, la doctora Nancy Cardinaux; al tutor de la Maestría, Diego López; y a los tutores académicos que supervisaron la escritura de las tesis junto a los estudiantes, por el acompañamiento brindado durante el intenso período de producción de estos trabajos.

Las tesis seleccionadas a efectos de integrar este volumen se destacan por su actualidad, relevancia y valor testimonial, siempre con rigor académico, perspectiva interdisciplinaria y visión sobre los temas de la realidad latinoamericana en materia de derechos humanos y democracia. Concretamente, versan sobre la temática de los pueblos indígenas, la identidad LGTBI, la libertad y seguridad en las comunicaciones vía Internet, la situación de los defensores de derechos humanos en Colombia y las causales del golpe de Estado en Honduras. Corresponde destacar y agradecer el trabajo de la coordinadora de publicaciones del CIEP, Claudia Couso, y muy especialmente, el apoyo de Daniela Verón y el equipo de UNSAM EDITA, en la edición y publicación de este volumen.

El Centro Internacional de Estudios Políticos de la UNSAM se enorgullece por difundir la producción de sus graduados con la convicción de que esta publicación constituye un aporte al debate continuo sobre el fortalecimiento de la cultura democrática y de respeto y promoción de los derechos humanos en América Latina.

Jorge Taiana

Director general del CIEP

Buenos Aires, agosto de 2015

LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS COMO “ENEMIGO INTERNO” EN LA DOCTRINA MILITAR DE COLOMBIA ENTRE 1997 Y 2011

**Obstáculos para el derecho a defender
los derechos humanos**

ZORAIDA HERNÁNDEZ PEDRAZA

Director: Santiago Garaño

Codirector: Alexander Herrera Varela

INTRODUCCIÓN

Los defensores y las defensoras de derechos humanos cumplen un papel importante en el fortalecimiento de la democracia y del Estado social de derecho en Colombia, ya que promueven la plena vigencia de los derechos humanos y propugnan por procesos de democratización de un país que lleva más de cinco décadas en un conflicto social y armado. No obstante, el contexto en el cual actúan es difícil: su labor es perseguida de manera sistemática, y sus vidas, integridad física y libertad se encuentran bajo amenaza permanente. Centenares de defensores y defensoras de derechos humanos han sido víctimas de asesinatos, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, judicializaciones sin fundamento, interceptación ilegal de sus comunicaciones y amenazas, entre otras modalidades de agresión. Estas prácticas constituyen un ataque no solo en su contra, sino también agreden la sociedad en su conjunto, pues la actividad que desarrollan defensores y defensoras redundaría en el logro colectivo de los derechos de toda la sociedad colombiana.

Reiteradamente, el movimiento de derechos humanos ha exigido al Estado colombiano garantías y respeto para el ejercicio de su labor. Sin embargo, las medidas adoptadas por este han resultado insuficientes. Así lo testimonian las cifras sobre agresiones contra defensores y defensoras de los derechos humanos,¹ lo cual sugiere que existen aspectos y causas de orden estructural que requieren ser revisados, removidos o eliminados para garantizar efectivamente su labor.

La presente tesis de maestría busca trascender hacia un análisis más profundo de las fuentes de riesgo y de las instituciones que las contienen, de tal manera que redunde en una adecuada protección a quienes defienden los derechos humanos en el país, acorde, además, con los estándares internacionales de derechos

¹ De acuerdo con el Sistema de Información de Agresiones contra Defensores de Derechos Humanos (SIADDHH), del Programa No Gubernamental de Protección a Defensores de derechos humanos Somos Defensores (en adelante Programa Somos Defensores), entre el 2002 y el 2012 fueron denunciadas más de 1.827 agresiones individuales, dentro de las cuales se reportaron 242 asesinatos, 111 atentados y más de 1.000 amenazas con ocasión de su labor. En su informe general del año 2011, el SIADDHH reportó que: "En promedio en 2011, cada 36 horas fue agredido un defensor(a) de derechos humanos en Colombia" y registró el asesinato de 49 defensores, 140 casos de amenazas, 49 detenciones arbitrarias y 23 desapariciones forzadas (Programa Somos Defensores, SIADDHH, 2011: 19 y 20).

humanos sobre el tema. Por ello, aportará a una mejor comprensión de uno de los aspectos estructurales que obstaculiza el derecho a defender los derechos humanos en Colombia: el papel de las Fuerzas Armadas en su estigmatización, persecución y represión. Sin embargo, ello no significa ocultar que dentro de los perpetradores de las agresiones a los defensores de derechos humanos se encuentran también grupos guerrilleros y paramilitares y tampoco afirmar que las Fuerzas Armadas sean un cuerpo monolítico.²

En los últimos años, en Colombia ha persistido una práctica sistemática de señalamientos y estigmatizaciones contra el movimiento de derechos humanos. Esta se recrudeció a partir de la década de los noventa, cuando discursos inspirados en la doctrina militar se exacerbaron, señalando a las defensoras y los defensores como “enemigos internos” y situando la defensa de los derechos humanos como parte de una “guerra jurídica”. La presente tesis indaga el origen de ese discurso militar contra los defensores de derechos humanos, focalizando en los fundamentos teórico-prácticos, ideas o paradigmas que orientaron la “acción” de las Fuerzas Armadas en Colombia durante el período 1997-2011. Con ese fin, esta investigación analiza el proceso de surgimiento y conformación de la Doctrina de Acción Integral, en la que se fue construyendo progresivamente el imaginario de los defensores de derechos humanos como un “enemigo interno”, y dará cuenta de las narrativas utilizadas por las Fuerzas Armadas para justificar la existencia de una “guerra jurídica” en contra de las personas que defienden los derechos humanos en Colombia.

Dada mi trayectoria como defensora de derechos humanos, uno de los intereses académicos en la presente investigación se encuentra también en la necesidad de aportar a la disminución de la brecha existente entre el “mundo académico” y el “mundo de los derechos humanos”. Por ejemplo, se destaca anticipadamente que la investigación para esta tesis encontró que la lucha del movimiento de derechos humanos ha sido poco sistematizada y analizada desde la academia colombiana. Los trabajos existentes en su mayoría, han sido producidos por algunas organizaciones defensoras de derechos humanos sobre su propia experiencia de trabajo. En esta línea, se destaca, por ejemplo, la historia de ASFADDES (2003) y los 25 años del Comité Permanente por la defensa de los Derechos Humanos (2004), entre otras publicaciones. No obstante, las investigaciones realizadas no alcanzan a dar cuenta de la magnitud del aporte del movimiento de derechos humanos en Colombia desde su surgimiento hasta nuestros días. De la misma manera, se observó una reducida producción teórica y analítica sobre la violencia contra los defensores y las defensoras de derechos humanos, más allá de los aportes que sobre ello han hecho los órganos de supervisión del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, específicamente, desde aquellos mecanismos establecidos para la protección de los defensores y las defensoras a nivel regional y mundial. Por el contrario, sí se observa una abundante información

2 Al respecto, López (1985) considera que “debe descartarse toda imagen de un ejército monolíticamente alineado detrás de una determinada corriente”, sin embargo en el interior de las instituciones armadas una de las corrientes es la predominante (1985: 104). Sobre la tendencias en las Fuerzas Armadas de Colombia puede consultarse (Velásquez Rivera, 2009: 206-208).

desde las organizaciones no gubernamentales colombianas, que da cuenta de los patrones de agresión y obstáculos al derecho a defender los derechos humanos. Este material es un insumo importante para que, desde la academia, se contribuya teórica y analíticamente a comprender dicho fenómeno, en la vía de aportar a su transformación. Esta es la apuesta que motoriza la presente tesis de Maestría en Derechos Humanos y Democratización para América Latina.

En cuanto al estudio de las Fuerzas Armadas en Colombia, el interés académico se ha concentrado en temas como: el estudio de los militares desde el punto de vista del desarrollo del Estado; la relación entre militares y poder político; Fuerzas Armadas y movimiento insurgente y Poder militar, su nivel de intervención en la política y su papel en el manejo del orden público. Se destacan que algunos de los temas con mayor desarrollo con la subordinación militar respecto al poder civil y los estudios sobre la seguridad nacional.³ En lo pertinente a los estudios académicos sobre la doctrina militar en Colombia, resaltamos la obra del sociólogo Leal Buitrago (2002), que desarrolla un amplio estudio sobre la Seguridad Nacional en el país. Este trabajo es particularmente útil en los propósitos de la presente investigación debido a que en ella el autor hace una reflexión crítica sobre la evolución de la Doctrina de Seguridad Nacional (DSN) en Colombia, desde su surgimiento hasta el año 2002. El autor sostiene que en esta evolución se pueden observar las tendencias históricas que resultarían en el recrudecimiento de la guerra y en la centralidad que las Fuerzas Armadas tendrían en la vida nacional. En el mismo sentido y en un análisis más concreto sobre la DSN, es necesario resaltar la obra de Velásquez Rivera (2009), en la cual el autor aborda un estudio comparado entre Chile y Colombia y examina los regímenes políticos a que dio lugar esta doctrina y sus consecuencias. Para ello, realiza un análisis exhaustivo de su proceso de conformación, el contexto interno y externo, las fuentes, componentes y principios que dieron lugar a la DSN en cada uno de los países.

Especial importancia tienen también los informes de memoria producidos por *Colombia Nunca Más* (2000), el Grupo de Memoria Histórica (GMH) y su informe titulado *¡Basta ya!* (2013), así como el informe del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (2013). En estos informes se pueden observar elementos claves del contexto de la represión histórica ocurrida en Colombia, formas de violencia utilizadas y sectores sociales afectados con la DSN, al ser declarados “enemigo interno”, lo cual es pertinente retomar para la presente investigación. Respecto al enemigo interno, existen otras investigaciones que dan cuenta de los efectos que dicha caracterización tuvo para ciertos sectores sociales en Colombia. Por ejemplo, el trabajo realizado por la Comisión Colombiana de Juristas (2012) analiza las lógicas de la violencia antisindical en el país y las formas de exclusión de lo sindical, de 1979 al 2010, y destaca que la noción de “enemigo interno”, vinculada al sujeto sindical, ha sido base de la violencia estatal ejercida contra este sector social.

3 Para mayor información sobre un balance historiográfico de los estudios realizados sobre las Fuerzas Militares, es posible ver Medina (1994) y Atehortúa (2004).

Por su parte, existen variados estudios sobre las doctrinas militares en América Latina, principalmente aquellos que se ocupan de analizar las dictaduras militares en los países del Cono Sur. Garretón (1984) identifica que los primeros estudios al respecto tenían los siguientes énfasis: En primer lugar, quienes se ocuparon de estudiar el régimen y la tipología como sistema político; en segundo, quienes analizaron las dictaduras militares del Cono Sur como una fase en el desarrollo capitalista dependiente; y en tercer lugar, los trabajos que enfatizaron en los estudios de la corporación militar y dieron cuenta del proceso de cambio de las Fuerzas Armadas, “de su equipamiento, de su formación ideológica y profesional, de su organización, de la redefinición de sus relacionamiento con el Estado y con el conjunto de su Sociedad” (1984: 23). En esa línea, resaltamos los trabajos de Ernesto López (1985), quien estudió las doctrinas militares en Argentina entre 1932 y 1980, y analizó los principales ejes sobre los que se estructurarían: la concepción de la guerra, la concepción de la nación, y la concepción acerca de la relación Fuerzas Militares-sistema político y temas específicamente bélicos (mencionando como ejemplo los planes operativos y los reglamentos). Se retoma también al teólogo belga Joseph Comblin (1979) como uno de los principales estudiosos sobre la DSN, que aportó a la comprensión de sus orígenes y analizó sus características principales, comprendiéndola como una ideología con la cual se reestructuraron los regímenes militares en América Latina.

Sin embargo, ninguna de las anteriores investigaciones ha indagado sobre los efectos que la doctrina militar en Colombia, y específicamente la Doctrina de Acción Integral, ha tenido en relación con la represión ejercida sobre los defensores de derechos humanos en Colombia, siendo este uno de los sectores afectados al ser construidos como enemigos internos.

En tal sentido, se entiende aquí por doctrina militar “el conjunto de proposiciones teórico prácticas que orientan la acción de hacer la guerra. Reconoce como fuentes tanto la experiencia sistematizada, como la que es producto del conocimiento práctico y técnico de los militares” (Slatman, 2009: 11). De acuerdo con Slatman, es posible indagar la doctrina militar en los “registros históricos” que contribuyen a su estudio, como lo son los manuales, las prácticas, las órdenes, las directivas institucionales, así como también las “sistematizaciones no oficiales de los militares sobre la puesta en práctica de una doctrina por medio de órganos de prensa y ediciones oficiales y privadas” (Slatman, 2009: 12). Siguiendo a la autora, es necesario tener en cuenta el proceso doctrinal, ya que una “doctrina militar es síntesis de un proceso histórico que la construye y, a la vez, como conjunto de ideas operativas acerca de la realidad, que se encuentra en constante mutación” de manera que cada “registro histórico” deberá ser comprendido como “una fotografía, una fijación momentánea de dicha doctrina” (Slatman, 2009: 11). Entonces, como proceso dinámico, la doctrina militar es estudiada en esta investigación en su proceso de cambio, y consideramos que pueden extraerse los rasgos característicos de la DAI entre 1997 y 2011, en los aspectos relacionados con los defensores de derechos humanos, así como observar las rupturas y continuidades con la Doctrina de Seguridad Nacional.

En cuanto a la definición de defensor o defensora de derechos humanos, se reconoce la noción amplia para denominar a todas aquellas personas que, independiente de su profesión u oficio, contribuyen a la promoción y ejercicio de uno o varios derechos de individuos, grupos o pueblos (Naciones Unidas, 1999).⁴ Sin embargo, para efectos de la presente investigación se delimitó a las organizaciones no gubernamentales y a las personas que, individual o colectivamente, trabajen por la promoción y protección de los derechos civiles y políticos, al ser estas quienes directamente han sido relacionadas por las Fuerzas Armadas como parte de una “guerra jurídica”.⁵ Es de tener en cuenta que la defensa y promoción de estos derechos no incluye solamente a las personas y organizaciones no gubernamentales con énfasis en asesoría jurídica, sino también a quienes desde sus diferentes disciplinas o labores contribuyen a la defensa y promoción de estos derechos en el ámbito local, nacional, departamental y ante instancias internacionales.⁶

Al respecto, la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha considerado que a las defensoras y los defensores de derechos humanos se les (re)conoce por lo que hacen, y que por lo tanto una forma de comprenderlo es describir sus actividades y algunos de los contextos en que han actuado (ACNUDH, 2004). Por ello, el capítulo 1 aportará elementos que permitirán observar el rol que han desempeñado los defensores de derechos humanos en Colombia en relación dialéctica con el contexto en el que han desarrollado sus actuaciones.

En términos metodológicos, la presente investigación se ocupa centralmente del análisis de un corpus de documentos militares que han sido poco explorados en investigaciones académicas. Específicamente, se trata, por un lado, de artículos publicados en la *Revista de las Fuerzas Militares* y en la *Revista de Estudios en Seguridad y Defensa* y, por otro, dos documentos oficiales de las Fuerzas Armadas: “Texto Especial, Acción Integral como Concepto de Estrategia Integral e Integrada del Ejército”, del año 2002, y el documento del Comando General de las Fuerzas Armadas “Instrucciones Generales sobre la Doctrina de Acción Integral”, del año 2010.

4 Formalmente tal definición aparece relacionada en el año 1998, mediante la “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentalmente reconocidas”. Esta declaración en su artículo 1 manifiesta que: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional” (Naciones Unidas, 1999).

5 Ello no quiere decir que las personas que se ocupan de la defensa de otros derechos humanos no se vean afectados con tales afirmaciones y por los efectos que ello supone. Tampoco pretende desconocer que otros sectores sociales no hayan sido declarados también como enemigo “interno” como es el caso de sindicalistas o miembros de partidos de oposición política, entre otros, como se verá más adelante. El sentido de la delimitación se encuentra en que para efectos de la presente investigación, se observará el proceso en que han sido situados los defensores de derechos humanos como “enemigo interno” en el marco de una “guerra jurídica” de acuerdo con la narrativa de las Fuerzas Armadas.

6 Ello, por supuesto, incluye a los líderes de las comunidades, a las víctimas, a los profesionales de las ciencias sociales, psicología, derecho, antropología, educadores en derechos humanos, entre otras disciplinas que, con su trabajo, denuncian, investigan, documentan, visibilizan, realizan peritajes, acompañan y educan en derechos humanos a comunidades víctimas al mismo tiempo que luchan para la exigibilidad de sus derechos. Como se puede observar, son múltiples las maneras de contribuir a la promoción y respeto de los derechos humanos, a la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y la lucha contra la impunidad.

La *Revista de las Fuerzas Militares* se editó por primera vez en abril de 1960, inicialmente bajo la dirección del Comando General de las Fuerzas Armadas, con la intención de servir como “órgano de divulgación del pensamiento militar y civil”. La publicación versa sobre aspectos relacionados con la defensa nacional, y se distribuye entre los miembros de las fuerzas militares y la Policía Nacional, activos o de la reserva activa, y entidades del ámbito público y privado, entre otros. Desde su fundación, ha mantenido la publicación de cuatro ediciones al año y constituye una importante fuente de información sobre el pensamiento militar colombiano. Actualmente, se encuentra bajo la dirección de la Escuela Superior de Guerra de Colombia (ESDEGUE), la cual depende directamente de la Jefatura del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Militares de Colombia. La ESDEGUE es la institución de educación superior militar de los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y se referencia a sí misma como “el centro de pensamiento estratégico militar, que fortalece la doctrina conjunta para ganar la guerra, consolidar la paz y aportar en el desarrollo del país”.⁷

El período de estudio (1997-2011) requirió de la revisión, sistematización y análisis de 69 ediciones de la *Revista de las Fuerzas Militares*, desde la número 158, de 1996, hasta la número 227, de 2011; de las cuales se seleccionó un corpus de artículos, la mayoría escritos por altos mandos militares, activos y retirados, así como civiles asesores. Mediante la lectura de los artículos, se pudo observar cómo se fue construyendo la Doctrina de Acción Integral y los postulados que contempla. No obstante, para precisar aspectos del contexto que precede el período de estudio, también fue consultada la *Revista de las Fuerzas Militares*.⁸ En cuanto a la *Revista Estudios en Seguridad y Defensa*, esta hace parte del Centro de Estudios Estratégicos sobre Seguridad y Defensa Nacional de la ESDEGUE y se trata de una publicación más reciente, iniciada en el año 2006, por lo cual se revisaron, sistematizaron y analizaron once ediciones, desde el año 2006 al 2011. El acceso a esta información se hizo a partir de la página web de la Escuela Superior de Guerra (ESDEGUE).

De esta manera, esta tesis se estructura en tres capítulos. En el primer capítulo, se tratan algunos elementos principales del contexto colombiano, en el que las doctrinas militares legitimaron la existencia de un “enemigo interno”, un discurso y una serie de prácticas que consolidaron el tratamiento militar y paramilitar a los conflictos sociales. En medio de ese contexto, se observa el origen y auge del movimiento de derechos humanos, sus demandas y las distintas acciones que fueron articuladas en la promoción y protección de los derechos humanos, así como la manera como se fueron configurando patrones de agresión en contra de su labor.

7 Esta Escuela fue fundada en el año 1909. Actualmente tiene a su cargo diversos programas de formación, entre los que se destacan: a) Programas académicos militares: Curso de Estado Mayor (CEM), Curso de Información Militar (CIM), Curso de Altos Estudios Militares (CAEM) y Curso de información militar para Oficiales Profesionales de la Reserva (CIMPOR); y b) Programas académicos de Posgrado: Maestría en Seguridad y Defensa Nacional, Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados, Especialización en Comando y Estado Mayor y Especialización en Seguridad y Defensa Nacional. Ver <http://www.esdegue.mil.co/node/919>.

8 Ver anexo N° 1. Base de datos. Índice de contenido de las *Revistas de las Fuerzas Militares* desde 1997 hasta 2011.

En el segundo capítulo, se expone cómo se fue dando el proceso de surgimiento y consolidación de la Doctrina de Acción Integral, impulsada desde las Fuerzas Armadas desde 1997. A partir del análisis de las narrativas y discursos contruidos desde la doctrina militar, se muestra la manera como se fue construyendo progresivamente la noción de los defensores de derechos humanos como “enemigo interno”, y el alcance que esto ha tenido en otras instituciones del Estado.

La hipótesis que orienta esta investigación es que la Doctrina de Acción Integral creó un marco o condición de posibilidad para que la persecución sistemática en contra de los defensores y defensoras de derechos humanos se legitimara y se habilitara su ejecución. Incluso, sostendremos que dicha doctrina puede haber operado motivando las agresiones de otros organismos estatales y de los grupos paramilitares.

Para finalizar, en el capítulo tercero veremos las modalidades de represión utilizadas en contra de defensoras y defensores de derechos humanos, centrandó la mirada en el período de estudio (1997-2011) y la lucha desde el movimiento para la protección y legitimidad de su labor. Veremos cómo estas luchas han redundado a nivel internacional en la adopción de marcos de protección, derivados de las obligaciones que tiene el Estado colombiano a partir de los tratados internacionales suscritos en Derechos Humanos. Asimismo, analizaremos esta doctrina militar que ha puesto a los defensores de derechos humanos como enemigo interno a la luz del derecho a defender los derechos humanos.

SURGIMIENTO DEL MOVIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA: ENTRE LA DOCTRINA DE SEGURIDAD NACIONAL Y LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

1. Introducción

El presente capítulo recuperará los aspectos principales del contexto colombiano en el cual surge la lógica del “enemigo interno” como parte del discurso militar. Con este discurso, se pretendió legitimar la centralidad del trato de guerra y por consiguiente, represivo, a los problemas sociales colombianos. Luego, profundizaremos en los hechos que motivaron el surgimiento de las primeras organizaciones no gubernamentales que hoy conforman el movimiento de derechos humanos colombiano. Así pues, veremos cómo las arbitrariedades y abusos cometidos por el Estado (los poderes delegados a las Fuerzas Militares para juzgamiento de civiles, el desconocimiento de las garantías judiciales, la negación de los derechos a la integridad y libertad personal, así como el cercenamiento a la libertad de expresión y asociación) fueron las motivaciones fundamentales que animaron a la creación de las primeras organizaciones defensoras de derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, en el contexto embrionario de la implementación de la Doctrina de Seguridad Nacional y el permanente estado de sitio en Colombia.

2. La Doctrina de Seguridad Nacional y el enemigo interno en Colombia

2.1. La Doctrina de Seguridad Nacional

Concluida la Segunda Guerra Mundial (1945), se dio inicio al período conocido como la “Guerra Fría”, en el cual Estados Unidos realizó un creciente esfuerzo por consolidar su “influencia” en los países latinoamericanos con la finalidad de evitar “la expansión del comunismo en el continente”. Según Arancibia Clavel (2000), Estados Unidos vio en estos países “un campo de batalla principal del conflicto Este-Oeste”, porque en ellos confluían varios aspectos: por un lado, se experimentaba “la penetración marxista y los ideales de la “lucha de clases” y, por otro, se

consideraba que el “subdesarrollo” y la importancia estratégica en el continente, los hacía propicios para la influencia comunista (2000: 8).¹ Asimismo, la avanzada de los gobiernos nacional-populares, el incremento de la conflictividad social, el triunfo de la Revolución cubana en 1959, la emergencia de aproximadamente 30 movimientos guerrilleros en Latinoamérica confirmaban, para los políticos y militares norteamericanos, que la región era un objetivo soviético (Arancibia Clavel, 2000: 8 y 52). Así, la situación política y social de los países latinoamericanos fue interpretada por los militares como una situación de “guerra irregular”, ante lo cual se desarrollaron los conceptos bélicos de: “sedición-contrasedición”, “insurgencia-contrainsurgencia”, “conflicto de baja intensidad”, “guerra no convencional”, en el marco de la llamada Doctrina de Seguridad Nacional (DSN).

Ahora bien, para Ugarte (2001), las bases conceptuales que rigieron el accionar de Estados Unidos durante el período de la Guerra Fría dieron origen a la Seguridad Nacional que se difundiría en América Latina. Ugarte (2001) destaca cómo a partir de los conceptos de “estrategia total” y la “gran estrategia” de escritores como el francés André Beaufre y el norteamericano John M. Collins, se abarcó toda la acción gubernamental (2001: 23).² Además, la creación del Sistema Interamericano de Defensa a partir de 1942, el adiestramiento a los oficiales en los cuarteles de Estados Unidos y los acuerdos bilaterales de entrega de armas, fueron factores que también permitieron la creciente consolidación de Estados Unidos como influencia fundamental, conceptual y doctrinaria en materia de defensa en América Latina. Así pues, hacia la década de los cincuenta, se dio inicio a cambios en las doctrinas existentes en materia de defensa y seguridad en América Latina,³ que, a su vez, se tradujeron en cambios orgánicos funcionales,⁴

1 El artículo del Teniente Coronel Arancibia Clavel (2000) presenta los siete acontecimientos más importantes de la segunda mitad del siglo XX para la revista *Military Review*. Estos son los siguientes: La segunda Guerra Mundial; la Guerra Fría; la Guerra de Vietnam; las Relaciones con Latinoamérica y la Guerra de Guerrillas; Operaciones de Paz; la Guerra del Golfo Pérsico y la Era de la Información. Estos temas “marcaron el centro de gravedad en su momento, de las ediciones de *Military Review* y hasta hoy sus lecciones siguen reflejando una importante influencia en el pensamiento, doctrina y acción de los militares del hemisferio” (2000: 5).

2 De acuerdo con Ugarte, los supuestos para ello son los siguientes: 1) el conflicto es permanente; la paz había desaparecido, y se libraba empleando todos los aspectos del “poder nacional”, con estrategias sectoriales políticas, económicas y militares; 2) “No había guerra en los teatros centrales; en los teatros periféricos lo que regía era la “guerra limitada” y la “guerra contrarrevolucionaria” (2001: 23).

3 Algunos cambios identificados para Ugarte (2001) son “a) Utilización como concepto fundamental, el de seguridad nacional, asignándosele alcances virtualmente omnicomprendidos, prácticamente similares a los de la política exterior e interior del país; b) Reducción de la política de los respectivos países, al binomio representado por la seguridad nacional y el desarrollo, conceptos recíprocamente vinculados e interrelacionados; c) Otorgamiento al concepto de defensa de una amplitud similar a la del anteriormente referido concepto de seguridad nacional; d) Virtual unificación de los conceptos de defensa nacional y seguridad interior” (Ugarte, 2001: 29).

4 Ugarte identifica los siguientes cambios orgánicos: “a) Adoctrinamiento, adiestramiento, organización, equipamiento, conformación y despliegue de las fuerzas armadas con miras a su empleo prioritario en seguridad interior, y solo excepcionalmente en defensa nacional; b) Desaparición o carencia de una estructura orgánico-funcional en materia de seguridad interior y policía; integración de dicha estructura a la estructura orgánico-funcional existente en materia de defensa, estableciéndose la subordinación y/o control operacional por parte de las fuerzas armadas, sobre las fuerzas de seguridad y los cuerpos policiales; c) Asignación a las fuerzas armadas de la misión permanente, de naturaleza política, de lucha contra el movimiento comunista internacional, y de las misiones de preservación del orden interno y de lucha contra movimientos insurreccionales o guerrilleros; asignándose prioridad a la lucha ideológica contra el comunismo; e)

tanto en materia de defensa nacional como de seguridad interior, afectando a las Fuerzas Armadas, de Seguridad e instituciones policiales (Ugarte, 2001: 29).

Por su parte, Joseph Comblin (1979) ofrece una visión bastante completa sobre la Doctrina de Seguridad Nacional. Este autor estudia la DSN como una ideología que estructuró los regímenes militares de América del Sur, la cual se encuentra basada en una visión bipolar del mundo y en un concepto de guerra total que “absorbe toda la política”, por lo cual desde esta visión de la guerra se llega a una “política general y a la fundación de un Estado nuevo” (1979: 43). Sobre esta base, Comblin, analiza cuatro elementos conceptuales principales sobre los cuales gira la DSN, estos son los siguientes: los Objetivos Nacionales, la Seguridad Nacional, el Poder Nacional y la Estrategia Total o Estrategia Nacional (1979: 43). Es así como los Objetivos Nacionales concentrados en la Seguridad Nacional son garantizados mediante la Estrategia Total o movilización de toda la sociedad en la guerra contra el comunismo a nivel externo e interno.

Uno de los rasgos característicos de la DSN se refiere a que esta legitimó la acción represora de las Fuerzas Armadas, sobre la misma población del país al que decían defender. Ello así porque se pasó de la clásica hipótesis de guerra externa a la hipótesis de guerra interna donde el enemigo se encontraba al interior de las fronteras, es decir, un “enemigo interno”.

En ese sentido, Garretón (1978) sostiene que el núcleo central de la DSN es el enfrentamiento al marxismo o comunismo, aquel que, según la ideología de la seguridad nacional, se encuentra al interior de la Nación con una “potencialidad Subversiva”:

Es la lucha contra la subversión, contra un enemigo infiltrado en la sociedad, lo que define el imperativo fundamental de la seguridad nacional. Con este enemigo no cabe diálogo ni contemporización, sino la búsqueda de su eliminación o extirpación total. Se trata de una guerra total que incluye el enfrentamiento no solo con el enemigo en cuanto tal, sino con todos aquellos que con su debilidad permiten que este acreciente su influencia en la sociedad” (Garretón, 1978: 108 y 109).

En este mismo sentido, Velásquez (2009) afirma que el “enemigo interno” hace parte de los fundamentos ideológicos de la DSN, dado que esta Doctrina fundamentaba su filosofía en lo que podemos interpretar como la lógica del amigo-enemigo. Se trataba de una guerra de Occidente contra el Comunismo. Esto es, una guerra “total y global, indivisible y permanente, puesto que todo estaba implicado y la agresión podía venir tanto del interior como del exterior, el comunismo se infiltraba por todas partes” (2009: 36). Por tanto, siguiendo al mismo autor, en la DSN no había actos neutros pues toda acción era comprendida como una acción de guerra que podría estar a favor o en contra de la Nación.

En ese orden de ideas, Colombia no fue ajena a la Doctrina de Seguridad Nacional, aunque su implementación presentó características diferenciadas

Otorgamiento con carácter habitual y permanente y como función esencial a los organismos de inteligencia militares, de misiones relativas a aspectos políticos y sociales, o de carácter policial, del propio país” (Ugarte, 2001: 30).

respecto a los países de la región del Cono Sur. Tanto es así que quienes han caracterizado esta Doctrina en América Latina coinciden en afirmar que su proceso de implementación no fue homogéneo, es decir, cuenta con particularidades en cada uno de los países donde, como ideología, ocupó “las mentes y los corazones” de los militares. Por ejemplo, Comblin (1979) parte por afirmar que “cada régimen militar de Seguridad Nacional tiene sus características propias que se deben a la historia de la nación” (1979: 19).

Por su parte, Garretón (1978) analiza cómo la ideología de la seguridad nacional presenta insuficiencias en su concreción programática y su proyecto de legitimización. Por esto, tal ideología acude a “elementos compatibles con la cosmovisión militar provenientes de cuerpos de pensamiento aportados por los grupos civiles que se constituyen como el núcleo más fuerte de apoyo e implementación del poder militar” (1978: 115). En este sentido, no se puede hablar de una DSN “químicamente pura”, sino se debe tenerse en cuenta “que ella aparece mezclada o contaminada con otras concepciones” (1978: 115). Es decir, su conjunto marca el “carácter histórico concreto del proyecto de dominación que constituye su base y sin el cual no es inteligible” (Garretón, 1978: 115).

De esta manera, Leal Buitrago (2002) sostiene que la aplicación de la Doctrina de Seguridad Nacional en Colombia se desarrolló de manera parcial, dado que no se presentó la ocupación del Estado por parte de los militares, como sí ocurrió en países del Cono Sur donde hubo dictaduras militares. Sin embargo, para él, en Colombia hubo un “simulacro” de ocupación del Estado por parte de los militares, durante el gobierno del presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982), mediante la aplicación del Estatuto de Seguridad Nacional (2002: 26).⁵ Velásquez (2009) muestra cómo esto pudo ser así, gracias al nivel de apropiación por parte de los militares y las elites políticas sobre la DSN y que contaron con libertad suficiente para su implementación, “sin necesidad de someterse al desprestigio, al desgaste y a las consecuencias que un golpe implicaba” (2009: 223). Este autor refiere además otros factores ya instalados en la sociedad colombiana, como una “arraigada tradición anticomunista, un sistema judicial corrupto, venal y amedrentado, y una constitución conservadora, como lo fue la Constitución Política de 1886” (2009: 223).

No se tratará aquí de profundizar sobre el “carácter histórico concreto del proyecto de dominación” en el cual se basó la implementación de la DSN, ni de describir en profundidad las características de su implementación. En cambio, como se ha dicho anteriormente, trataremos de volver a ella para indagar sobre el origen del discurso legitimador del trato de guerra hacia sectores de población del país al asociarlos con el “enemigo interno” en función de la dinámica de reclamo social presentada en cada etapa de las luchas sociales.

2.2. El “enemigo interno” en Colombia

Debido al deterioro de las relaciones de Estados Unidos con Cuba, la situación de atraso económico en América Latina y “el “fantasma” del comunismo, el

⁵ El Estatuto de Seguridad Nacional se retomará más adelante.

presidente Jonh F. Kennedy promovió la “Alianza para el Progreso”, cuya base se sustentaba en establecer una relación directa entre los estallidos de violencia y la realidad económica de los países (Alicia García, 1991: 11). En este análisis, Estados Unidos se atribuía un rol de “ayudar a proveer seguridad a aquellas naciones en desarrollo que genuinamente necesitan y piden nuestra ayuda” sobre la base de que la seguridad “significa desarrollo y sin desarrollo no puede haber seguridad” (Mc Namara, 1966, tomado de Alicia García 1991: 12).

En Colombia, la Alianza para el Progreso significó, por un lado, la profundización de las relaciones, o dependencia, con Estados Unidos, a través de la transferencia de más de USD 833 millones de dólares en préstamos y ayudas (Velásquez, 2009: 192). Y, por otro, la profundización de las relaciones militares con Estados Unidos. Esto se puede ver a través del diseño y ejecución del Plan Lazo,⁶ que según Leal Buitrago (2002) constituyó el principal intento de diseño de una política militar estratégica o de Estado en Colombia entre 1958 y 1990. Además, a partir del Plan Lazo, se impulsó el tratamiento contrainsurgente de los problemas sociales y políticos, así como la caracterización y trato de “enemigo interno” a comunidades rurales de vastas regiones del país en hechos que anteceden al surgimiento de las guerrillas colombianas.⁷ Por ejemplo, en 1961, el Teniente Cáceres Otero ya exponía, en la *Revista de las Fuerzas Armadas* de la Escuela Superior de Guerra, su percepción sobre el enemigo interno:

... los encontramos en las guerras frías de los Estados, en el proselitismo doctrinario, en la lucha por la conquista de las facultades del hombre, en la revolución de las masas, en la acción indirecta, en la lucha de clases, en la explotación de las pasiones, de la ignorancia, de la ingenuidad y de las miserias de los pueblos. (...) el principal enemigo que puede intervenir la misión de las Fuerzas Militares lo encontramos en el campo interno, dominado por ideologías extrañas, de carácter marxista, ajenas a la cultura y a la civilización occidental (Cáceres Otero, 1961: 621).

En dicho orden de ideas, el Plan Lazo se apoyó para su realización en el desarrollo de acciones cívico-militares y de operaciones psicológicas en las zonas donde este operó. Las acciones cívico-militares tenían como propósito ganar la adhesión de la población civil con jornadas de alfabetización, salud y obras públicas (Leal Buitrago, 2002). Por su parte, las operaciones psicológicas, según sostuvo el Mayor Barrera Rueda (1965) en el Plan Lazo, tenían como objetivo la población

6 ¿Plan Lazo o Plan Laso?: Para Eduardo Pizarro Leongómez, es un debate agudo de la historiografía colombiana. Las FF. MM. manifiestan que es Lazo, con z, y que fue creación propia. “Para sus críticos, en especial de izquierda, el proyecto se llamó, por el contrario, Plan Laso (en razón de su denominación en inglés, *Latin American Security Operation*), debido a que el ataque a Marquetalia se habría inscrito en un proyecto contrarrevolucionario global para toda América Latina agenciado desde Washington”. Pizarro concluye diciendo que Dennis Rempe muestra que en efecto hubo un plan laso para A.L. “diseñado en Washington en el marco de la política de contrainsurgencia posrevolución cubana que impulsó el gobierno de John F. Kennedy con la Alianza para el Progreso”. En: <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/Ediciones/57/03.htm>.

7 De acuerdo con Rempe (2002), el Plan Lazo surgió como consecuencia de las recomendaciones realizadas por las misiones Yarborough y Toffe, que se desarrollarán más adelante en esta tesis. Los principales objetivos del Plan se encontraban dirigidos a “eliminar” las llamadas “Repúblicas independientes” del Alto Magdalena-sur y centro de Colombia, creadas por los reductos armados del período de la “violencia”, entre 1948 y 1958.

civil, las organizaciones políticas que apoyaban a las “organizaciones armadas ilegales”, las autoridades civiles y eclesiásticas y a los propios integrantes de las Fuerzas Armadas en el terreno. En cuanto a la población civil, buscaban colocar a la población rural dentro de un régimen de miedo y terror, de tal manera que, como lo explica el Mayor Barrera en la *Revista de las Fuerzas Armadas*, en caso de “violación de las normas impuestas”, la población temiera por su vida y de esta manera “constituir al elemento civil en una fuente de información de las tropas” (1965: 478).⁸ En cuanto al enemigo interno, objeto de la “Acción Sicológica”, el Mayor Barrera Rueda lo describe de la siguiente manera en el marco del Plan Lazo:

... todo individuo descontento, amargado, inconforme, lastimado en cualquier forma por la sociedad de que forma parte, es un guerrillero en potencia; si a este estado de alma se agrega un factor ideológico lo suficientemente poderoso para convencer al inconforme de que existe otra forma de vida alcanzable con la implantación de un sistema de gobierno diferente al existente, del rebelde surge el revolucionario” (Barrera Rueda, 1965: 477).

De esta manera, el enemigo interno se fue configurando sobre la base de una ideología anticomunista, que previamente había tenido sus orígenes tras la participación de Colombia en la Guerra de Corea (1950-1954), cuyos oficiales, posteriormente ocuparon altos puestos de mando en los años sesenta (Velásquez Rivera, 2009: 191). Según Velásquez Rivera (2009), el Frente Nacional⁹ permitió, en 1958, una “homogeneización de las Fuerzas Armadas mediante una politización anticomunista”, como “superación” de la confrontación bipartidista, que dio paso a la “versión colombiana” de la DSN (2009: 191).

Así, en los años sesenta, para las Fuerzas Armadas de Colombia el “enemigo” estaba dentro de las fronteras del país: los grupos “comunistas” nacionales y particularmente los grupos “bandoleros”, los llamados grupos de “autodefensas” campesinas resultantes del período de “La violencia”.¹⁰ Con la aparición de los grupos guerrilleros en la década de los sesenta,¹¹ se reconfiguró la noción del “enemigo

8 Dentro de las acciones descritas en el marco de las operaciones psicológicas se describen algunas: “Toques de queda, control de perros, silencio en la región”; “respetar a vida de toda a población civil y eliminar el bandolero antes de que tuviera tiempo de rendirse”; “someter a la población renuente” a “evacuaciones masivas” y “organización a orden de Unidades de auto-defensa” (Barrera Rueda, 1965: 479).

9 Según Alejo Vargas, el Frente Nacional “expresa ese intento de los dos partidos tradicionales de consolidar un proyecto hegemónico que logre transformar las clases dominantes en dirigentes. Se busca reconstruir el orden, incluyendo ahora en lo político a la mujer que hasta este momento estaba excluida; pero igualmente excluye a otros sectores sociales y políticos” (Vargas *et al.*, 2008: 27). En este período, se consolida el sistema “bipartidista como terapia” contra la violencia bipartidista, pero excluyente frente a cualquier otro ideario político, en un contexto donde el pensamiento político era renovado por la “experiencia cubana”, los movimientos de liberación nacional y el ascenso del socialismo.

10 El período conocido como “la violencia” estuvo comprendido entre el asesinato del candidato liberal a la presidencia Jorge Eliecer Gaitán (1948) y el pacto entre el Partido Liberal y el Partido Conservador que dio inicio al Frente Nacional (1958). Una vez que los líderes políticos de ambos partidos en conflicto pactaron el sistema de sucesión en el poder (conocido como el Frente Nacional), las guerrillas liberales se sintieron traicionadas por lo que conservaron las armas y se refugiaron en zonas conocidas como las “Repúblicas independientes”. Sobre el tema se puede consultar el trabajo de Medina Gallego (2010).

11 Algunos de los grupos guerrilleros emergentes eran: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Ejército de Liberación Nacional (ELN), Ejército Popular de Liberación (EPL), Movimiento 19 de Abril (M-19), Movimiento Armado Quintín Lame, Autodefensa Obrera (ADO) y el Partido Revolucionario de los

interno” y, consecuentemente, el entorno donde sería buscado el enemigo para eliminarlo, también se iría perfeccionando.

Ya en la década de los setenta la construcción del “enemigo interno” por parte de las Fuerzas Armadas alcanzaría mayor raigambre doctrinario al hacer parte de la conceptualización realizada en el proceso que diera origen a la versión colombiana de la Doctrina de Seguridad Nacional que venimos describiendo. En esta vía, encontramos al Coronel Retirado Ordoñez Castillo (1974), quien definió la seguridad nacional como “la situación en la cual los intereses vitales de la Nación se hallan a cubierto de interferencias y perturbaciones substanciales” (1974: 407).¹² Ya en 1976, el Departamento de Estrategia y Defensa Nacional retomó el trabajo de Ordoñez Castillo y categorizó como “perturbaciones substanciales” “ciertos tipos de huelgas, manifestaciones públicas, procesos electorales acalorados, etc.” y a los conflictos “ideológicos” que “resultan de las diferencias de ideas, creencias y doctrinas cuando a través de ellas se pretende imponer pautas de comportamiento completamente extrañas a la forma de vida, tradiciones y costumbres de la nación”.¹³ Posteriormente, en 1978, se habla de “un enemigo no definido ni localizado pero latente y actuante, cuya acción subversiva e insurgente es preciso contrarrestar en todo el territorio y en todos los campos de la seguridad nacional”.¹⁴

Así pues, quienes han tenido la oportunidad de examinar el tema de la construcción del “enemigo interno” en las publicaciones, manuales de entrenamiento, disposiciones y otros documentos de las Fuerzas Armadas colombianas han señalado cómo esta noción “rebasa ampliamente el espectro de los grupos guerrilleros y se extiende a toda forma de oposición política o social y toda forma de disidencia”.¹⁵ Esta concepción “nebulosa” del enemigo interno, en la que cualquier persona puede potencialmente ser categorizada como tal, ha permitido que, de acuerdo con la coyuntura social o momento político del país, se haya ido ajustando a quienes se considera como enemigo interno: comunidades campesinas, disidentes políticos, sindicalistas, defensores de derechos humanos, jueces, procuradores, estudiantes, entre otros. Finalmente, es oportuno decir que la representación de estos sujetos sociales como enemigos internos vuelca sobre ellos la sospecha, el desprecio, el control y la exclusión. El trato que se le da a este enemigo es el mismo que se le daría a un actor de la guerra que debe ser perseguido, exterminado o vencido, en un entorno donde todo el “poder del Estado” puede ser puesto en su contra.

De esta manera, la construcción de ese “enemigo interno” habilitó la masiva violencia de estado ejercida contra aquellos grupos que eran considerados de esa manera, en tiempos en los cuales “el país vivía una intensa agitación social y los militares fueron blancos de crítica desde varios frentes” (Leal Buitrago, 2002, 26).

Trabajadores (PRT). Para mayor información sobre el surgimiento y la historia de las guerrillas en Colombia, ver Medina Gallego (2010).

¹² Para el tratamiento de las “interferencias y perturbaciones substanciales”, se apoya en los escritos del General Argentino Osiris Villegas.

¹³ Ver Departamento de Estrategia y Defensa Nacional de la E.S.G. (1976: 211).

¹⁴ Ver Dirección de la Escuela Superior de Guerra, 1978: 263.

¹⁵ Ver Comisión Internacional de Juristas (2005: 5); y Comisión Colombiana de Juristas (2012).

En función de esta caracterización, las Fuerzas Armadas aumentaron sus exigencias de medidas de emergencia contra la “subversión” robusteciendo su poder obteniendo prerrogativas propias de un régimen militar (De Sousa Santos y García Villegas, 2001: 68) tal y como lo veremos a continuación.

3. Implementación del Marco Doctrinario contra el “enemigo interno”

3.1. Los estados de excepción: la forma legal de la Doctrina de Seguridad Nacional

La elaboración doctrinaria de las Fuerzas Armadas en Colombia frente a la ideología de la Seguridad Nacional presenta ya en 1976 un considerable avance. Esto se evidencia en la publicación en la *Revista de las Fuerzas Armadas* de varios artículos donde se divulgan definiciones generales propias de la Seguridad Nacional. Tal maduración doctrinal, sin embargo, no estaría completa si no se expresara en la posibilidad de ponerla en práctica, lo cual, como ya hemos señalado, en Colombia la DSN no se expresó mediante la toma del poder por parte de las Fuerzas Armadas, sino a través de una serie de dispositivos político-legales que fueron implementados como los Estados de excepción, los Estatutos de Seguridad y el paramilitarismo que legitimaron la eliminación de amplios sectores sociales.

El estado de excepción es una figura prevista legalmente para ser utilizada en situaciones extraordinarias de la vida política, económica o social de un país.¹⁶ Comprende la ampliación temporal de facultades y poderes al Poder Ejecutivo, el cual queda autorizado, entre otras cosas, para suspender y/o restringir derechos y libertades por el tiempo en que dure la situación especial que originó la excepcionalidad.¹⁷ Para el filósofo italiano Giorgio Agamben (2007), dicha expansión de poderes es propia del derecho canónico, e implica el retorno a un “estado original”, en el que la separación de poderes es inexistente. Esto se puede observar,

16 En Colombia, esta figura se encontraba en el artículo 121 de la Constitución Política de 1886. Los Estados de excepción fueron regulados en la nueva Constitución Política de 1991 y se encuentra estipulado en el artículo 212. El artículo 152 de la Constitución Política de 1991 ordenó al Congreso expedir una ley estatutaria que regule los estados de excepción. En desarrollo de este mandato, el legislador expidió la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, Ley 137 de 1994. La Constitución Política de Colombia de 1991, puede consultarse en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr006.html#212. El artículo 121 de la Constitución Política de 1886, establecía: “En caso de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones. Los decretos que dentro de esos precisos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros”. Puede consultarse en: ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/cp/constitucion_politica_1986.html.

17 Respecto de la suspensión de garantías, el artículo 27.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dice: “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

por ejemplo, en los estados de sitio¹⁸ tanto en dictaduras como en las democracias donde son conferidas facultades extraordinarias a las autoridades, que junto con la suspensión de derechos y garantías constituyen estados de excepción (2007: 30). Siguiendo a Giorgio Agamben, el Estado moderno está dotado de atribuciones estatales extraordinarias, las cuales se encuentran en una franja que va desde lo jurídico hasta lo político, así los estados de excepción se presentan “como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal” (2007: 24). Aunado a lo anterior, los estados de excepción han perdido la noción de excepcionales y, por el contrario, se han vuelto de carácter permanente. De esta manera, el estado de excepción¹⁹ representa un “umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo”, pues tales medidas excepcionales finalmente han sido convertidas en “técnica de gobierno” (Agamben, 2007: 26).²⁰ Esto conduce “necesariamente a la liquidación de la democracia” (Tingsten, 1934: 333, citado en Agamben, 2007).

Si bien el uso de los estados de excepción ha sido utilizado tanto en democracias como en regímenes dictatoriales, en todo caso, para Agamben (2007), los estados de excepción son considerados parte de un “totalitarismo moderno”, al que define como “la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no solo de los adversarios políticos, sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político” (2007: 25). Al respecto, algo similar ocurrió desde 1970 hasta 1991 en Colombia: los estados de excepción se convirtieron en la regla y de esta manera el país vivió 206 meses, en estado de excepción,²¹ es decir, el 82% de esos 21 años transcurrieron con medidas excepcionales de suspensión de derechos y garantías (García Villegas y Uprimny, 2005: 7). Así pues, bajo el amparo del artículo 121 de la Constitución Política de 1886, el país transitó desde 1970 hasta 1991, bajo lo que Giorgio Agamben denomina un “totalitarismo moderno” (2007: 25).

Es preciso manifestar que en Colombia no se instauraron dictaduras militares como las conocidas en países del Cono Sur, pero ello no indica que las prácticas de terror, represión, control y eliminación no hayan existido. Lo paradójico de la cuestión es que la “represión se hizo a través de las instituciones democráticas atenuadas por un estado de excepción cuasi-permanente y por la prevalencia de una doctrina política de razón de Estado” (De Sousa Santos y García Villegas,

18 “El origen de la institución del estado de sitio está en el decreto del 8 de julio de 1791 de la Asamblea Constituyente francesa, que distinguía entre *état de paix*, en el cual la autoridad militar y la autoridad civil actuaban cada una en su propia esfera, *état de guerre*, en el cual la autoridad civil debía actuar en acuerdo concertado con la autoridad militar, y *état de siege*, en el cual “todas las funciones de las cuales la autoridad civil está investida para el mantenimiento del orden y de la policía interna pasan al comandante militar, que la ejercita bajo su exclusiva responsabilidad” (Reinach, 1885: 109. Citado en: Agamben, 1998: 29).

19 El término *estados de excepción* es propio de la doctrina alemana, en tanto en la doctrina italiana y francesa es común hablar de decretos de urgencia y *estados de sitio* y en la doctrina anglosajona de *ley marcial* (Agamben, 1998).

20 Al respecto de los *estados de excepción*, Tingsten (1934: 333) ha dicho que “un ejercicio sistemático y regular de la institución conduce necesariamente a la liquidación de la democracia” (citado en Agamben, 1998).

21 Adicionalmente, entre 1949 y 1991 Colombia vivió más de treinta años en estado de sitio. En: García Villegas, M., y Uprimny, R. (2005). Con ello coincide la Comisión Internacional de Juristas (2005) quien sostiene que “desde el 9 de noviembre de 1949, cuando el Presidente Mariano Ospina Pérez clausuró el Congreso, hasta el 5 de julio de 1991, fecha de entrada en vigencia de la Constitución de 1991, Colombia estuvo 34 años en estado de sitio” (2005: 36).

2001: 62). En otras palabras y siguiendo a Agamben (2007), podríamos decir que el estado de excepción en Colombia fue la figura utilizada para darle la “forma legal” a las políticas represivas guiadas por la Doctrina de Seguridad Nacional. Esto es, apelando al estado de sitio,²² durante la década de los setenta y principios de los ochenta, las fuerzas militares y de Seguridad en Colombia no solo robustecieron su poder, sino también “obtuvieron prerrogativas propias de un régimen militar” (De Sousa Santos y García Villegas, 2001: 68).

En el mismo sentido de lo expuesto anteriormente, Leal Buitrago (2002), sostiene que, entre 1978 y 1982, durante el gobierno del presidente Julio Cesar Turbay Ayala, se dio un “simulacro” de ocupación del Estado por parte de los militares, mediante la aplicación del Estatuto de Seguridad Nacional (Leal Buitrago, 2002: 26). El 27 de octubre de 1976, el presidente de la República Alfonso López Michelsen (1974-1978) declaró la perturbación de orden público y el estado de sitio en todo el territorio nacional.²³ Con base en lo anterior, el 6 de septiembre de 1978, el nuevo gobierno del presidente Turbay Ayala (1978-1982) aprobó el conocido Estatuto de Seguridad Nacional,²⁴ el cual “fue la antesala de la etapa ‘más prospera’ del uso de los esquemas extraídos de la política de seguridad nacional estadounidense y la Doctrina del Cono Sur” (Leal Buitrago, 2002: 16). Este Estatuto amplió aún más las facultades conferidas a las Fuerzas Armadas²⁵ y con ello se dio paso a la práctica sistemática de la tortura como medio para obtener confesiones de quienes eran detenidos arbitrariamente, fundamentalmente “personas de grupos sindicales, organizaciones populares e intelectuales considerados de izquierda”, quienes eran además juzgados en consejos verbales de guerra (Leal Buitrago, 2011: 8). De la misma manera, se conocieron los primeros casos de desaparición forzada de personas en la lógica de la lucha contra el “enemigo”. Se estima que durante la vigencia del Estatuto se conocieron 82.000 detenciones arbitrarias y torturas en Colombia (Grupo de Memoria Histórica, GMH, 2013).

Por esa época, ocurrían en el país importantes cambios que afectaban drásticamente al sector educativo, campesino, popular y sindical y que alentaron la movilización de sectores importantes de la población. Grandes movilizaciones tuvieron lugar: huelgas, paros cívicos y protestas estudiantiles se tomaban las calles de las ciudades (Vargas Pabon *et al.*, 2008). Las protestas eran fuertemente

22 “La primera declaratoria de estado de sitio tiene lugar en mayo de 1963 con el objeto de controlar un paro cívico en los municipios de la zona petrolera del departamento de Santander (...). El 21 de mayo de 1965 el estado de sitio es declarado en todo el territorio nacional con el objeto de combatir, en Medellín, una manifestación de estudiantes que repudiaban la invasión de los Estados Unidos a Santo Domingo” (De Sousa Santos y García Villegas, 2001: 319).

23 Decreto legislativo N° 2131. Diario Oficial N° 34.663 de 27 de octubre de 1976.

24 Decreto legislativo N° 1923 de 1978. *Diario oficial* N° 35.101 de 21 de septiembre de 1978. Fue declarado exequible parcialmente por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, mediante sentencia de 30 de octubre de 1978.

25 Por ejemplo, extendió el juzgamiento por parte de tribunales militares a nuevos delitos cometidos por civiles (art. 9); tipificó nuevos delitos como la ocupación transitoria de lugares públicos para presionar alguna decisión de las autoridades, desobedecer a las autoridades o desatender sus órdenes, el uso de máscaras, mallas o antifaces (art. 7); así mismo delegó poder a las autoridades locales para decretar toques de queda, prohibir o regular el expendio y consumo de bebidas embriagantes y las manifestaciones, desfiles y reuniones públicas (art. 8).

reprimidas mediante detenciones masivas y arbitrarias, seguidamente de la práctica de la tortura legitimadas mediante los estados de excepción (Romero, 2001).²⁶ Como se vio anteriormente, bajo el amparo de dicha legislación, se otorgaban facultades a las Fuerzas Armadas y con ello perseguían y eliminaban a quienes consideraban el “enemigo”. Al mismo tiempo, se impulsaba la conformación y organización de grupos armados de civiles, coordinados por el Ejército, conocidos como paramilitares, quienes conjuntamente desplegaron una serie de operaciones para actuar contra todas aquellas personas que siempre bajo los lineamientos de la DSN, eran consideradas enemigos al interior del país.

3.2. El surgimiento y consolidación del paramilitarismo: la forma “ilegal” del marco doctrinario

Durante el gobierno del primer presidente del Frente Nacional, Alberto Lleras Camargo (1958-1962), el gobierno de Estados Unidos, presidido por Dwight D. Eisenhower, envió un equipo de investigación para elaborar un informe sobre el estado de la seguridad en Colombia.²⁷ Esta misión estuvo a cargo del agente de la CIA Hans Tofte, quien presentó su informe en 1960.²⁸ Dos años más tarde y con la finalidad de realizar seguimiento a dicho informe, fue enviado un equipo del Ejército de Estados Unidos al mando de William P. Yarborough, en cuyo informe recomendaron la conformación de estructuras civiles y militares clandestinas, contra “oponentes comunistas desconocidos” (Rempe, 2002: 14).²⁹ Así, la llamada Misión Yarborough representó el comienzo de una deriva hacia un enfoque más militarizado de los problemas de seguridad interna colombianos. También, y no menos importante que lo anterior, implicó la apertura hacia la implementación de la estrategia paramilitar como elemento de la lucha contrainsurgente en Colombia.

Es así como en 1965 se configuró el marco legal del paramilitarismo en el gobierno presidido por Guillermo León Valencia (1962-1966). Mediante el Decreto 3398 del 25 de diciembre de 1965, llamado Estatuto para la Defensa

26 En el marco de los estados de excepción, entre 1965 y 1986, se expidieron 42 decretos facultando a militares para procesar civiles. Ver Guzmán Andreu (2003: 210).

27 La información de la misión y del informe fue presentado por Dennis M. Rempe en una monografía realizada en el marco de la conferencia “Implementing Plan Colombia: Strategic and Operational Imperatives”, patrocinada por The Dante B. Fascell North-South Center of the University of Miami and the Strategic Studies Institute of the U.S. Army War College. Los datos citados por el autor, fueron obtenidos del estudio de los archivos desclasificados conocidos como Charles T. R. Bohannon Papers 1915-1985 del Hoover Institution Archives Stanford, California, cuyo inventario está disponible en <http://findingaids.stanford.edu/xtf/view?docId=ead/hoover/bohannon.xml;query=;brand=default>. Traducción propia.

28 El informe contenía la preocupación por la violencia activa de los “grupos de bandoleros” y por el potencial de la violencia de las guerrillas, principalmente de aquellas que identificaban como “comunistas”. Por otro lado, el mismo informe manifestó “preocupación por las “fuerzas comunistas”, que no representaban una amenaza inmediata, pero “sí tenían el potencial para explotar la situación controlando zonas y organizando grupos de milicias armadas como autodefensas” (citado en: Rempe, 2002: 5).

29 La misión presentó un suplemento secreto donde recomendó el desarrollo de “una estructura civil y militar clandestina” que emprendiera “planes desarrollados por el gobierno de los EE. UU. hacia los objetivos en los ámbitos políticos, económicos y militares” así como también se encargaría de funciones “contra-agentes” y “contra-propaganda”, y de “actividades paramilitares, de sabotaje y/o terroristas contra oponentes comunistas conocidos” (Rempe, 2002: 14).

Nacional,³⁰ se dio rienda libre a las Fuerzas Armadas; por un lado, para entregar armas de uso privativo a civiles y, por otro, para la conformación y organización de grupos armados de civiles coordinados por el Ejército.³¹ Para el cumplimiento de dicho propósito, en Colombia las Fuerzas Armadas desplegaron varias disposiciones reglamentarias orientadas a ordenar la creación de estructuras paramilitares.³² Así pues, de 1981 a 1989, fue un período de aparición pública del paramilitarismo, en el que se consolidó y expandió sus estructuras, con el apoyo de la fuerza pública y los diferentes gobiernos de la época, además, en articulación con grupos de narcotraficantes según el Movimiento Nacional de víctimas de crímenes de Estado (2013: 24).³³ Contra todos quienes tenían un pensamiento diferente, se pusieron en marcha las más diversas modalidades de represión, violencia y terror en Colombia, en el marco de lo que se conoce en el país como la “Guerra Sucia”.³⁴ De acuerdo con las denuncias de activistas de derechos humanos, se desató en Colombia la más perversa alianza “entre los mandos militares, la mayoría de los gremios económicos y buena parte del establecimiento político nacional, pero también entre las elites regionales que percibían como una amenaza el avance electoral de la izquierda” (GMH, 2013: 135). En consecuencia, campesinos, sindicalistas y miembros de partidos de oposición política³⁵ fueron declarados como “enemigo interno”. La estrategia de “guerra declarada” por parte de los grupos paramilitares dio lugar a numerosas masacres de campesinos, asesinatos de sindicalistas y líderes de la oposición política.³⁶ Las masacres se cometían de acuerdo

30 Leal Buitrago (2011) es enfático en señalar la importancia de este Decreto, como la base fundamental de las normas posteriores de defensa nacional y lo expresa de la siguiente manera: “Todas las normas posteriores relacionadas con la defensa nacional fueron desarrollos de esta ley, formulada con los criterios ideológicos y militares propios de la guerra fría” (2011: 9).

31 Estos grupos han sido similares a los conformados en otros países de América Latina como, por ejemplo: los tonton macoutes en Haití, que desde 1957 se fundaron por la dictadura de François Duvalier (Feierstein, 2009); a los escuadrones de la muerte en el salvador conformados a finales de los años cincuenta (Molinari, 2009); al Batallón 3-16, cuerpo de paramilitares clandestinos conformados en Honduras a finales de los años setenta (De Gori, 2009); y a los escuadrones de la muerte en Bolivia, articulados con los gobiernos militares (Feierstein, 2009), entre otros.

32 Para una mayor información sobre los manuales adoptados por las Fuerzas Militares, ver Giraldo (2003a); Comisión Colombiana de Juristas (2013); y Movimiento Nacional de víctimas de crímenes de Estado (2013).

33 Por ejemplo, el grupo autodenominado MAS (“Muerte a Secuestradores”) que denotaba la acción coordinada entre Fuerzas Armadas y narcotraficantes. El Presidente Belisario Betancur solicitó al Procurador una investigación. El 20 de febrero de 1983 el Procurador Carlos Jiménez Gómez reveló públicamente los nombres de 163 personas participantes en el MAS, entre ellas 59 miembros activos de la fuerza pública (Giraldo, 2003a). Según el informe del Grupo de Memoria Histórica (2013), el grupo MAS fue la respuesta del Cartel de Medellín al secuestro en diciembre de 1981 por parte del M-19 de Martha Nieves Ochoa, hermana de los narcotraficantes Fabio, Jorge Luis y Juan David Ochoa Vásquez (2013: 65).

34 La “lucha antisubversiva, la guerra sucia, el estado de guerra interno representan las estrategias discursivas que vienen a dar cuenta de la lucha contra todos los que osaron cuestionar el *statu quo* de relaciones de poder establecidas, y la intención de su aniquilamiento social” (Pérez Ramos, 2009: 210).

35 Entre los movimientos políticos, se encontraba “A luchar”, el Frente Popular y la Unión Patriótica”. Entre 1985 y 1993, 1.163 miembros de la Unión Patriótica fueron asesinados, 123 desaparecidos forzadamente, 43 militantes sobrevivieron de atentados de asesinato y 225 recibieron amenazas durante el mismo período. Entre las personas asesinadas, se cuentan dos candidatos presidenciales, ocho congresistas electos y centenares de alcaldes, concejales y afiliados. Ver CIDH. Informe Sobre Admisibilidad N° 5/97. Caso 11.227. 12 de marzo de 1997. III.A.26.

36 Para mayor información, ver GMH (2013).

con algunos testimonios “para castigar la movilización social y rechazar el éxito político de la izquierda, en particular de la Unión Patriótica” (GMH, 2013: 50),³⁷ que había surgido tras los Acuerdos de Paz del año 1984, entre el gobierno de Belisario Betancur y la guerrilla de las FARC.³⁸ Las justificaciones al respecto encontraron su asiento en la interpretación que hicieron de su papel, como la “combinación de todas las formas de lucha”, en “una estrategia de la guerrilla para la toma del poder” (GMH, 2013: 35).

Mientras todo ello acontecía, distintas tácticas eran emprendidas por los gobiernos para ocultar las sistemáticas y generalizadas violaciones a los derechos humanos y la negación permanente de las libertades. Las tácticas iban desde la “distracción y la negación” hasta las tácticas del “rechazo” (Gallón, 1997: 207-214).³⁹ Las violaciones a los derechos humanos eran garantizadas y perpetuadas en el tiempo por los altos niveles de impunidad y tras un trasfondo de aparente normalidad democrática. Como veremos en el siguiente apartado, este contexto, dio impulso al surgimiento de las primeras organizaciones defensoras de derechos humanos, que impugnaron y resistieron las prácticas violentas, exigiendo del Estado el respeto por los derechos humanos y cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

4. El movimiento de derechos humanos y su largo recorrido en la lucha contra la impunidad

Los defensores de derechos humanos en América Latina y el Caribe han cumplido un papel trascendental en aquellos países que fueron sometidos a regímenes autoritarios o dictatoriales y también en aquellos que han padecido conflictos armados internos. Así, por ejemplo, la persistente denuncia y las acciones sistemáticas de documentación de los crímenes ocurridos, permitieron develar y evidenciar el terror impuesto por los Estados de distintas partes del continente.⁴⁰

37 Versión libre del postulado Carlos Mario Ospina Bedoya, alias *Tomate*, 15 de marzo del 2010, Bogotá. Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía (citado en GMH, 2013: 50).

38 Los Diálogos de paz se iniciaron con algunos grupos guerrilleros, como las FARC, el M-19, el EPL, y algunos sectores del ELN. Los diálogos con los grupos guerrilleros, M-19, Quintín Lame y EPL, obtuvieron resultados solo hasta el siguiente período presidencial de Virgilio Barco (1986-1990) en donde hubo acuerdos de paz, mientras que en 1994, una fracción del ELN, firmó un acuerdo de paz con el gobierno del presidente César Gaviria. Los diálogos con la FARC desembocaron en 1984 en una tregua bilateral, en la que ambos acordaron un camino hacia la incorporación del grupo guerrillero a la legalidad. En esa dirección, convinieron la conformación de un partido político de oposición y las garantías necesarias para que sus miembros pudieran participar de la vida política. De ahí, surgió la Unión Patriótica (UP), como movimiento político que se constituyó en noviembre de 1985 y obtuvo rápidamente éxitos en las elecciones de 1986, obteniendo varias curules en cargos de elección popular. Ver GMH (2013).

39 Gustavo Gallón es actualmente el Relator Especial de Derechos Humanos de la ONU para Haití. En un artículo publicado 1997, hizo un análisis de la Diplomacia utilizada por los distintos Gobiernos hasta 1994 y la actitud de estos respecto a las denuncias sobre violaciones a los derechos humanos, para lo cual se utilizó la táctica de la negación, distracción y rechazo. Caracterizó esta diplomacia como basada en la “astucia”. Para mayor información ver: Gallón (1997).

40 Por ejemplo, en Argentina, las constantes denuncias de las organizaciones defensoras de derechos humanos y de los exiliados políticos, conllevó a que en 1979 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos visitara el país, para constatar la situación de derechos humanos. Luego este organismo publicó

En este sentido, las acciones desplegadas por los defensores de derechos humanos rompieron el cerco mediático impuesto desde los gobiernos autoritarios y lograron sobreponerse a la deslegitimación que pretendieron desarrollar estos últimos, mediante las campañas emprendidas para restar credibilidad a las denuncias de las organizaciones (Funes, 2001).

El papel desempeñado por los defensores de derechos humanos fue también decisivo en los procesos de transición democrática, en las posteriores comisiones de la verdad y en los juicios penales a los responsables de los crímenes cometidos, en países como Argentina, Chile, Uruguay, El Salvador, Guatemala y Brasil. Todos estos aportes han contribuido efectivamente en la lucha contra la impunidad de las violaciones a los derechos humanos, pese a que muchos defensores han sido asesinados, desaparecidos y/o detenidos injustamente y la vida de muchos incluso hoy en día se encuentra en riesgo.

En el contexto de violencia que ha vivido Colombia en las últimas cinco décadas, las violaciones a los derechos humanos han sido sistemáticas y generalizadas y la impunidad ha estimulado la subsistencia de los crímenes. Esa fusión de violaciones a los derechos humanos e impunidad, en palabras del Sacerdote Jesuita y defensor de Derechos Humanos Javier Giraldo, “desconfigura por completo los parámetros esenciales de la democracia” y se protege a través de “una franja o zona gris que difumina las fronteras entre lo militar y lo civil; entre lo legal y lo ilegal; entre lo formal y lo informal” (2012: 143). Preciso es señalar que esa “zona o franja gris” la podemos comprender cuando volvemos la mirada sobre los Estados de excepción, la justicia penal militar, la implementación del paramilitarismo y la figura del enemigo interno que persiste en la doctrina militar colombiana y que ha justificado la eliminación de amplios sectores sociales en Colombia.

En el contexto autoritario y de exclusión política de los años setenta, emergieron en el país organizaciones no gubernamentales cuyas resistencias y luchas dieron lugar a un extenso movimiento de derechos humanos. Al igual que lo planteado por Jelin para el caso Argentino durante la última dictadura, se fue conformando un nuevo actor político y la movilización por los derechos humanos fue poco a poco ganando centralidad política, es decir, ocupando un lugar significativo en el espacio público (Jelin, 1995: 103).

Colombia ha sido considerada la democracia más estable del subcontinente, por ello durante muchos años fue difícil que los órganos de supervisión internacional del cumplimiento de los derechos humanos le dieran la atención suficiente, pues la atención estuvo concentrada en los países donde había dictaduras “militares clásicas” (Gallón, 1997: 205). Aunado a lo anterior, los sucesivos gobiernos de Colombia han recurrido con distintos matices de un mandato a otro, al “método del rechazo” y a la “táctica de la distracción” para ocultar y negar las violaciones a los derechos humanos y deslindar su responsabilidad ante las denuncias de las organizaciones de derechos humanos (Gallón, 1997: 207).

un informe en abril de 1980 que evidenció las prácticas violatorias de derechos humanos, la tortura y el drama de los desaparecidos desde 1975 hasta 1979.

Así, a la retórica de negación de los gobiernos de la época y a las figuras jurídicas que legitimaban dicho accionar, se antepuso la voz de un “actor colectivo con un sentido de identidad fuerte”,⁴¹ que disputaba el sentido de lo ocurrido, develando y transmitiendo mediante la denuncia sus preocupaciones a otros sectores sociales (Jelin, 2001), exigiendo verdad,⁴² justicia⁴³ y caminos hacia un proceso de democratización.

De ahí que la lucha contra la impunidad⁴⁴ haya sido uno de los ejes principales que le ha dado sentido al movimiento de derechos humanos en Colombia.⁴⁵ En ella, las demandas de verdad, y justicia al Estado han sido la base sobre las que ha confluído y se han movilizado una diversidad de organizaciones no gubernamentales y personas de distintas partes del país, cuyas cosmovisiones, religiones, saberes y posiciones políticas son, como sucede en otras latitudes, heterogéneas.⁴⁶

41 Si bien en sus trabajos Jelin se centra en el caso argentino, nos parece que su propuesta permite iluminar también otros casos y otras experiencias de activismo en derechos humanos, como es el caso de Colombia. En el sentido de Jelin (2001), el “actor colectivo con un sentido de identidad fuerte”, es el que “apela a un discurso político que (esta vez sí) será escuchado por el poder. De esta forma, el actor político gana acceso y lugar en el escenario sociopolítico. Lo novedoso es la posibilidad de que, al ser escuchado y reconocido, este discurso de la violencia se transforme, para unos y para otros, en el lenguaje del diálogo y la negociación. Y la posibilidad de que los poderosos aprendan a escuchar otras lenguas, antes de que los mensajes sean traducidos al discurso de la acción violenta” (Jelin, 2001: 97).

42 La verdad sobre las violaciones a los derechos humanos, entendida esta también desde una dimensión colectiva, como el “derecho inalienable que tiene cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguarda fundamental contra la repetición de tales violaciones” (Naciones Unidas, 2005b).

43 El acceso a la justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos ha sido una demanda persistente de los defensores de derechos humanos y víctimas en Colombia. Estos han logrado denunciar responsables y beneficiarios de los crímenes; el funcionamiento de las estructuras criminales; y los itinerarios de los responsables de los crímenes; entre otros aspectos. La información pertinente no solo ha sido aportada a los tribunales nacionales de justicia, para la investigación de los hechos y castigo a los responsables, sino también ha sido aportada a organismos internacionales de supervisión de derechos humanos.

44 Por impunidad se entiende “la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas” (Naciones Unidas, 2005b). La impunidad constituye una “infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones” (Joinet, 1997: II.A.18).

45 Se entiende por movimiento social “aquellas acciones sociales colectivas más o menos permanentes, orientadas a enfrentar injusticias, desigualdades o exclusiones, y que tienden a ser propositivas en contextos históricos específicos (...) no se reduce a lo socioeconómico y responden a asociaciones voluntarias” (Archila, 2001: 18).

46 La socióloga Elizabeth Jelin, en un análisis sobre el Movimiento de Derechos Humanos de Argentina, encontró que “todo movimiento social se caracteriza por una enorme *heterogeneidad* interna y por la diversidad de estrategias, tácticas, modalidades de acción y estilos organizativos de sus componentes. Un movimiento social nunca es sinónimo de una única institución o una organización. Por el contrario, es un conglomerado de demandas, expresadas de maneras diversas, que va constituyéndose en movimiento en la medida en que interpela a un opositor común, en una postura crítica (a menudo implícita) del sistema sociopolítico dominante. Desde esta perspectiva, una lectura estructural del movimiento de DDHH indica que en la medida en que se enfrentaba a un oponente unificado y visible, su accionar resultaba coherente y unitario. La diversidad de metas y estrategias de sus componentes les permitía avanzar en varios frentes simultáneamente. Sin suponer que respondieran a una decisión estratégica y racional, las diferencias resultaban ser eficientes en términos de acción colectiva” (Jelin, 1995: 143). Esta conceptualización nos parece

En ese sentido, el movimiento ha emprendido un conjunto de acciones, encaminadas a exigir del Estado la obligación internacional de respeto y garantía⁴⁷ de los derechos humanos, para que este cumpla con las obligaciones de prevenir las violaciones,⁴⁸ investigarlas, sancionar a los responsables y proporcionar recursos efectivos de reparación a las víctimas.⁴⁹ En otras palabras, han hecho exigibles las demandas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, como pilares fundamentales de la lucha contra la impunidad⁵⁰ y como aspectos esenciales de la democracia.

4.1. El surgimiento y auge del movimiento de derechos humanos

El contexto de represión, descrito en los primeros apartados de este capítulo, desencadenó el surgimiento y auge del movimiento de derechos humanos. Ello nos permite comprender por qué sus demandas giraron inicialmente en torno a la defensa de los derechos civiles y políticos y la manera cómo se vincularon con una larga experiencia de denuncia sobre una también extensa experiencia de violación masiva de derechos humanos en Colombia.

En 1973, surgió la primera organización de defensa de los derechos humanos en Colombia.⁵¹ El escritor Gabriel García Márquez, quien obtuvo posteriormente el premio Nobel de Literatura, impulsó en conjunto con un grupo de intelectuales, académicos, periodistas y miembros de organizaciones barriales y

pertinente para estudiar el caso de Colombia.

47 Los Estados son titulares de obligaciones ante la comunidad internacional, al ratificar los tratados en materia de derechos humanos. Por ejemplo, el 23 de marzo de 1976 entró en vigor en Colombia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 18 de julio de 1978, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales imponen las obligaciones de respetar y garantizar los derechos enunciados en cada uno de esos instrumentos. Esto incluye las obligaciones de prevenir las violaciones, investigarlas, sancionar a los responsables y proporcionar recursos efectivos de reparación a las víctimas. Para ver un listado de los tratados suscritos en Colombia al año 2012, puede verse: <http://www.derechoshumanos.gov.co/epu/Documents/130219-3-anexo3.pdf>.

48 La CIDH sostuvo: "El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales". Ver el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, N° 4, 1988, párr. 175.

49 Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas establecen que la reparación es una obligación jurídica internacional de los Estados y es un derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario, sea el Estado el responsable por acción u omisión o terceros. También establece que la reparación debe ser adecuada, efectiva y rápida así como proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido y que su finalidad es promover la justicia. Son cinco las formas de reparación que establecen las Directrices sobre el Derecho de las Víctimas: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (Naciones Unidas, 2005a).

50 Varios organismos internacionales de Derechos Humanos han reconocido que en Colombia, persisten altos niveles de impunidad. Por ejemplo, la CIDH en 1999 consideró que la impunidad en el país es "estructural y sistémica" (1999: V.B. párrafo 16).

51 Con lo dicho, no se pretende desconocer la existencia previa de personas defensoras de derechos humanos, ni mucho menos de personas dedicadas a la defensa de los mismos con anterioridad a los años setenta. El ejercicio, en cambio, pretende de manera general dar cuenta del proceso de consolidación del movimiento de derechos humanos en la historia reciente del país, esto es, a partir de 1970, sobre la base de quienes así se asumieron y reconocieron: como defensores de derechos humanos.

sindicales, entre otros,⁵² la creación de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos (CSPP)⁵³ (Romero, 2001). En octubre de 1973, en una rueda de prensa⁵⁴ denunciaron los tantos años de arbitrariedad del estado de sitio en Colombia:

... Colombia ha vivido 20 años bajo Estado de sitio. Este mecanismo de gobierno a todas luces arbitrario, se ha traducido en una política continuada de represión a todos los niveles contra el derecho elemental que tiene el pueblo a expresarse y organizarse en la defensa de sus intereses. (...) Tal situación del hecho ha dado lugar a un desplazamiento progresivo de la justicia ordinaria militar, bajo la fórmula de los Consejos Verbales de Guerra (...). El instrumento del Estado de Sitio le recorta al pueblo toda posibilidad de lucha democrática y legal por el logro de sus legítimas aspiraciones (Citado en: Rivas Moreno, 1980: 66 y 67).

Es así que estos primeros años de defensa de los derechos humanos estuvieron signados por la denuncia y documentación de los casos de violaciones a los derechos, especialmente de detenciones arbitrarias y tortura⁵⁵ y todos aquellos abusos y prácticas represivas que se promovieron y/o favorecieron desde el Estado, las cuales pretendieron ocultarse y silenciarse. En tal sentido, se resalta, por ejemplo, la realización en mayo de 1979 del Primer Foro Nacional de Derechos Humanos, que permitió visibilizar los efectos del Estatuto de Seguridad de Julio Cesar Turbay Ayala, sobre los derechos humanos de la población urbana y rural.⁵⁶

La difícil situación del contexto produjo la aparición de nuevas organizaciones defensoras de derechos humanos y/o la creación de áreas dedicadas a tales fines por parte de grupos académicos y de investigación. Este fue el caso del Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), cuya organización había sido consolidada desde 1972 y su trabajo se centraba hasta entonces, en líneas de investigación y formación sobre temas asociados con el conflicto armado, la construcción del Estado, la paz y el desarrollo en sectores marginados. Sin embargo, dado el contexto represivo de la época y la criminalización de la protesta social, en 1979 el CINEP creó una Oficina de Derechos Humanos, cuyo objetivo

52 Según Romero (2001), entre los primeros fundadores del Comité de Solidaridad, se encontraban también: Enrique Santos Calderón, líderes sociales como Noel Montenegro de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos, la señora Carmen de Rodríguez, del movimiento de los barrios nororientales, y miembros de la academia como Jorge Villegas, Diego Arango y Nirma Zárate.

53 Es una organización no gubernamental de derechos humanos dedicada principalmente a la defensa jurídica de los detenidos por razones políticas y a la defensa de los derechos humanos civiles y políticos de sectores excluidos. Para mayor información sobre el CSPP, ver: <http://csppresospoliticos.com/>.

54 La rueda de prensa se hizo en el círculo de periodistas de Bogotá y el escritor Gabriel García Márquez anunció la donación de los recursos obtenidos con su premio literario de la Universidad de Arizona, a la creación de un fondo de solidaridad con los presos políticos, lo que dio origen al CSPP.

55 Entre otras actividades, en 1974, fue editado el *Libro negro de la represión*; en 1975 se realizó un debate en el Congreso Nacional por casos de tortura a detenidos en operaciones militares en el departamento de Santander (Romero, 2001); se editaron boletines de denuncia; y se realizaron numerosas actividades que tuvieron como propósito develar las prácticas de la represión ocurridas durante la época.

56 En esa oportunidad, centenares de personas de distintas ciudades del país arribaron a Bogotá; intelectuales, obispos, sindicalistas, artistas, periodistas, indígenas, campesinos, profesores, abogados, estudiantes, se dieron encuentro durante los días 30-31 de marzo y 1 de abril de 1979. Para mayor información sobre el primer Foro Nacional, ver: Vásquez Carrisoza (1979).

principal consistía en la documentación y asesoría para la denuncia y búsqueda de desaparecidos (CINEP, 2011). Para la época, otras organizaciones religiosas y personas hacían parte del movimiento de derechos humanos, entre las que se destaca a las Comunidades Eclesiales de Base (CEBS), quienes representaron un papel importante en la defensa de los derechos humanos en Colombia.⁵⁷ Sin embargo, muchos de sus miembros fueron asesinados.

A finales de los años setenta y principios de los ochenta, surgieron nuevas e organizaciones que en la actualidad representan un rol importante en la defensa de los derechos humanos. En 1979, se conformó el Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (CPDH);⁵⁸ en 1980, nació el Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” (CAJAR);⁵⁹ en 1982, tuvo su origen la primera Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos (ASFADDES),⁶⁰ cuyo surgimiento se encuentra motivado en la detención y posterior desaparición de 13 jóvenes estudiantes de las Universidades Distrital y Nacional.⁶¹ Hacia finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, en pleno auge de las estructuras paramilitares, emergieron otras organizaciones de derechos humanos como la Comisión Colombiana de Juristas en 1988,⁶² la Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz en ese mismo año,⁶³ la Corporación

57 En Colombia, las CEBS están integrados por religiosos y laicos, que poco a poco se fueron uniendo hasta alcanzar la organización de once regionales en los años noventa, número que fue reducido pues muchos de sus miembros fueron asesinados. Ver <http://cebsygruposcristianos.blogspot.com.ar/2010/04/cebs-en-colombia.html>.

58 El Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos (CPDH) surgió luego del I Foro Nacional por los Derechos Humanos y las libertades democráticas, realizado en Bogotá en 1979. El objetivo del CPDH era “La defensa, protección y promoción de la integralidad de los derechos humanos, búsqueda de una solución política negociada al conflicto interno, social y armado en Colombia y la búsqueda de la paz. Para mayor información, ver: <http://cpdh.free.fr/todo.htm>.

59 El Colectivo de Abogados se define a sí mismo como “una Organización No Gubernamental de derechos humanos, sin ánimo de lucro, conformada por profesionales del derecho y estudiantes que apoyados en otras áreas del conocimiento y la participación de diferentes sectores sociales y democráticos de la población, defiende y promueve integralmente los derechos humanos y los derechos de los pueblos, desde una perspectiva de indivisibilidad e interdependencia, con el objetivo de contribuir a la construcción de una sociedad justa y equitativa en la perspectiva de la inclusión política, económica, social y cultural. Para mayor información, se puede consultar su página web: <http://www.colectivodeabogados.org>.

60 El nacimiento de una de las primeras iniciativas de organización de las víctimas de crímenes de Estado: ASFADDES. En 1983, cada jueves, familiares, amigos y estudiantes, marchaban hacia la plaza de Bolívar con fotografías de los desaparecidos (Giraldo, 2003). Para ampliar información sobre la organización, se puede consultar: <http://www.asfaddes.org/>.

61 Entre febrero y septiembre de ese año, once estudiantes de dos Universidades públicas, la Nacional y Distrital, el dueño de un taller de mecánica, así como un dirigente campesino fueron desaparecidos forzadamente en Bogotá, en hechos donde estuvieron implicados militares con miembros del narcotráfico. Los familiares de los desaparecidos se conocieron en las diligencias de búsqueda en todos aquellos lugares donde transitaban averiguando por el paradero de sus familiares, lo que les permitió agruparse inicialmente en lo que se conoció como el llamado Colectivo 82 para luego crear la Asociación ASFADDES (Gómez Díaz, 2002). Para mayor información, sobre la desaparición de los estudiantes, ver CIDH (1992).

62 Se trata de una organización no gubernamental de derechos humanos conformada por un grupo de profesionales con el propósito de contribuir al mejoramiento de la situación de derechos humanos, al desarrollo del derecho internacional y el derecho humanitario. Para mayor información, se puede consultar: http://www.coljuristas.org/quienes_somos/perfil_institucional_ccj.pdf.

63 Justicia y Paz fue creada por un grupo de 25 religiosos superiores provinciales. El Sacerdote jesuita Javier Giraldo cuenta que el primer proyecto que emprendió la Comisión Intercongregacional fue documentar y difundir la información relativa de las violaciones del derecho a la vida. Con ese fin, se creó un banco de datos, en el que se registraban diariamente los casos ocurridos de violaciones a los derechos humanos

Servicios Profesionales Comunitarios Sembrar en 1989,⁶⁴ la Asociación Minga en 1991,⁶⁵ y en 1993 inició sus labores la Corporación Jurídica libertad en la ciudad de Medellín.⁶⁶

Por otra parte, hacia finales de la década de los ochenta, en medio de la consolidación paramilitar, varias masacres, asesinatos selectivos y desapariciones forzadas se habían cometido en zonas rurales de distintas regiones del país. Tal situación originó la conformación a escala local de comités por los derechos humanos en varios municipios del país, en su mayoría conformados por representantes de las distintas expresiones sociales que confluían en los territorios, lo cual permitía inmediatez en la denuncia y cualificación de la información de las violaciones a derechos humanos, al tiempo que sus demandas se articulaban con organizaciones nacionales de derechos humanos.⁶⁷ Es necesario precisar que, a partir de la mitad de la década de los noventa, se registró un aumento considerable del surgimiento de otras organizaciones de derechos humanos en distintas partes del país. La presente investigación no puede dar cuenta de ello, pero sí advertir la importancia y el reconocimiento del papel que han desempeñado en el movimiento de derechos humanos.

Ahora bien, las reclamaciones iniciales del movimiento de derechos humanos se centraban en el contexto de la época exigiendo del Estado el control al accionar de las Fuerzas Militares por parte de los organismos civiles; una reforma a la justicia penal militar acorde con los estándares internacionales; el impulso de investigaciones y sanciones a los responsables de violaciones a los derechos humanos, entre ellos los miembros de las Fuerzas Armadas que actuaban conjuntamente con los grupos paramilitares en la comisión de crímenes de lesa humanidad; entre otras. En consonancia con sus demandas de verdad, el movimiento de derechos

ocurridos en Colombia (Giraldo, 1994). Para mayor información sobre esta organización, se puede consultar: <http://justiciapazcolombia.com/>.

64 La Corporación Sembrar dirige su actuación hacia la construcción, fortalecimiento y empoderamiento de los sectores sociales excluidos en Colombia. Sembrar. Define su misión de la siguiente manera: “La Corporación Sembrar promueve y aporta a la plena vigencia de los derechos humanos concebidos integralmente mediante la construcción, fortalecimiento y empoderamiento de los sectores sociales excluidos en Colombia y propiciando la solidaridad entre los pueblos. Para mayor información, ver: www.corporacionsembrar.org.”

65 La Asociación Minga se define como “una organización defensora de derechos humanos que se orienta hacia la transformación de las condiciones de inequidad política, económica, social y cultural; el fortalecimiento de los procesos sociales, la realización plena de los derechos y la construcción de la democracia y la paz”. Ver http://asociacionminga.org/index.php?option=com_content&view=article&id=12&Itemid=2.

66 Entre las labores que desarrolla, se encuentra la “defensa penal de personas sindicadas de pertenecer a grupos insurgentes, así como líderes sociales y comunitarios vinculados judicialmente por o con ocasión de sus actividades políticas o en razón de su opinión; instauración de procesos de responsabilidad del Estado por la violación de los Derechos Humanos; representación legal a las víctimas de crímenes de lesa humanidad en busca de verdad, justicia y reparación; presentación de demandas ante los organismos internacionales de protección de los Derechos Humanos...”. Para mayor información, ver: <http://www.cjlibertad.org>.

67 A manera de ejemplo, el 7 y 8 de agosto de 1987 fue fundado el Comité de Solidaridad y Defensa de los Derechos Humanos de García Rovira en el marco del II Foro por la Paz en Defensa de la Vida. En 1987 fue creado por un conjunto de organizaciones sociales el Comité regional de Derechos Humanos (CREDHOS) en Barrancabermeja. En 1989 fue conformado el Comité de Derechos Humanos de Segovia. Luego se crearon los comités de derechos humanos de Remedios, Vegachí, Yolombó, Zaragoza y Amalfi para luego conformar el Comité de Derechos Humanos del Nordeste Antioqueño. En 1991, fue creado el Comité Cívico de los Derechos Humanos del Meta. Para mayor información, se puede ver Nunca Más (2000).

humanos puso en evidencia los mecanismos, legislaciones, normas e instituciones que toleraron y/o garantizaron las violaciones a los derechos humanos, al mismo tiempo que exigieron su derogación. Por ejemplo, la Doctrina de Seguridad Nacional, los Estados de excepción, la Justicia Penal Militar y la instauración del paramilitarismo han sido denunciadas como prácticas autoritarias del ejercicio del poder, por parte del movimiento en una clara correspondencia con las demandas de verdad y justicia del movimiento de derechos humanos.⁶⁸ En ese mismo orden de ideas, el movimiento de derechos humanos desplegó innumerables acciones de protección y acompañamiento a víctimas individuales y colectivas así como a testigos de violaciones a los derechos humanos en distintas partes del país.⁶⁹

La actividad permanente de denuncia convocó la atención y solidaridad de ONG internacionales, que acompañaron las demandas del movimiento de derechos humanos en Colombia.⁷⁰ Así, por ejemplo, en enero de 1980, Amnistía Internacional realizó su primera visita oficial a Colombia,⁷¹ tras haber recibido constantes denuncias desde 1977 sobre la práctica de la tortura en el país.⁷² En el mes de abril de 1980, Amnistía Internacional presentó su informe⁷³ en el que dio cuenta de las torturas, asesinatos, desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos cometidas por militares y paramilitares.⁷⁴ Por otro lado, los altos índices de impunidad en Colombia y la ausencia de canales institucionales motivaron al movimiento a recurrir ante organismos internacionales a

68 Por ejemplo, la actuación de los abogados defensores de civiles en los procesos judiciales adelantados en la justicia penal militar permitió demostrar la ilegalidad de muchas de las condenas proferidas, las cuales habían sido argumentadas sobre la base de confesiones obtenidas bajo tortura o pruebas inexistentes. Con todo ello se contribuyó a que finalmente en 1987, la Corte Suprema de Justicia, declarara inconstitucional el juzgamiento de civiles por militares (CSPP, 2013).

69 Por ejemplo, varias organizaciones de derechos humanos han dirigido su actuación al acompañamiento en el territorio de comunidades rurales, que han sido víctimas de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Esta tarea ha permitido la contención del dolor y la desesperanza, el apoyo a la reconstrucción del tejido social, la formación en derechos humanos, el empoderamiento de las comunidades, la asesoría jurídica para el acceso a la justicia y la construcción colectiva de iniciativas para la protección de la vida y los derechos humanos. Son varias las comunidades que han contado con el acompañamiento de organizaciones de derechos humanos y también diversas las iniciativas que desde las comunidades se han previsto para proteger la vida y sus territorios de los actores armados. Entre ellas, podemos mencionar las comunidades de Paz y las comunidades en resistencia, que a partir de la solidaridad y el acompañamiento, protegen de manera pacífica su territorio. Una mayor información sobre estos procesos comunitarios, se puede consultar en: <http://www.pazdesdelabase.org>.

70 En 1987, visitó el país Américas Watch y la Comisión Andina de Juristas; en 1989, la Oficina en Washington para América Latina, Wola, Américas Watch y la Comisión Internacional de Juristas. Ver Gallón (1997).

71 Amnistía Internacional denunciaba varios hechos que le habían dado a conocer. Dichas denuncias públicas ocasionaron que por parte del Presidente de la República, Julio César Turbay Ayala, le extendiera invitación al país en julio de 1979.

72 Por ejemplo, en 1977, le fue transmitida por el CSPP a Amnistía Internacional una acción urgente en la que se denunció la tortura a Carlos Reyes Niño, preso político detenido al que se le había negado además la atención médica para tratar las secuelas de la tortura. Ver CSPPP (2013).

73 El Informe producido por Amnistía Internacional en 1980 fue refutado por parte del presidente Turbay Ayala, quien lo calificó de "vago e impreciso, basado en rumores y testimonios y no en evidencias". Por parte del Ministro de Justicia, Hugo Escobar Sierra, la percepción sobre el trabajo de Amnistía Internacional fue violatoria de la soberanía nacional en la medida en que las recomendaciones hechas al gobierno colombiano constituyeron intervención en asuntos internos del país (Romero, 2001).

74 Amnistía Internacional hizo varias recomendaciones al gobierno de Colombia respecto al levantamiento del estado de sitio y la derogación del Estatuto de Seguridad; el no juzgamiento de civiles por la justicia penal militar; y las garantías judiciales, entre otras.

través de peticiones individuales, comunicaciones o informes generales, logrando posicionar la situación de los derechos humanos de Colombia en el ámbito internacional. Esto motivó que diversos órganos del sistema regional y universal de derechos humanos visitaran el país, corroboraran las denuncias de los defensores y emitieran informes con recomendaciones al Estado Colombiano. Se destaca, por ejemplo, en 1980, la primera visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que había recibido varias denuncias sobre la práctica de la tortura⁷⁵ y detenciones masivas y arbitrarias, entre otras violaciones a los derechos humanos cometidas en Colombia a finales de los años setenta. De la misma manera, en la década de los ochenta, algunos comités y procedimientos especiales de Naciones Unidas, como el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas en 1988 y el Relator Especial sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias en 1989, visitaron el país y constataron las denuncias sobre el aumento de la desaparición forzada de personas, la impunidad de la justicia penal militar, los obstáculos a la administración de justicia,⁷⁶ los decretos de estado de sitio y el auge de los grupos paramilitares, al mismo tiempo que emitieron recomendaciones al Estado de Colombia.⁷⁷

Por otra parte, la lucha por la justicia rebasó las instituciones formales del poder judicial y dio paso a mecanismos alternativos como los Tribunales Internacionales de opinión⁷⁸ impulsados desde el movimiento de derechos humanos. Estos Tribunales han conocido, deliberado y emitido sentencias éticas en varios casos emblemáticos en los cuales han declarado la responsabilidad del Estado Colombiano por acción y omisión, en donde pese a las evidencias probatorias la impunidad se ha perpetrado.

De manera similar, impulsaron diversas iniciativas de salvaguarda de la memoria histórica. Un ejemplo de ello lo constituye la creación del proyecto “Nunca Más”, creado con el propósito de recuperar la memoria de los crímenes de lesa humanidad que se han cometido en Colombia desde 1966.⁷⁹ Contrario a lo ocu-

75 En la visita a Colombia, la CIDH recibió información de casos, en los que documentó más de 35 métodos de tortura utilizados en contra de las personas detenidas. Las torturas eran practicadas en lugares de detención temporales o transitorios, la mayoría en sedes de batallones militares en distintas ciudades del país (CIDH, 1981).

76 En su informe, el Relator Especial sobre ejecuciones sumarias manifestó su preocupación por los obstáculos a la administración de justicia, dados los asesinatos de testigos, jueces e investigadores y por las continuas amenazas con ocasión a sus funciones. Al mismo tiempo por la intimidación a testigos y abogados por las denuncias realizadas (ONU, 1989).

77 Por ejemplo, en relación con la desarticulación de los grupos paramilitares, el Relator Especial sobre ejecuciones sumarias recomendó: “Debe separarse del servicio a todos los miembros de las fuerzas armadas y de la policía que hayan confirmado o apoyado a esos grupos, a los asesinos a sueldo o a los traficantes de estupefacientes” (ONU, 1989: párrafo 67).

78 Tal es el caso de las sesiones del Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP), el cual representa la “continuación de los *Tribunales Russell*, también de carácter ético, que juzgaron los crímenes de lesa humanidad cometidos en Vietnam por Estados Unidos (1966-1967) y en las dictaduras de América Latina (1974-1976). La creación del TPP fue la respuesta ante la reclamación social, hecha por representantes latinoamericanos, de constituir un espacio permanente donde los pueblos pudieran encontrarse y presentar los casos de violaciones de sus derechos fundamentales. La Fundación Internacional Lelio Basso por el Derecho y la Liberación de los Pueblos recogió la petición y constituyó este tribunal en Bolonia en el año 1979”. Ver <http://omal.info/spip.php?article4857>.

79 El Proyecto “Nunca Más” tiene como uno de sus antecedentes el 1^{er} Seminario Internacional sobre

rrido en Argentina y varios países del Cono Sur, el “Nunca Más” surgió por iniciativa de las organizaciones sociales y víctimas de crímenes de Estado, en medio del conflicto y de un contexto permanente de represión política. En consecuencia, este proceso de recuperación de la memoria histórica condujo posteriormente a la organización de los afectados directos en el Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (MOVICE), que ha tenido un importante rol en la historia reciente del país, fortaleciendo la búsqueda de la verdad, la justicia y reparación integral de las masivas violaciones a los derechos humanos.⁸⁰

A lo largo del tiempo, este movimiento logró niveles importantes de reconocimiento nacional e internacional y, con su persistente denuncia, movilizó la solidaridad internacional para la defensa de los derechos humanos. Así, se facilitó la articulación de redes o plataformas nacionales e internacionales desde donde alcanzaron niveles de coordinación y solidaridad para la incidencia. Una de las más antiguas es la Red de Hermandad y Solidaridad con Colombia (REDHER), iniciativa que surge en el año 1994, a raíz de un proceso de relación e intercambio entre organizaciones sociales y de derechos humanos con comités internacionalistas de solidaridad de distintas partes del mundo, para promover un movimiento social y de lucha permanente contra la impunidad en Colombia.⁸¹ De igual modo, se destaca la Coordinación Colombia-Europa Estados Unidos (CCEEU), una coalición en la que participan más de 200 organizaciones de diferentes regiones, que trabajan en la promoción, divulgación y defensa de los derechos humanos.⁸² Su trabajo se inició en un acuerdo con organizaciones no gubernamentales de Europa que al mismo tiempo impulsaron la creación de la Oficina Internacional de Derechos Humanos, Acción Colombia (OIDHACO)⁸³ con sede en Bruselas, para coordinar acciones de incidencia y cabildeo. Esta experiencia fue posteriormente replicada en Estados Unidos, con la creación de U.S. Office on Colombia (USOC)⁸⁴ como contraparte.⁸⁵

Finalmente, es necesario destacar que la solidaridad internacional, así como la observación de los organismos internacionales de derechos humanos, brindó

Comisiones de Verdad, realizado en Bogotá el 8 y 9 de junio de 1994. Representantes de varios países (Argentina, Chile, Uruguay, Bolivia, El Salvador y Guatemala) intercambiaron las experiencias de sus procesos de lucha contra la impunidad de los crímenes cometidos por los regímenes autoritarios. Para mayor información sobre este proyecto, se puede ver en: http://www.movimientodevictimas.org/~nuncamas/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=310.

80 Para ampliar información sobre el Movimiento de Víctimas, ver Herrera Varela (2008). Puede consultarse también: <http://www.movimientodevictimas.org/>.

81 Para mayor información sobre la Red de Hermandad, ingresar en: <http://www.redcolombia.org/>.

82 Mayor información sobre la Coordinación Colombia Europa, se puede consultar en: <http://www.ddhhcolombia.org.co/>.

83 Mayor información, en: <http://www.oidhaco.org/>.

84 Mayor información, en: <http://www.usofficeoncolombia.org/>.

85 Así también existen otras redes o plataformas, como la Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo con énfasis en la defensa y promoción de los derechos humanos económicos, sociales, culturales, ambientales. Se puede ver: <http://www.pcdhdd.org/index.shtml>. También, la Alianza de Organizaciones Sociales y Afines por una Cooperación Internacional para la Paz y la Democracia en Colombia, cuya acción principal se encuentra relacionada en temas de cooperación para la paz y la democracia en Colombia. Mayor información en: <http://www.oidhaco.org/>.

un respaldo a la labor de los defensores de derechos humanos, cuyas vidas empezaron a ser convertidas en blanco de violencia, principalmente desde el aparato estatal desde finales de la década de los ochenta.

4.2. Los primeros pasos de la configuración de las defensoras y defensores como enemigo interno

Desde 1970, ya se observaban los primeros señalamientos desde las Fuerzas Armadas y autoridades gubernamentales a la actividad y defensa de los derechos humanos en Colombia. Por ejemplo, encontramos que en 1977, el Estatuto de Seguridad Nacional, aprobado por Turbay Ayala, estuvo precedido de una carta enviada por el Comando General de las Fuerzas Militares al mando del general Luis Carlos Camacho Leyva. En esta carta, las autoridades militares, públicamente por primera vez, pusieron al centro del debate la defensa de los derechos humanos. Las denuncias efectuadas por los abogados y en general por todos aquellos que visibilizaron los atropellos, fueron señaladas por generales y almirantes como una “campaña de oposición política”, “difamación”, “desprestigio y deshonor” del Ejército Colombiano, con el propósito de deslegitimar la institución, los jefes y los subalternos:

Consideramos que las medidas del gobierno y las ejecutoriadas de las fuerzas militares, tendientes a eliminar las causas de la violencia y el incremento de la inmoralidad, están siendo desfiguradas por una campaña sistemática y generalizada de oposición política, que está haciendo perder la fe en las instituciones y en la capacidad que ellas deben tener para controlar el crimen e imponer el orden. (...) La campaña mencionada se dirige ahora contra los jefes de la institución militar –seguramente para trasladarla después a otros niveles de mando–, procurando su deshonor, situación en la cual las fuerzas disociadoras han mostrado acucioso interés con la clara estrategia de minar la cohesión que existe dentro del estamento militar y que el país requiere como base insustituible para su tranquilidad y progreso (Camacho Leyva, 1977: numeral 2 y 4).

Ya desde la década de los ochenta, el Estado colombiano recibe recomendaciones para la protección de las y los defensoras de derechos humanos. Por ejemplo, en 1988 el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas reconoció la “valerosa actitud” de los defensores, destacó el contexto “arriesgado” en el cual desempeñaban su labor e hizo un llamado al gobierno para la protección de sus vidas (ONU, 1988: párr. 138).⁸⁶ Por esa época, la actitud del gobierno se caracterizaba por la negación de las violaciones a los derechos humanos y le daban un tratamiento de “prohibido, peligroso y subversivo al tema, calificando a los defensores como apátridas” (Romero, 2001: 447).

Hacia finales de la década de los ochenta, varios defensores de derechos humanos fueron asesinados. El 25 de agosto de 1987 fue asesinado Héctor Abad Gómez,⁸⁷ presidente del Comité por la Defensa de los Derechos Humanos

86 Esto redundó en la apertura de escenarios de interlocución del movimiento de derechos humanos con el gobierno que hasta el año de 1986 no era una alternativa para dicho movimiento (Romero, 2001).

87 Héctor Abad Gómez era médico de la Universidad de Antioquia, fundador de la Escuela de Salud Pública. Fue vicepresidente fundador del Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos y Presidente de la Seccional Antioquia, conformada en 1981. Sobre su caso, puede consultarse: <http://www.gidh.org.co/>

(CPDH) de Antioquia y el activista Leonardo Betancur Taborda, de la misma organización. El 17 de diciembre de 1987, fue asesinado el nuevo presidente del CPDH, Luis Fernando Vélez Vélez,⁸⁸ quien había asumido el cargo luego del asesinato de Abad Gómez. El 4 de julio de 1990, desapareció forzosamente Alirio de Jesús Pedraza Becerra, abogado defensor de derechos humanos y miembro del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, quien impulsaba varios procesos en los cuales se encontraban varios miembros de las Fuerzas Armadas como responsables de violaciones a los derechos humanos.⁸⁹

En la década de los noventa, se observó un aumento de los señalamientos y acusaciones y la actividad de defensa de los derechos humanos fue asociada directamente a los grupos guerrilleros. Por ejemplo, en 1994⁹⁰ organismos de seguridad del Estado circularon una lista con el nombre de 150 defensores de derechos humanos y dirigentes populares a quienes ellos consideraban “subversivos” (Amnistía Internacional, 1994: 15).⁹¹ Tal situación fue advertida por los Relatores Especiales encargados de la cuestión de la tortura y de las ejecuciones extrajudiciales, tras una visita conjunta en octubre de 1994. En esa oportunidad, manifestaron que los defensores de derechos humanos entre otros sectores de la población eran declarados enemigos internos tanto por el Ejército, como por algunas autoridades civiles:

Acusados como “pantalla” de las guerrillas y, por lo tanto, como enemigos internos, activistas de derechos humanos, abogados, especialmente los que se ocupan de víctimas de violaciones de los derechos humanos, sindicalistas, miembros de los partidos políticos de oposición, trabajadores sociales, etc., viven bajo el temor permanente de amenazas telefónicas o escritas / El “sufragio”, documento en el que se notifica el fallecimiento de una persona, ha sido utilizado para enviar amenazas de muerte./ y suelen verse obligados a salir de su zona de trabajo y residencia. La amenaza es muy real si se considera el número alarmante de activistas muertos a lo largo de los años en el pasado reciente (Naciones

index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=67&Itemid=233&limitstart=6.

88 Luis Fernando Vélez era abogado y antropólogo de la Universidad de Antioquia, profesor y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y fue Vicerrector y Rector encargado. Estudió Teología en la Universidad Pontificia Bolivariana, donde también fue catedrático, entre otros. Sobre su caso, hay más información en: http://www.gjdh.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=383%3A%20is-carlos-alzate-zuluagay&catid=52%3A%20casos&Itemid=223.

89 Alirio representaba judicialmente 42 sindicalistas detenidos y torturados por miembros del Ejército Nacional en el período comprendido entre el 1º y 7 de marzo de 1990. Para mayor información sobre los hechos de su desaparición, ver el Informe anual de la CIDH de 1993.

90 En 1994, el gobierno declaró en dos ocasiones el estado de excepción. No obstante, la Corte Constitucional anuló la declaración del estado de excepción por considerar que no era justificada. Así, el gobierno instituyó, por decreto del Poder Ejecutivo, una serie de medidas represivas: a) la autorización para realizar registros domiciliarios sin la orden judicial pertinente; b) la reducción de la edad mínima de responsabilidad penal a 14 años; c) la censura parcial a la prensa y el permiso otorgado a las autoridades civiles y militares para proceder a la evacuación forzada de civiles de las zonas donde se desarrollaran operaciones contrainsurgentes. Dicho decreto fue aprobado por el Congreso de la República y en el mes de enero, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad (Amnistía Internacional, 1996).

91 Por ejemplo, Amnistía Internacional denunció en 1994 las declaraciones efectuadas en febrero de 1992 por jefes militares de la ciudad de Barrancabermeja, en las que acusaron al Comité Regional por los Derechos Humanos (CREDHOS) de estar vinculado a organizaciones guerrilleras. Asimismo el informe Amnistía precisa que, con ocasión a las acusaciones de los militares a los defensores, “aumentaron las amenazas de los grupos paramilitares apoyados por el ejército contra sus miembros y se cometieron algunos asesinatos de defensores en la región” (Amnistía Internacional, 1994: 15).

Unidas, 1995: párrafo 25).

Mientras tanto, en el ámbito local, los defensores eran desaparecidos y asesinados, como ocurrió con la mayoría de miembros de los Comités de Derechos Humanos, creados a finales de los años ochenta en distintas partes del país. Este hecho conllevó al cierre definitivo de muchos de ellos, pues los sobrevivientes fueron obligados al exilio o al desplazamiento forzado. Esto fue lo ocurrido, por ejemplo, con el Comité de Solidaridad y Defensa de los Derechos Humanos de García Rovira, el Comité de Derechos Humanos del Nordeste Antioqueño y Bajo Cauca y el Comité Cívico de los Derechos Humanos del Meta.⁹² Al mismo tiempo, varias organizaciones de derechos humanos nacionales se vieron obligadas a cerrar sus oficinas en distintas regiones del país dadas las continuas amenazas, asesinatos y atentados en contra de sus miembros.⁹³ En consecuencia, varios defensores de los derechos humanos se vieron obligados a abandonar el país debido a la falta de garantías para sus vidas (Aministía Internacional, 1996).

Finalmente, en el camino de explicar los elementos de la “realidad” colombiana que le dieron vida a la lógica legitimante de la violencia de Estado contra el “enemigo interno”, mostramos en este capítulo, cómo ante el gran despliegue de violaciones de los derechos humanos contra amplios sectores sociales en Colombia surge el movimiento de derechos humanos. También, hemos encontrado que el discurso de las Fuerzas Armadas que ha apelado a la lógica del “enemigo interno” ha ido mutando con el tiempo. Esto es, como “enemigo interno” se ha ido asociando a diferentes actores sociales, de acuerdo con los que mayor dinámica de reclamo social presentasen en cada etapa de las luchas sociales. De ahí que, producto de esta mutación y de este proceso, a los defensores de derechos humanos se les empezó a asociar como parte de aquellos elementos generadores de “interferencias y perturbaciones substanciales” que ponen en riesgo “los intereses vitales de la Nación”. Esto conllevó a nuevas formas de violaciones a los derechos humanos contra los defensores de derechos humanos en Colombia.

92 Para mayor información, ver *Colombia Nunca Más* (2000 y 2008).

93 Es el caso de la Seccional del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, quien se vio obligada a cerrar sus oficinas tras el asesinato del abogado Javier Barriga Vergel, ocurrido el 16 de junio de 1995, en la ciudad de Cúcuta departamento de Norte de Santander. Javier era miembro del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos y adelantaba la defensa de varios detenidos por razones políticas (Aministía Internacional, 1996).

LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DEFENSORES COMO ENEMIGO INTERNO EN LA DOCTRINA DE ACCIÓN INTEGRAL

1. Introducción

En el capítulo anterior, reconstruimos el proceso histórico a través del cual el Ejército de Colombia adoptó los lineamientos de la Doctrina de Seguridad Nacional. En particular, analizamos cómo este tipo de doctrina represiva fue el marco para el desarrollo de una serie de formas violentas de represión social y política, desplegadas en el marco del conflicto armado. Asimismo, destacamos cómo, en ese contexto, fue naciendo un movimiento de derechos humanos que resistió, impugnó y denunció dichas violaciones a los derechos humanos. En este capítulo, analizaremos el surgimiento de la DAI, desarrollada por las Fuerzas Armadas colombianas a partir del año 1997, en el marco de la que se fue construyendo progresivamente a los defensores de derechos humanos como un enemigo interno.

El proceso de construcción de la Doctrina de Acción Integral (en adelante, DAI) de acuerdo con el trabajo de análisis de las fuentes documentales se puede dividir en cuatro momentos. Un primer momento, que llamaremos de reelaboración, comprende entre 1997 y 2002, cuando se hace manifiesta una reelaboración del discurso sobre el conflicto armado colombiano al interior de las Fuerzas Armadas.¹ Esta reelaboración contiene un diagnóstico sobre el conflicto donde se establece la “naturaleza” del problema, se problematiza el abordaje del conflicto y se plantea como necesidad la confrontación de la “guerra política” de

1 Este momento se puede observar en los siguientes artículos: 1) “Fundamentos de la Guerra Política” de Álvaro Valencia Tovar, en el cual ubica la evolución de la “guerra política” dentro de las “guerras revolucionarias” para concluir que “el Estado democrático exhibe una inquietante vulnerabilidad ante la confrontación política, porque no suele entenderla en su real magnitud” (Valencia Tovar, 1996: 9). 2) El trabajo titulado “Guerra Política como concepto de Guerra Integral”, de José Miguel Narváez Martínez, por entonces Asesor de la *Revista de las Fuerzas Armadas*, en el cual el autor expone el uso de la “guerra ideológica”, “guerra de inteligencia”, “guerra psicológica”, “guerra de organizaciones”, “guerra de estratagemas”, “guerra de masas” y la “guerra jurídica y electrónica”, como manifestaciones de “subversión no armada” en el conflicto (Narváez Martínez, 1997). 3) Miguel Posada Samper presenta el artículo “La Guerra Jurídica de la Subversión”, donde vincula tanto a lo que llama “la izquierda derrotada” como a ONG nacionales e internacionales con la subversión, sobre lo cual dice que “la guerrilla es solamente su brazo armado” (Posada Samper, 1997). 4) El Mayor General (R) Salcedo Lora (1997) en el artículo “Aspectos Psicológicos de la Confrontación que Vive el País”, presentado una lectura de la “guerra” que realiza la llamada “subversión”, analiza cómo la respuesta estatal ha sido débil, después presenta las características de la labor del Ejército y de la clase política en esta guerra.

la subversión con la “Acción Integral”. Este período finaliza con la publicación oficial del “Texto Especial Acción Integral como Concepto de Estrategia Integral e Integrada del Ejército” en el año 2002.

En un segundo momento, que comprende entre 2002 y el 2007,² los conceptos de “guerra política” y “acción integral” presentan mayor desarrollo de acuerdo con los textos publicados en la *Revista del Centro de Estudios Estratégicos sobre Seguridad y Defensa Nacional* y en los cuales se empieza a referir la necesidad de tomarlo como Doctrina.

Un tercer momento tiene lugar entre 2007 y 2011,³ año en que es publicado el documento oficial “Instrucciones Generales sobre la Doctrina de Acción Integral”. Finalmente, en un cuarto momento, se retoma el discurso de los primeros artículos haciendo especial énfasis en catalogar las actividades de los defensores de derechos humanos de la siguiente manera: no son solo acciones de “guerra política” y “jurídica” contra las Fuerzas Armadas, sino también como un “lucrativo negocio”.⁴ Adicionalmente, observamos una dimensión que podríamos llamar “histórica” donde el discurso militar evoca los antecedentes de algunas de las “estrategias”, técnicas, o componentes de lo que hoy se conoce como DAI, como lo son las “operaciones psicológicas”, la “acción cívico-militar”, “guerra política”, entre otras,⁵ todas ellas a su vez provenientes de la Doctrina de la Seguridad Nacional.

Como veremos a lo largo de este capítulo, a través del análisis documental, la construcción de la DAI puede ser reconstruida como un proceso desarrollado al

2 En este momento, se resaltan los textos del General Mario Montoya Uribe, como Comandante del Ejército y el del Teniente Coronel (R) Jesús Alberto Ruiz Mora. El primero publicó un trabajo titulado “La Acción Integral: una estrategia para ganar la guerra”, y el segundo, otro llamado “Acción Integral, hacia una doctrina unificada”. Ambos fueron presentados en Julio de 2007 en la *Revista Estudios en Seguridad y Defensa* N° 3, del Centro de Estudios Estratégicos sobre Seguridad y Defensa (CEESEDEN).

3 El documento “Instrucciones Generales sobre la Doctrina de Acción Integral” está firmado por el General Freddy Padilla de León, Comandante General de las Fuerzas Militares (2006-2010). Consta de X capítulos en los que se exponen los antecedentes y orígenes de la DAI, la justificación, los principios estratégicos, definiciones, además de la DAI-general, la DAI-coordinada, la DAI-Resolutiva y la DAI-internacional.

4 En 2011, después de ser publicado el documento “Instrucciones Generales sobre la Doctrina de Acción Integral”, en la *Revista del Ejército* N° 218, se incluyen los artículos: “La Guerra Política y la Guerra Jurídica contra el Estamento Militar” y “La Guerra Invisible: Los Derechos Humanos como arma de Guerra y Lucrativo Negocio”. El primer artículo, escrito por el Brigadier General (RA) Adolfo Clavijo Ardila, se centra en la “guerra jurídica” vinculando la labor de los defensores de derechos humanos con la “subversión” y retoma el estilo de los textos ya reseñados de la segunda etapa. El segundo es firmado por el Brigadier General (RA) Luis Fernando Puentes Torres, entonces Director de la Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Conflictos Armados (DICA), programa de posgrado que ofrece la Escuela Superior de Guerra. En este texto, se reproduce el discurso presente en las etapas anteriores para tratar de demostrar cómo las labores de los defensores de derechos humanos en Colombia no solo están vinculados a la “subversión”, sino que representan un “lucrativo negocio”.

5 El General (R) Álvaro Valencia Tovar ubica como antecedente de la DAI el desarrollo de la Acción Cívica y Sicológica a inicios de la década de los sesenta. A su vez, el Plan Laso, al decir de Valencia Tovar, es el primer ensayo de Acción Integral, después del cual se menciona el Plan Andes y el Plan Perla. Ver (Valencia Tovar, 2006 b). El Teniente Coronel (R) Ruiz Mora (2007) ubica el desarrollo de los componentes de operaciones psicológicas y acción cívico militar y adicionalmente establece el origen, evolución y uso de la “guerra política” por parte del Ejército, primero como mera “guerra política y después como “Acción Integral”. Esta evolución estaría relacionada con cursos de “guerra política” incorporados en las Fuerzas Armadas. En Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional (2002) se establecen como antecedentes: a) Acción Cívico-Militar (1960); b) Plan Laso, Plan Perla, Plan Andes (1962); c) Creación del Comité de Acción Cívico-Militar (1963); d) Organización del Departamento 5 del Ejército Nacional (Asuntos Civiles); y e) Creación de la Escuela de Relaciones Cívico-Militares (1991).

interior de la academia militar y de los diferentes organismos de mando, donde las publicaciones de los artículos analizados en sus medios de reflexión y divulgación dan testimonio del proceso de elaboración de dicha doctrina. En ese sentido, como lo señala Slatman (2009: 11), los podemos ver como una “fotografía” o “fijación momentánea” y, observando varias de estas “fotografías”, podemos ver el sentido de su movimiento que va formalizando a través de los textos oficiales. En este proceso, como lo plantea Ernesto López (1985) para el caso argentino, en Colombia también es posible ver cómo los militares construyen un discurso común alrededor de una interpretación del conflicto armado (concepción de la guerra). Esta incluye una definición de las amenazas y, por tanto, de los enemigos y la interpretación de sus lógicas de actuación; así no solo como una concepción del lugar que ocupan en la sociedad y frente al poder, definiendo su rol; sino también una visión de país o nación, y temas específicamente bélicos. Teniendo en cuenta la primera dimensión sobre la concepción de la guerra, concentraremos nuestra atención en el análisis del lugar en el que han situado a los defensores como parte de la llamada “guerra política y jurídica”, que ha dado lugar a la consideración de los defensores como enemigo interno.

Tomaremos como documentos centrales el “Texto Especial Acción Integral como Concepto de Estrategia Integral e Integrada del Ejército” de las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional (2002) y el texto “Instrucciones Generales sobre la Doctrina de Acción Integral” de las Fuerzas Militares de Colombia. Comando General (2010), que como podrá verse son textos oficiales de las Fuerzas Armadas colombianas. Observamos cómo estos textos han sido precedidos por una serie de artículos en revistas de la academia militar; en varios casos analizados, son retomados como fuente para los documentos centrales oficiales.

Asimismo, es necesario plantear que este proceso de construcción doctrinal ha sido dinámico y, por tanto, va desarrollándose en función de las diferentes apreciaciones realizadas por los mandos militares sobre el contexto internacional y nacional. En este sentido, no podemos dejar de mencionar cómo el momento que hemos llamado de reelaboración (desde 1997 hasta 2002) coincide con una etapa del contexto colombiano en la que se presenciaron cambios importantes a nivel nacional e internacional que derivaron en la agudización del conflicto colombiano dada la primacía de la salida militar al conflicto, sobre la solución política (2002-2011). Es decir, consideramos que en el período se puede observar una confluencia de acontecimientos que definieron los rasgos característicos de la supremacía bélica en Colombia. Por un lado, el país asistió a los diálogos de paz entre el gobierno de Andrés Pastrana con las guerrillas del ELN y las FARC (1998-febrero 2002). Paralelamente, se diseñaba y ponía en ejecución el Plan Colombia (1998-Julio 2000),⁶ a la vez que se adelantaba un proceso de reestructuración de las Fuerzas Armadas colombianas entre 1998 y 2002, que según Leal

6 El Plan Colombia: Plan para la paz, la prosperidad y el fortalecimiento del Estado, surgió en 1998 de una propuesta realizada por el Presidente Andrés Pastrana, quien propuso una especie de Plan Marshall enmarcado dentro de la propuesta presidencial para la paz junto con una propuesta de reforma política y de diálogos. Las principales estrategias: lucha contra las drogas, la economía, la reforma del sector justicia, el plan para la democratización y el desarrollo social, y el proceso de paz.

Buitrago (2002) fue impulsado por Estados Unidos.⁷ Dicho proceso provocó, entre otras medidas, el diseño y presentación al congreso de la República de la Ley de Seguridad y Defensa Nacional,⁸ en la cual se retomaron los aspectos básicos de los decretos 3398 de 1965 y 1573 de 1974, entre otros, considerados por Buitrago como “las normas rectoras de la seguridad nacional hasta la aprobación de esta nueva ley” (Leal Buitrago, 2002: 1975).

Así, cuando se cierra el proceso de diálogo en febrero de 2002, se encuentran ya en marcha varios procesos que caracterizarían el momento de la primacía bélica que iría desde 2002 hasta 2012. Es importante señalar también que lo anterior se ve fortalecido a partir del 11 de septiembre de 2001, cuando el gobierno de Estados Unidos lanzó su “lucha infinita contra el terrorismo”. Este hecho finalmente fortaleció el discurso de guerra, favoreció la obstrucción a cualquier salida política al conflicto colombiano, al mismo tiempo que robusteció el discurso belicista de Álvaro Uribe Vélez, quien llegó a la presidencia en el año 2002. Alcanzado este punto de la lógica de la guerra, los dos períodos presidenciales de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006 y 2006-2010) contaron con el escenario propicio para la implementación de la DAI. En este sentido, el discurso de la seguridad formaba parte del núcleo esencial de su propuesta de gobierno, el cual se materializó mediante las políticas diseñadas en cada uno de sus dos períodos: llamadas Política de Defensa y Seguridad Democrática (2002-2006) y Política de Consolidación de la Seguridad Democrática (2006-2010).

En suma, como lo expresaba en 2006 el General retirado Álvaro Valencia Tovar, el gobierno de Álvaro Uribe representaba la confluencia “después de años erráticos e improductivos que habían permitido el agigantamiento del desafío insurreccional”, puesto que configuraba “por fin el triángulo del poder nacional enunciado hace dos siglos por Clawsewitz: Gobierno, Pueblo, Ejército” (Valencia Tovar, 2006: 10).⁹

7 Según Leal Buitrago (2002), en el año 2000, fueron aprobadas facultades extraordinarias solicitadas por el Presidente de la República para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Con ello, el Gobierno expidió una serie de reglamentos para las Fuerzas Militares y una norma que autorizaba el retiro de miembros de las Fuerzas Militares por “decisión discrecional del ministro y la cúpula militar”. El Presidente creó la Comisión de Reforma y Modernización de las Fuerzas Militares y se creó un comité para la elaboración de un proyecto de ley de defensa y seguridad que desembocó en la ley 684 de 2001 (2002: 174).

8 La ley 684 del 13 de agosto de 2001 o Ley de Seguridad y Defensa Nacional fue considerada por las organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales como una norma que “socavaba principios básicos del estado de derecho”. Mediante la ley, se ordenaba la subordinación de las autoridades civiles a las Fuerzas Armadas, se ampliaban los poderes a estas, al otorgarles facultades de policía judicial, control de movimiento y residencia de la población civil, entre otras medidas. Para la Comisión Internacional de Juristas (2005), creaba un cuarto poder, el “Poder Nacional”, integrado por el Presidente de la República y el Alto Mando Militar, con el mandato de organizar y dirigir toda la administración civil (2005: 14). Esta norma finalmente fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia C-251/02. Está disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-251-02.htm#_ftnref8.

9 Álvaro Valencia Tovar con esta referencia remite al concepto de “poder nacional”, el cual se encuentra dentro de los conceptos articulados en la Doctrina de Seguridad Nacional publicada en la *Revista de las Fuerzas Armadas* en 1976. En ese texto, el Departamento de Estrategia y Defensa Nacional de la Escuela Superior de Guerra (1976) define el poder nacional como “capacidad de una nación para obtener lo que desea en beneficio de su pueblo, es decir para alcanzar sus objetivos nacionales” (1976: 213). El “Poder Nacional”, de acuerdo con la misma revista, resulta de la integración de los “campos: político interno, político externo, el económico, el social, el militar y el técnico-científico”, los cuales deben actuar en forma

Sin embargo, no todos lo que los militares llamaron “Pueblo” en el “triángulo de poder nacional” se encontraban sintonizados con la salida militar del conflicto, con el proyecto político que representaba Álvaro Uribe Vélez, ni con el Plan Colombia, y mucho menos con la Ley de Seguridad y Defensa Nacional (ley 684 del 13 de agosto de 2001). Por lo tanto, cada uno de estos puntos suscitó amplio debate y oposición política. Así, gran parte del movimiento de derechos humanos fue crítico al respecto: actuó, construyó argumentos jurídicos e impulsó acciones jurídicas que sirvieron para que el poder judicial y las Altas Cortes emitieran fallos en defensa de los derechos humanos y la Constitución Nacional.

Por ello, el capítulo también abordará el esquema interpretativo de las Fuerzas Armadas sobre el rol de los defensores de Derechos Humanos, así como algunos aspectos del discurso que va incorporándose en el proceso de la doctrina militar, en la lógica del “enemigo interno” y con ello una lectura legitimadora de la acción militar contra este tipo de activistas en Colombia.

2. La “verdadera” naturaleza del conflicto colombiano: guerra política y guerra jurídica

Así como en el contexto de la Guerra Fría se sentaron las bases para el desarrollo de la Doctrina de la Seguridad Nacional, la concepción de la “guerra” que se presenta en los escritos de las Fuerzas Armadas colombianas, en el período de estudio (1997-2011), pretende justificar su accionar en el marco del conflicto armado colombiano, en dos dimensiones. Por un lado, recoge teorizaciones contemporáneas sobre la guerra en lo que se conoce como “guerra de cuarta generación” (construyendo una nueva serie de amenazas como “narcotráfico” y “terrorismo”). Y por otro, una caracterización basada en una lectura particular del conflicto colombiano, en la que se utiliza la “acción integral” como forma de contrarrestar la “guerra política”.

La primera dimensión encuentra sus argumentos en la existencia de “nuevas amenazas”, “conflictos contemporáneos”, “nuevas guerras”, “guerras asimétricas”, en una mirada evolutiva de la guerra proveniente del concepto de “guerras de cuarta generación”.¹⁰ Para Wilcox y Wilson (2003), este tipo de guerra tomó relevancia como respuesta a los sucesos del 11 de septiembre de 2001, después de los cuales, Estados Unidos lanzó su “guerra infinita contra el terrorismo”. Según estos autores,¹¹ este tipo de combate se explicaría por las

“articulada y armónica” (1976: 214). De allí que la mención a la confluencia de acción para la guerra entre el pueblo, el Estado y el Ejército tiene como trasfondo las ideas puestas en marcha en el los setenta con la DSN. Lo mismo vale para un análisis de la ley 684 del 13 de agosto de 2001.

10 El concepto de “guerras de cuarta generación” o 4W surge en 1989 a partir del artículo “The Changing Face of War: Into the Fourth Generation”, cuyos autores son Lind, Coronel Keith Nightengale (Ejército de los EE. UU.), capitán John F. Schmitt (Cuerpo de Infantería de Marina), coronel Joseph W. Sutton (Ejército) y teniente coronel Gary I. Wilson (Componente de Reserva del Cuerpo de Infantería de Marina), publicado en *Marine Corps Gazette* (Wilcox y Wilson, 2003: 36).

11 Uno de los autores es también autor del texto “The Changing Face of War: Into the Fourth Generation”, referenciado anteriormente, por lo que gran parte de lo que exponen corresponde con el mencionado artículo.

formas en que el “terrorismo” estaría actuando en el nuevo contexto mundial. Algunos de los factores distintivos en esta conceptualización sobre las guerras de “cuarta generación” se refieren a que estas ya no se desarrollan entre Estados, puesto que se presenta una pérdida de monopolización de la guerra por parte de los Estados-nación; se percibe el regreso a un mundo de culturas y Estados en conflicto; y a la segregación interna dentro de las sociedades. De acuerdo con Wilcox y Wilson, estas guerras son caracterizadas por poseer “muy pequeñas unidades de acción independiente o células que actúan en órdenes de tipo misión; con una disminuida dependencia del apoyo logístico; más énfasis en la maniobra, y que se enfocan en las metas psicológicas en vez de las físicas” (Wilcox y Wilson, 2003: 36 y 37). Así, entonces, la guerra psicológica implica quebrantar la voluntad del enemigo desde adentro de su mismo sistema (Wilcox y Wilson, 2003: 36 y 37).

Las Fuerzas Armadas de Colombia justifican entonces “la guerra”, de acuerdo con la teoría de las “guerras de Cuarta Generación”, lo que asegura que mientras las amenazas son diversas y altamente complejas, “los objetivos son inmateriales y se traducen en la modificación de las intenciones para que el adversario cambie de opinión” (Fuerzas Militares de Colombia. Comando General, 2010: 10). Como se ve, su objetivo primordial es “ganar la voluntad de la población”, debido a que es una “guerra de legitimidades” donde “el respaldo pleno de la población civil es el factor determinante de la victoria” (Fuerzas Militares de Colombia. Comando General, 2010: 10).

En un segundo nivel, encontramos una justificación de las acciones de las Fuerzas Armadas respecto al conflicto armado colombiano en lo que constituye para ellas la “verdadera naturaleza del conflicto”. Esta consiste en que “la amenaza narcoterrorista e insurgente” hace uso de una combinación de “esfuerzo militar” con lo que es denominado como “guerra política”, o “combinación de todas las formas de lucha”. A este tipo de estrategia, según su análisis, no se le ha puesto suficiente atención, razón por la cual los grupos “narcoterroristas” se han fortalecido. En esta línea argumentativa del Ejército colombiano, la “guerra política” es comprendida como

un nuevo tipo de guerra encaminada a destruir la voluntad de combate del enemigo mediante acciones políticas, económicas, psicosociales y militares, orientadas a minar las estructuras básicas del Estado y a la toma violenta del poder, apelando a la combinación de todas las formas de lucha (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 20).

En el documento oficial de las Fuerzas Armadas, denominado “Texto Especial, Acción Integral como Concepto de Estrategia integral e integrada del ejército”, esta guerra se compone de 6 tipos de guerra: “guerra de ideas o ideológica”, “guerra de inteligencia”, “guerra psicológica”, “guerra de organizaciones”, “guerra de estratagemas” (“guerra jurídica” y “guerra informática”) y “guerra de masas”.¹² En esta línea, la “guerra política” es definida como “aquellas

12 Es importante resaltar que el concepto de “guerra política” es tomado por las Fuerzas Armadas colombianas del Colegio de Guerra Política de Fu Shing Kannng de Taiwan. La “guerra jurídica” y “guerra

acciones no declaradas, subterráneas e intangibles, que van pervirtiendo y corroyendo la institucionalidad en la vida democrática, y en los estamentos sociales, hasta llegar a ser debilitados, infiltrados y golpeados” (Fuerzas Militares de Colombia. Comando General, 2010: 13).

Por otra parte, la “guerra jurídica” ha sido incluida como parte de la “guerra política” y, a su vez, enmarcada en la “guerra de estrategias” o “guerra del engaño”.¹³ Asimismo, la “guerra jurídica” afecta al Estado en los “campos del poder”: social, político, militar y económico (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 41).¹⁴ En este marco más amplio, la “guerra jurídica” es definida como:

... el proceso de generar un marco jurídico propicio a sus fines, infiltrar el poder judicial y disciplinario y utilizar estos elementos para proteger la subversión y atacar a las Fuerzas Militares. Estas actividades no le corresponden al brazo armado de la subversión, le corresponde a los elementos que tienen fachada legal y se apoyan en terceros de buena fe que cumplen el papel de idiotas útiles (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 46).

De acuerdo con la descripción de la “guerra jurídica” contenida en los textos de las Fuerzas Armadas, esta pretende vincular a los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y la Policía Nacional) en procesos jurídicos penales y disciplinarios. Lo anterior se aseguraría mediante el uso de “testigos y situaciones falsas”, el uso de la falacia y la calumnia, la difusión de denuncias y acusaciones, como medio para poner “fuera de acción a oficiales, suboficiales y soldados que los han enfrentado valerosamente en defensa de la democracia y la soberanía” (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 46).

informática” es adicionada a los tipos de guerra política por los redactores del Texto Especial. Sobre la “guerra política” en la doctrina militar colombiana, ver Valencia Tovar (1996); Narváez Martínez (1996); Posada Samper (1997).

13 En los documentos de las Fuerzas Armadas colombianas, se define la “guerra de estrategias” como el “empleo planeado de acciones, con el único fin de que el enemigo cometa errores. Esta es la guerra maestra del ‘engaño’”. La “guerra de estrategias”, según este marco interpretativo, hace parte de la “guerra política”. A su vez, dentro de la “guerra de estrategias” ubican a la “guerra jurídica” (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 41).

14 a) En el campo social mediante “1) Utilización de los desplazados para mostrar un país en guerra ante la opinión nacional e internacional. 2) Prevalencia del neutralismo. Nadie quiere ser parte del problema. 3) Mostrar ante el mundo al Ejército contra el pueblo”. b) En el campo político mediante: 1) Solicitud de nombramiento de un comisionado de la Organización de las Naciones Unidas, para el manejo de la problemática de los desplazados. 2) Informes tendenciosos sobre la situación de Derechos Humanos en Colombia dirigidos a la Unión Europea y al Departamento de Estado de los Estados Unidos. 3) Propuestas de paz y planteamientos de condiciones para iniciar contactos con el alto Gobierno, exigiendo despejes, desmilitarización de amplias zonas geográficas y la implementación de los diálogos regionales. 4) Contactos con los llamados ‘cacacos’ y demás grupos económicos del país para que medien en un eventual diálogo de paz. 5) Propuesta de federación del Estado colombiano. 5) Solicitud de presencia de cascos azules de la Organización de las Naciones Unidas, para las zonas de distensión”. c) En el campo militar mediante: “1) Ejercer continuas críticas contra la eficacia operacional del Ejército. 2) Unas de las aplicaciones más conocidas de las estrategias” en la política nacional, son las que hacen referencia a las continuas y fallidas propuestas de diálogos de paz, la inclusión en la ley del protocolo II, la aprobación de la normatividad del Derecho Internacional Humanitario y la propuesta de humanizar y regularizar el conflicto armado. 3) la propuesta da algunos sectores políticos, económicos y universitarios de la necesidad de una radical *reforma militar*. 4) Implementar campañas sistemáticas, orientadas a desprestigiar y cuestionar las acciones de la inteligencia militar y d) En el campo económico: “Censurar el presupuesto para las Fuerzas Militares. 2) Impedir que no haya Inversión Internacional...” (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 42-45).

Como podemos observar, muchas de las acciones que adelanta el movimiento de Derechos Humanos en la denuncia de crímenes de estado y las violaciones a derechos humanos durante el conflicto armado, ha sido descrito por la doctrina militar, en lo que denominan “tácticas de la guerra jurídica”. Ver, por ejemplo, las siguientes actividades descritas como tal en “Texto Especial”:

Ampliar el concepto de no deliberante del Ejército.

Desarrollar las tres fases del proyecto “nunca más”, hasta llegar a la creación de la ‘comisión de la verdad’ en una primera etapa, para luego solicitar al Tribunal Penal Internacional Ad Hoc que ejecute el juzgamiento a militares colombianos por supuestos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad como la desaparición forzada, la tortura, la ejecución extrajudicial y el genocidio.

Prohibición del servicio militar obligatorio y su sustitución por servicio social ecológico.

Fortalecimiento, consolidación y creación de consejos, comisiones permanentes de paz y verificación.

Redefinición de la misión del Ejército, para un país en paz.

Reforma del Código Penal Militar y erradicación del fuero militar.

Tergiversación de la realidad para hacer aparecer a los agentes del Estado como violadores sistemáticos de los Derechos Humanos.

Creación de una nueva Asamblea Nacional Constituyente o Convención Nacional, que modifique la normatividad legal vigente a favor de las organizaciones narcoterroristas (Fuerzas Militares, 2002: 47).

En resumen, a este tipo de enemigo interno, referido por las Fuerzas Militares colombianas como “la guerrilla desarmada”, le es asignado un rol central en la “guerra política”, concepto explicativo de la “verdadera naturaleza” del conflicto colombiano. Así, una de las explicaciones presentadas sobre la intensificación del avance del conflicto colombiano, es que a la “guerra política”, no se le ha puesto la debida atención, pese a los avances en el campo estrictamente militar. Entonces, en función de este diagnóstico, las Fuerzas Militares consideran que, de manera “urgente”, se deben “encaminar acciones de guerra política con todos sus componentes, para neutralizar y contrarrestar el accionar delictivo de estos ‘organismos de fachada’” (Fuerzas Militares, 2002: 47). En esta interpretación de la guerra, las acciones de los defensores de derechos humanos son enmarcadas dentro de lo que llaman “guerra jurídica”.

Ahora bien, todo lo anterior ha estado acompañado de una serie de narrativas que deslegitiman la labor de los defensores, hasta crear un imaginario vinculado con la ilegalidad de su actuación y, por consiguiente, susceptible de ser perseguida por quienes revisten la “función de la preservación del orden y la legalidad” y/o por otros grupos armados que están por fuera de ella y que combaten un “enemigo común”. Veamos, por ejemplo, la siguiente cita textual que aparece en el “Texto Especial” de las Fuerzas Militares:

Entonces, es así, como estas hordas criminales (...) sustentadas en la falacia y la calumnia, fabrican pruebas, difunden denuncias y acusaciones que lógicamente generan procesos penales y disciplinarios contra militares y policías que han enfrentado con patriotismo y bizarría el embate de los violentos (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 20).

Así, desde 1997, se observa con mayor nitidez, cómo desde ciertos adjetivos utilizados para denominar la actuación de los defensores, tales como “campaña de oposición política”, “difamación”, desprestigio y deshonra”, se pasa a considerar la actuación de los defensores como parte de una “guerra jurídica”. En consecuencia, los apelativos para designarlos varían notablemente, pero siempre son profundamente estigmatizadores y descalificadores de su accionar: “subversión desarmada”, “narco-subversivos”, “narcoterroristas”, “voceros de la guerrilla”, “fachada legal de la subversión” “ofensiva diplomática de la guerrilla”, “amenaza a la seguridad nacional”, perturbadores de la paz”, “ala política del terrorismo”, “terroristas” y “enemigos del ejército”. Estos han sido, entre otros, los apelativos usados desde 1997 por parte de oficiales de Alto rango militar como Generales, Mayores Generales y Coroneles de las Fuerzas Armadas para designar la labor de los defensores de derechos humanos en Colombia.

3. La Doctrina de Acción Integral

El Teniente Coronel (R) Ruiz Mora (2007) ha establecido claramente la relación entre los postulados construidos por la Doctrina del Colegio de Guerra Política de Taiwan, con el concepto de “Acción Integral”, cuando relata cómo estos postulados cautivaron a la academia militar colombiana, que fue “asumida como cátedra en los programas de formación y capacitación de los cuadros de mando” (2007: 30). Según Ruiz Mora, encontraron similitudes entre el concepto de “guerra política” y la situación que se presentaba en Colombia, por lo cual llegaron a “acomodar los seis componentes como estrategia para la lucha contra las OAI” (Organizaciones Armadas Ilegales), y a dichos componentes se les “sustituyó la denominación de guerra por acciones” (2007: 30). Esto debido, según ellos, a la connotación que el término “guerra política” “podría generar dada su aplicación dentro de la estrategia militar” en Colombia (Ruiz Mora, 2007: 30). Es así como, a cada una de las guerras que componen la “guerra política” según el Colegio de “guerra política” de Taiwan, en las Fuerzas Armadas colombianas se le denominan acciones, que combinadas conforman la “Acción Integral”.

Como se puede ver, la “Acción Integral” surge de una concepción en donde las Fuerzas Armadas colombianas ven como un objetivo estratégico (además del desarrollo de operaciones “típicamente” militares) contrarrestar lo que denominan “guerra política”. Según el Comandante del Ejército Nacional de Colombia en 2007, General Mario Montoya Uribe:

La Acción Integral tiene su origen en la necesidad de contrarrestar conceptos derivados de la guerra política (...) en la que convergen y estructuran estrategias intangibles y enmascaradas, difusas y ocultas, tendientes a minar la voluntad de lucha del adversario: causarle el mayor daño posible, deslegitimándolo, mediante el máximo empleo de la propaganda, la desinformación, y otras acciones de orden político, socioeconómico, religioso, cultural y militar (General Montoya Uribe, 2007: 21).

Este General divide a la Acción Integral en “Acción Integral General” y “Acción Integral Coordinada”: mientras la primera integra “acciones de tipo

ideológico, psicológico, de inteligencia, de masas y organizaciones, estrategias, informática y jurídico-diplomática”; la segunda se encuentra relacionada “con la coordinación de los planes militares con los demás organismos del Estado” (General Montoya Uribe, 2007: 21).

En esta misma línea, el Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia define la Doctrina de Acción Integral como aquella que “busca dar las pautas, definiciones y principios fundamentales de la Acción Integral, lo que permitirá el desarrollo de Manuales y Directivas operacionales para su óptima aplicación” (Fuerzas Militares de Colombia. Comando General, 2010: 39). De acuerdo con el documento “Instrucciones Generales”, es posible ver cómo la DAI se encuentra estructurada por cuatro tipos de “Acción Integral”:

Acción Integral General: “tiene un énfasis militar y busca apoyar las operaciones militares, además de coadyuvar al *fortalecimiento de la legitimidad de las Fuerzas Militares*”.

Acción Integral Coordinada: “conjuga los Asuntos Civiles, la Cooperación Civil-Militar, los asuntos de gobierno, los Profesionales Oficiales de Reserva (POR) y los asuntos indígenas (...) es el punto de encuentro entre lo militar y lo civil”.

Acción Integral Resolutiva: “realiza la coordinación permanente y simultánea de las acciones políticas, económicas, sociales y militares en áreas sensibles donde históricamente la presencia del Estado ha sido precaria o nunca ha estado presente por diferentes causas como: la violencia, la pobreza, etc.”.

Estrategia de Acción Integral Internacional: mediante la cual “el Estado colombiano mostrará en escenarios externos los avances y el papel fundamental que cumple la Acción Integral en la construcción de la Paz y desarrollo nacional” a la vez que “fomentará e incrementará el fortalecimiento de la legitimidad institucional, desvirtuando así la campaña de desinformación en los ámbitos político, diplomático y jurídico, adelantada por los grupos ilegales, especialmente los de las FARC y del ELN en el exterior” (Fuerzas Militares de Colombia. Comando General, 2010: 15 y 29). (Todos los destacados me pertenecen).

Cabe resaltar que, de acuerdo con el documento “Instrucciones Generales” del año 2011, en la “Doctrina de Acción Integral” se establece la equivalencia entre el “fortalecimiento de la legitimidad institucional” con “el objetivo de neutralizar la guerra política” (Fuerzas Militares de Colombia. Comando General, 2010: 11). De esta manera, el concepto de “Acción Integral” como actividades militares en contra de “la guerrilla desarmada” queda veladamente incorporado en dicho documento oficial.

4. Los defensores de derechos humanos en la Doctrina de Acción Integral

Como ya hemos visto en el primer capítulo, hasta la década de los noventa, a lo largo del conflicto armado en Colombia los defensores de derechos humanos han sido presentados como parte del “enemigo interno”. En particular, debido a que su actuación era considerada por parte de funcionarios y miembros de las Fuerzas Armadas, como una actividad al “servicio de la subversión”, tal y como sucedía

con la actividad de las organizaciones sindicales, estudiantiles, campesinas y como la de muchos otros sectores sociales de la población que fueron considerados de esta manera. Sin embargo, a partir de la segunda mitad de la década de los noventa y en el marco de la estructuración de la DAI, dicha caracterización hacia los defensores de derechos humanos fue configurando nuevas y distintas formas de interpretación sobre su rol en el marco del conflicto armado. Como se vio anteriormente, esto situó su actuación en el marco de una estrategia de guerra la cual fue denominada por las Fuerzas Armadas como: “guerra jurídica”.

En ese sentido, a partir de 1997, en la doctrina militar circularon discursos, mediante los cuales se intentó describir y analizar las características de la llamada “guerra jurídica”. Para ello, algunas de las actividades que desarrollan los defensores de derechos humanos fueron puestas explícitamente como parte de dicha “estrategia”. Esto fue así, fundamentalmente, sobre aquellas prácticas que se encontraban directamente relacionadas con algunos temas que generaron resistencia a las Fuerzas Militares. Otro aspecto importante que debe tenerse en cuenta es que dichas narrativas aparecen y tienen su mayor auge en los momentos en que se han discutido aspectos relacionados con el funcionamiento y actuación de las Fuerzas Armadas y que se encuentran asociadas entre otras, a dos de las demandas que el movimiento de derechos humanos ha venido adelantando: 1) *la justicia*; 2) *la verdad*.

4.1. La justicia

Sobre el primer tópico, las narrativas estuvieron ancladas al disenso que las Fuerzas Armadas ejercieron respecto a investigaciones en su contra por violaciones a los derechos humanos realizadas por personal y autoridades militares en el marco del conflicto armado. Es de tener en cuenta que, a pesar de los altos grados de impunidad reconocidos en Colombia, el sistema judicial, gracias al impulso del movimiento de derechos humanos y víctimas de crímenes de Estado, ha logrado establecer la responsabilidad penal de varios miembros de la Fuerza Pública y organismos de seguridad del Estado comprometidos en casos de desaparición forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales y masacres entre otras modalidades de agresión.¹⁵ Ello ha significado que, por un lado, por parte de las Fuerzas Armadas se haya ejercido una férrea defensa al fuero militar, como mecanismo para impedir ser investigados y juzgados por la justicia ordinaria; y, por otro, una abierta oposición a los procesos judiciales en su contra.

15 Por ejemplo: en 2010, fueron condenados un capitán retirado del ejército y 4 militares más, por el asesinato de ocho personas, entre ellas tres niños de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en una masacre que realizó el Bloque Héroes de Tolová de las AUC durante un patrullaje conjunto con tropas del Ejército”. Ver <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/75-das-gate/4060-revoca-parcialmente-sentencia-por-la-masacre-de-san-jose-de-apartado>. En el año 2011, fue condenado a prisión el General Uscategui por su responsabilidad en la masacre ocurrida en Mapiripán departamento del Meta en 2005. Ver <http://www.verdadabierta.com/masacres-seccion/5356-mapiripan-telon-de-fondo-de-la-condena-contra-el-ex-general-uscategui>; asimismo en 2010 y 2011, fueron condenados el General Jesús Armando Arias Cabrales y el Coronel Luis Alfonso Plazas Vega por desaparición forzada en hechos ocurridos en el Palacio de Justicia, ver: <http://www.semana.com/nacion/articulo/palacio-justicia-condenan-general-arias-cabrales-35-anos-carcel/239085-3>. Las sentencias tienen una larga lucha dada desde las organizaciones de derechos humanos y las víctimas y familiares afectados.

El debate sobre el fuero militar¹⁶ aparece como uno de los detonantes que conllevó en 1997 a la exacerbación de la confrontación de las Fuerzas Armadas en contra de los defensores de derechos humanos, a la vez que sirvió como uno de los fundamentos para configurar su caracterización de la actuación de ese activismo como “guerra jurídica”. Así, en la *Revista de las Fuerzas Armadas* se observan varias intervenciones de militares durante 1997. Por ejemplo, el General Harold Bedoya Pizarro, quien fungía para 1997 como ministro de Defensa (e), señaló lo siguiente:

Es así como los narcoterroristas colombianos han podido convertirse de acusados en acusadores, logrando en el pasado evadir la Justicia Penal Militar que les era aplicada con rigor: y en el presente, pretenden acabar el fuero militar y tomar la bandera de los derechos Humanos para poner en la picota pública a los uniformados que han defendido al Estado y la sociedad con valor. Engaño que la opinión pública ya ha captado, pero que en el ambiente internacional ha surtido efectos en los países europeos y en los Estados Unidos, donde los corifeos de siempre no cesan en pedir sanciones para nuestro país (Bedoya Pizarro, 1997: 14).

Es de tener en cuenta que, desde la década de los setenta, la jurisdicción penal militar ha sido uno de los aspectos denunciados por el movimiento de derechos humanos en la lucha contra la impunidad. Esto se debe a que la Justicia Penal Militar ha sido considerada como un mecanismo para sellar la impunidad en torno a las violaciones de los derechos humanos. Por lo tanto, los defensores han denunciado el uso de tribunales militares para el juzgamiento de civiles y su utilización para el juzgamiento de los miembros de las fuerzas Armadas y de policía, por graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, han exigido que el juzgamiento de civiles y militares que cometen violaciones de los derechos humanos sea de conocimiento de la justicia ordinaria, en donde se garantice un juicio imparcial e independiente.¹⁷

Al respecto, en 1997, la Corte constitucional, mediante sentencia C-358 del 5 de agosto, se pronunció sobre la jurisdicción de los tribunales militares y delimitó el uso estrictamente del fuero a los delitos relacionados con el servicio militar, con lo cual excluyó los casos de violaciones de los derechos humanos de su competencia. Sin embargo, desde el año 2011, varias iniciativas legislativas fueron presentadas al Congreso de la República, con el fin de ampliar el fuero militar y evitar que la justicia ordinaria investigue y sancione a los militares por los delitos cometidos. Dichas iniciativas legislativas fueron cuestionadas por defensores de derechos humanos al considerarlas inconstitucionales¹⁸ y generaron un amplio debate desde

16 La defensa del fuero penal militar tiene su sustento, por un lado, en generar lo que ellos denominan “seguridad jurídica” para el desarrollo de sus actuaciones. En otras palabras, se trata de evitar que la justicia ordinaria sea la encargada de investigar los delitos cometidos fuera del servicio militar, es decir, aquellas conductas que no corresponden con la misión legal y constitucional para la que han sido instituidas las Fuerzas Armadas.

17 Ver, por ejemplo, un análisis de las organizaciones de derechos humanos respecto a la Justicia Penal Militar y los efectos en la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos (Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos, 2012b).

18 Al respecto, ver la demanda de inconstitucionalidad contra el acto legislativo, del 2 de 2012, presentada

el movimiento de derechos humanos por considerarlas un retroceso en la lucha contra la impunidad.

Tal situación nuevamente acarreó señalamientos de altos oficiales militares a las organizaciones de derechos humanos. Por ejemplo, el Brigadier General (RA), miembro del consejo de la editorial de la *Revista de las Fuerzas Armadas*, señaló:

En los últimos años, la subversión se ha hecho sentir con una ofensiva jurídica contra el Ejército. Esa ofensiva busca no solamente enjuiciar a militares sino anular la jurisdicción y competencia de la Justicia Penal Militar, sesgar los procedimientos de la administración de justicia para que siempre sean adversos a los militares procesados (Clavijo Ardila, 2011: 47).

El sentido del fuero militar tiene como fundamento el disentimiento respecto a las investigaciones en curso y aquellas que pueden iniciarse en el futuro para el esclarecimiento y juzgamiento de las violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad en Colombia. En consecuencia con lo anterior, surge la descalificación de las denuncias y los medios de prueba que los defensores de derechos humanos aportan en los procesos judiciales. Estos son repudiados como “sesgados”, “falsos” y “mentirosos” y como parte de montajes judiciales en donde se “compran los testigos” y/o se ejerce coacción a estos.

Durante los debates en 1997, el analista militar Miguel Posada Samper manifestó en la *Revista de las Fuerzas Armadas*, respecto a las denuncias de las organizaciones de derechos humanos, lo siguiente:

Una serie de ONG de Derechos Humanos, que además tiene relaciones estrechas con ONG de Derechos Humanos internacionales, se ocupa de proveer denunciantes y testigos falsos y dar publicidad a los casos (...). Disfrazada de defensa de los Derechos Humanos, se trata de una campaña para satanizar a las Fuerzas Militares colombianas a fin de lograr ventajas para la subversión en la guerra y en una posible negociación de paz. La subversión es experta en ‘fabricar’ casos, echando mano a testigos falsos. (...) Al fin y al cabo, no se trata de castigar a un culpable, sino de hostigar a miembros de la Fuerza Pública que hayan sido efectivos en la lucha contra la subversión (Posada Samper, 1997: 29 y 30).

Entonces, una de las principales justificaciones para la implementación de la Doctrina de Acción Integral se encuentra relacionada con la justicia y la lucha librada por el movimiento de derechos humanos para esclarecer los delitos cometidos por personal militar y de seguridad. Incluso, en muchas revistas militares se ha hecho referencia a los juicios en curso contra los responsables de las dictaduras en el Cono Sur como un antecedente de esta estrategia seguida por los activistas de derechos humanos para impugnar el rol jugado por las FF. AA. Estos han sido un punto de referencia, es decir, han sido presentados como parte de la “guerra jurídica” que, según ellos, avanza en América Latina en desmedro del prestigio de sus instituciones militares y como modo de avalar el accionar “terrorista”.

a la Corte Constitucional Colombiana por varios defensores de derechos humanos. http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_fuero_militar_2013-03-20.pdf.

Al respecto, la Escuela de Relaciones Civiles y Militares (ESREM)¹⁹ promociona mediante un video un curso virtual denominado “Acción integral de todas las formas de lucha”.²⁰ Se trata de un curso dirigido a Profesionales Oficiales de la Reserva sobre Guerra Política, en el que, en relación con los defensores de derechos humanos, expresan lo siguiente:

Hay un fenómeno que se presenta en casi todos los países del Cono Sur, los ejércitos han ganado la guerra contra la subversión, y poco después los subversivos están en el poder, y los militares que los combatieron están en las cárceles (...). Colombia no es la excepción, hoy los terroristas aún no están en el poder y ya tienen a muchos militares y a la mitad del congreso en procesos judiciales y en la cárcel.²¹

En este sentido, pareciera que la preocupación de los miembros de las Fuerzas Armadas por los procesos jurídicos en su contra ha sido vista incluso en una posible etapa del país en post conflicto. Así pues, el exgeneral de la República Álvaro Valencia Tovar ha considerado que “el posconflicto traerá consigo una oleada de acusaciones por hechos pasados, en su mayoría falsos o desfigurados como viene ocurriendo durante la fase actual del conflicto”, al mismo tiempo que alertó sobre la actuación de las organizaciones de derechos humanos con la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional (Valencia Tovar, 2006: 38 y 39).²² Ello permite comprender la alusión a los puntos d) y e) de las actividades enunciadas en el “Texto Especial” y consideradas como “tácticas de guerra jurídica”. Estas giran en torno a un escenario de diálogo y solución política y negociada del conflicto armado colombiano y, por consiguiente, a un escenario posible de posconflicto (Fuerzas Militares, 2002: 47).²³

4.2. La verdad

Como se pudo observar en el primer capítulo, la búsqueda de la verdad sobre lo ocurrido ha sido una de las demandas del movimiento de derechos humanos desde su surgimiento. La pretendida insistencia en negar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos, la justificación de crímenes contra la población

19 En 1991, se crea la Escuela de Relaciones Cívico Militares (ESREM), donde desde sus inicios ofrecen cursos a oficiales, suboficiales, soldados y civiles nacionales y extranjeros en “operaciones psicológicas”, formación para profesional oficial de reserva (POR) y “guerra asimétrica”, entre otros. Ver en <http://esrem-opsic.blogspot.com.ar/>.

20 Ver http://aula.opsic.net/flowplayer/curso_virtual.php.

21 Transcripción realizada de un aparte del video “Curso virtual todas las formas de lucha”, promocionado por la ESREM.

22 Colombia depositó el 5 de agosto de 2002, ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, el Instrumento de ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y este entró en vigor el primero de noviembre de 2002. Sin embargo, con base en el artículo 124 del Estatuto, no aceptó la jurisdicción de la Corte respecto a los crímenes contemplados en el artículo 8 de dicho Estatuto, con lo que excluyó, de esta manera, la competencia de la Corte Penal Internacional, en el conocimiento de crímenes de guerra hasta el año 2009.

23 Estas actividades relacionadas con los escenarios de paz, descriptas literalmente como “tácticas de la guerra jurídica”, son las siguientes: “d) Fortalecimiento, consolidación y creación de consejos, comisiones permanentes de paz y verificación; e) Redefinición de la misión del Ejército, para un país en paz” (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 47).

civil sobre la base de argumentar “muertes en combate”, la connivencia con los grupos paramilitares, así como el ocultamiento de la responsabilidad del Estado, ha sido rebatida por los defensores. Para ello, han desarrollado una serie de acciones y estrategias jurídico-políticas tendientes a revelar y denunciar lo ocurrido, en sintonía con la búsqueda de la justicia. De ahí la alusión por parte de las Fuerzas Armadas al “Colombia Nunca Más”,²⁴ señalándolo como “táctica de guerra jurídica”. Como se vio en el primer capítulo, el Proyecto Nunca Más está encaminado a recuperar la verdad y salvaguardar la memoria, desde el testimonio de las víctimas, familiares y organizaciones sociales.²⁵ Por ello, tal iniciativa es señalada y estigmatizada por las Fuerzas Armadas.

Asimismo, en la doctrina militar son descalificadas las denuncias públicas, documentos e informes producidos por las organizaciones de derechos humanos, sobre todo, las que han tenido repercusiones en el ámbito internacional. Encontramos, por ejemplo, al Brigadier General (RA) Adolfo Clavijo Ardila,²⁶ quien, en un artículo de junio de 2011 en la *Revista de las Fuerzas Armadas*, consideró que se trata de “argucias políticas, diplomáticas y jurídicas”, cuyas armas de ataque son la “propaganda negra”, la calumnia y la injuria, para desprestigiar a la Fuerza Pública, favorecer a la “subversión” y lograr la condena del Estado en instancias internacionales (Clavijo Ardila, 2011: 47).²⁷

Una tercera meta es la de buscar, cuando hay sentencias condenatorias, indemnizaciones del Estado, sistema que en medio del conflicto se ha vuelto un negocio altamente lucrativo para algunas ONG y algunos colectivos de abogados. De ahí surgen las presiones para que todos los fallos contra personal militar sean condenatorios. Estas situaciones las han facilitado los fallos de la Corte interamericana de Derechos Humanos que siempre van en contra del Estado. (...) Esto se debe a que la subversión desprestigia constantemente al Ejército mediante la difusión de informes periódicos llenos de inexactitudes y la publicación de libros con contenidos que en nada corresponden a la verdad de lo que ocurre (Clavijo Ardila, 2011: 48 y 49).

Varias manifestaciones al respecto han tenido lugar en situaciones en las cuales los defensores de derechos humanos han hecho evidentes las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos en contra de la población civil. En su mayoría, tales informes se han presentado como una forma de defensa a los grupos “subversivos” colombianos, fundamentalmente en aquellos casos en los cuales se ha denunciado el asesinato de civiles mostrados por el Ejército como muertes en combate.²⁸ A modo de ejemplo, tras varias denuncias sobre ejecuciones

24 Aparece relacionado en el punto b) sobre “tácticas de la Guerra Jurídica”.

25 Al finalizar el año 2000, el Proyecto Nunca Más hizo públicos sus primeros informes, contenidos en dos volúmenes, en donde da cuenta de los crímenes de lesa humanidad ocurridos en las zonas 7a, que cubre los departamentos de Meta y Guaviare, y 14a, correspondiente al Magdalena Medio y parte del Nordeste Antioqueño.

26 El brigadier era, en 2011, miembro del Consejo Editorial de la *Revista de las Fuerzas Armadas* y director de Carreras Complementarias de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdoba”.

27 Al respecto, ver también Villamarín Pulido (1997).

28 Por ejemplo, en 1999, la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos publicó un informe en el que dio cuenta de 553 casos de ejecuciones extrajudiciales ocurridas desde el 1º de enero de 2001 hasta el

extrajudiciales en Colombia, el Mayor General (R) José Roberto Ibáñez Sánchez, Director de la Biblioteca Central de las Fuerzas Militares, manifestó en la *Revista de las Fuerzas Militares* lo siguiente:

Entonces, la débil voluntad del Estado por hacer respetar sus reglas, se ve enfrentada a la fuerte voluntad de quienes pretenden derribarlo, cediéndoles la iniciativa y la publicidad nacional e internacional. Así, en Colombia se han multiplicado los casos en los cuales se han tergiversado los hechos delictivos de la guerrilla acomodándolos a condiciones de conveniencia social y política que permitan de alguna forma impugnar la autoridad del Estado a través de los mandos militares, como el presentar guerrilleros abatidos en combate, como pobres labriegos, víctima del abuso militar (Ibáñez Sánchez, 2007: 67).

5. Acciones previstas contra los defensores de derechos humanos y su labor

Hasta ahora, hemos visto como el papel cumplido por los defensores de derechos humanos fue presentado por las Fuerzas Militares como parte de la “guerra política” de la “subversión” colombiana, gestando un discurso legitimador de la acción militar contra los defensores de derechos humanos en Colombia. Esta acción militar en el marco de lo que ellos llaman “guerra jurídica” ha sido estructurada al interior de la Doctrina de Acción Integral, lo cual acarreó una serie de implicaciones para los defensores de derechos humanos.

En primer lugar, podemos analizar cómo el mismo proceso de interpretación del rol de los defensores como perteneciente a una “guerra jurídica” lleva ya implícito una propuesta de acción. Es así como, en la lógica de las Fuerzas Militares, si las actividades de los defensores de derechos humanos se encuentran relacionadas con la “subversión” colombiana, entonces debe dárseles trato de “guerra” y de allí que sean una cuestión de competencia preferencial de las Fuerzas Armadas.

De acuerdo con esto, este trato de “guerra” debe imperar sobre cualquier alternativa ofrecida desde los poderes constitucionales del Estado, esto es, sobre el ejecutivo, el legislativo y el judicial. En el proceso de elaboración de la DAI, las Fuerzas Armadas diagnosticaron que impera en Colombia un marco jurídico que no opera para enfrentar la “amenaza” o que este ha sido “infiltrado”; que existe una democracia “demasiado débil” para afrontar la guerra política; unos partidos políticos que no se percatan de la dimensión de la guerra y un ejecutivo que (hasta la elección de Álvaro Uribe) había dejado a los militares solos en la tarea de enfrentar al “enemigo”. De ese diagnóstico, surgieron propuestas de reforma en todos los órdenes para ponerse a tono con la “verdadera naturaleza” del conflicto colombiano y la justificación para actuar militarmente en contra de tal amenaza. Véamos lo anterior en palabras del General Valencia Tovar (R):

El Estado democrático exhibe una inquietante vulnerabilidad ante la confrontación política (...) los partidos políticos se pierden en sus preocupaciones inmediatas (...). Los medios

30 de junio de 2008, cometidos por brigadas del Ejército en varias regiones del país, cuyas muertes fueron informadas como muertes en combate. El informe fue ampliamente estigmatizado por el presidente de la República y altos mandos militares.

de comunicación por lo general resultan comprometidos en el mismo juego y terminan prestando a la insurgencia política servicios inestimables. Banderas de derechos humanos, restricciones presupuestales, descrédito de las instituciones armadas, empleo de instancias fiscalizadoras desentendidas de la realidad del conflicto, conspiran contra la fortaleza y la moral de las Fuerzas Armadas (Valencia Tovar; 1996, 9).

Por otro lado, plantean la “Acción Jurídica”, que se encuentra definida en el “Texto Especial” como “la creación y fortalecimiento de un marco jurídico que proteja las acciones adelantadas por la Fuerza Pública y combata con eficiencia las organizaciones narcoterroristas”, al mismo tiempo que este marco jurídico adelante “investigaciones exhaustivas y objetivas respecto a las organizaciones de fachada de la subversión” (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 104). Por lo tanto, proponen, entre otras tareas, “denunciar penalmente los acusadores y sus acusaciones tendenciosas contra la institución” (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 104 y 105).²⁹

Por otra parte, en el texto “Instrucciones Generales”, se pueden observar una serie de acciones en el marco de la “Acción Integral General” que, como vimos, es donde se concentran las actividades en contra de la “guerra política” y “jurídica”. En “Operaciones Psicológicas”, se instruye a “informar en forma sistemática a la opinión pública nacional e internacional, en consonancia con el logro de los objetivos establecidos” (2010: 19). En “Guerra Electrónica”:

... neutralizar, retrasar, modificar e interrumpir la información del enemigo a través del uso de redes digitales (...) obtener y neutralizar información del enemigo. Producir y transmitir mensajes e información tendiente a fortalecer la institución y lograr los objetivos mismos (Fuerzas Militares de Colombia, 2010: 19).

En el mismo texto, aparece en “engaño militar” o “acción de estratagemas” “neutralizar, interrumpir o retrasar el proceso decisional del enemigo a través del manejo estratégico de la información” (2010: 19). Podemos ver, además, cómo en el marco de la “acción integral internacional” se prevé que esta debe ir dirigida a desvirtuar “la campaña de desinformación en los ámbitos político, diplomático y jurídico adelantada por los grupos armados ilegales, especialmente por las FARC y el ELN en el exterior”(2010: 29).

Adicionalmente, en una publicación titulada “La Guerra Subversiva nociones básicas: Propuestas para defender el País contra esa Amenaza”, pueden verse otras

29 En el mismo texto, se estipulan operaciones previstas en la “Acción de Estratagemas” y en la “Acción Informática”, con las cuales relacionan a los defensores de derechos humanos. En cuanto a la “Acción de Estratagemas”, se encuentran dentro de las “Líneas de Acción”, entre otras acciones, “emplear las mismas estratagemas del enemigo usadas en la ciberguerra y la guerra jurídica”(2002: 103). Por su parte, en cuanto a la “Acción Informática” se establece, entre otras, “crear hojas web”, cuyo principal objetivo sea sensibilizar a la opinión pública nacional e internacional, mediante la utilización de herramientas tecnológicas” y “diseñar con la colaboración de organizaciones democráticas, ‘hojas web’, que contrarresten y neutralicen los ‘pasquines web’ y cualquier forma de propaganda que se difunda mediante el internet por parte de las organizaciones narcoterroristas” (Fuerzas Militares, Ejército Nacional, 2002: 105 y 106).

propuestas de “Acción” encaminadas a librar la lucha contra la “guerra política”.³⁰ Este texto ha sido puesto como uno de los manuales de formación del “Curso Virtual de Acción Integral Todas las Formas de Lucha”, impartido desde aproximadamente el año 2006 al cuerpo de Oficiales Profesionales de la Reserva. En él, se expone la necesidad de crear un cuerpo de policía política secreta y la necesidad de “una cultura democrática de la contrainformación y de la lucha antisubversiva”. Para ello, preveen, entre otras medidas, la “centralización de las informaciones en un solo soporte informático sobre los actores terroristas, las actividades subversivas, el accionar de los comandos terroristas y las decisiones judiciales” y “hacer una utilización metódica de los medios masivos para difundir la verdad y la contrainformación” (sin autor, 2007: 23).

Adicionalmente, se exponen algunos otros elementos de la “lucha contra-subversiva” contra la “guerra política”, como las “operaciones verdad”, la “ridiculización del enemigo”, la “contra-información” o “contra-desinformación”, la “movilización popular”, la “acción de los observatorios de los medios”, los “*think tanks* y los *brain trusts*” y el papel de las fundaciones filantrópicas.³¹

Es así como, de acuerdo con la DAI, se configura toda una serie de “acciones” articuladas militarmente en contra de los defensores de derechos humanos, que orientan al conjunto de las Fuerzas Armadas a darles un trato militar, pero que también buscan articular o alinear lo que llamaron el “triángulo del poder nacional” de Clawsewitz (ejército-gobierno-pueblo) a actuar en contra de los defensores de derechos humanos. Es así como la DAI, construida de acuerdo con las lógicas militares, termina legitimando un trato militar en contra de los defensores de derechos humanos. Sin embargo, en tanto es un discurso que va más allá de los cuarteles y se dirige hacia el conjunto de la sociedad, el gobierno y las instituciones que conforman el Estado, también orienta a que se realicen todo tipo de acciones en contra de los defensores.

6. Los defensores como “enemigo” en otras instancias del Estado, aplicación de la Doctrina de Acción Integral

A partir del año 2002, los calificativos y señalamientos contra los defensores de derechos humanos se hicieron más públicos y permanentes. Ya no solo circularon entre los documentos que conforman la Doctrina Militar, sino que se vieron reflejados en altos funcionarios del Poder Ejecutivo, Ministerio Público

30 El texto puede consultarse en: <http://www.opsic.net/documentos/01PDFLAGUERRASUBVERSIVA.pdf>.

31 En el documento denominado “La Guerra subversiva, nociones básicas para defender al país de esta amenaza”, del año 2007, las operaciones verdad o “campañas de explicación” están encaminadas a “ayudar” a la opinión pública para que esta salga de la “confusión creada por las falsas noticias o por los actos difamatorios difundidos por los agentes subversivos” (sin autor, 2007: 24). Sobre la “contra desinformación” dice que esta es una “técnica que consiste en utilizar información verídica e incuestionable para anular el influjo de las campañas” (2007: 24) de agitación y propaganda de la “subversión marxista”. La Movilización Popular y los llamados al pueblo, es otra “técnica” que aconsejan y la cual consiste en “convocar” a la población “para que contemple los efectos de un acto violento particular de la subversión” (2007: 25), como convocar “la estructuración de manifestaciones masivas de repudio” (2007: 25).

y organismos de inteligencia del Estado, como el Departamento Administrativo de Seguridad (en adelante, DAS).³²

En ese contexto, encontramos, paradójicamente, al máximo representante del Ministerio Público, el Procurador General de la Nación Alejandro Ordoñez,³³ quien ha hecho uso de la narrativa de las Fuerzas Armadas respecto de la “inseguridad jurídica” y ha planteado que en Colombia existe una “una guerra jurídica y política manifiesta contra las Fuerzas Militares”. Como prueba de ello, el Procurador Ordoñez toma las sentencias emitidas durante los años 2010 y 2011, en las cuales se condenó a militares que han ocupado un alto rango en las Fuerzas Armadas y que fueron declarados por la Justicia Ordinaria como responsables de desaparición forzada de personas, para realizar pronunciamientos públicos que señalen las decisiones proferidas por el poder judicial como parte de la guerra jurídica.³⁴

De la misma manera, el discurso de “guerra jurídica” fue enaltecido por el presidente de la República Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), quien además por disposición constitucional es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Militares de Colombia. Mediante distintos discursos presidenciales y declaraciones a medios de comunicaciones nacionales e internacionales, se observa cómo, gran parte del sentido de los apelativos utilizados en la doctrina militar se reproducen en los discursos presidenciales, muchos de ellos pronunciados en ceremonias militares.³⁵ Por ejemplo, el 8 de septiembre de 2003, durante la posesión del General Edgar Alfonso Lezmes, como nuevo Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC), el presidente de la República dedicó la mayor parte de su discurso presidencial en contra de quienes defienden los derechos humanos en Colombia. Para ello, utilizó una serie de apelativos, tales como “politiqueros al servicio del terrorismo” o “traficantes de derechos humanos”, y calificó las denuncias de las organizaciones como engaños producidos a la comunidad internacional, entre otras frases descalificadoras y estigmatizantes en contra de los defensores.

32 “El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) es el organismo de inteligencia más importante del Estado colombiano. Este organismo depende directamente de la Presidencia de la República. Fue creado en 1960 como entidad especializada en los asuntos referentes a la seguridad interior y exterior de la Nación y al régimen Constitucional. Como máximo servicio de inteligencia estatal, el DAS se instaura con el objetivo principal de producir la inteligencia que requiere el Estado, como instrumento de Gobierno para la toma de decisiones y la formulación de políticas relacionadas con la seguridad del Estado” (Federación Internacional de Derechos Humanos, FIDH, 2010: 5).

33 El artículo 118 de la Constitución Política dice lo siguiente: “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

34 Ver las declaraciones del Procurador General de la Nación, en marzo del año 2012, frente a más de mil quinientos integrantes de la Reserva Activa de las Fuerzas Armadas: <https://www.youtube.com/watch?v=BaX7JmLCwKw>. También se puede consultar en: <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/146365-existe-una-guerra-juridica-y-politica-en-contra-de-las-ffmm-alejandro-ord>. y <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/%E2%80%9Cexiste-una-guerra-juridica-y-politica-en-contra-de-las-fuerza-militares%E2%80%9D-procura>.

35 Algunos de los discursos presidenciales son de fechas 11 de septiembre de 2003, 16 de junio de 2004, 20 de marzo de 2005, 17 de octubre de 2007 y 09 de febrero de 2009, entre otros, pueden consultarse en: <http://historico.presidencia.gov.co/discursos/>.

Cada vez que en Colombia aparece una política de seguridad para derrotar el terrorismo, cuando los terroristas empiezan a sentirse débiles, inmediatamente envían a sus voceros a que hablen de derechos humanos (...). Sacan libros en Europa sobre rumores y calumnias. Ellos saben que su única arma es la calumnia que hipócritamente se esconde detrás de los derechos humanos. (...) politiqueros al servicio del terrorismo, que cobardemente se agitan en la bandera de los derechos humanos, para tratar de devolverle en Colombia al terrorismo el espacio que la Fuerza Pública y que la ciudadanía le ha quitado. (...) Y tienen los recursos para publicar libros y mancillar la honra de nuestros generales y de los colombianos que batallamos contra el terrorismo y no tienen vergüenza ni pudor y engañan a la opinión internacional con libros sin fuentes serias. (...)

General Lesmez: asume usted el Comando de la Fuerza Aérea para derrotar el terrorismo. ¡Que los traficantes de los Derechos Humanos no lo detengan, no lo equivoquen, que toda la Fuerza Aérea Colombiana le preste a esta gran Nación el servicio de ayudar a que nos liberemos de una vez por todas de esa pesadilla!" (...) General Lesmez, proceda (Uribe Vélez, 2003). (El destacado nos pertenece).

Las anteriores declaraciones y otras enunciadas por la época generaron altísima preocupación en el movimiento de derechos humanos, y se emprendieron distintas acciones con las cuales denunciaron públicamente y rechazaron las acusaciones, a la vez que convocaron la solidaridad internacional para exigir del Estado protección y respeto al ejercicio de defender los derechos humanos en el país. Es importante señalar que no solamente fue descalificada la actuación de las organizaciones defensoras de derechos humanos con asiento en Colombia; también Amnistía Internacional, Human Rights Watch y la Unión Europea fueron mencionados en los discursos presidenciales de Álvaro Uribe Vélez.

Para el defensor de derechos humanos Gustavo Gallón,³⁶ las declaraciones del Presidente de la República revestían especial preocupación pues instruían a las Fuerzas Armadas, las invitaba a proceder en contra de los defensores:

Las organizaciones de derechos humanos están abiertas a la discusión, es posible que exista como en todos los campos controversia al respecto, pero la controversia debe darse en relación con los argumentos, con los planteamientos y no a través de la descalificación, mediante el insulto y el calificativo y mucho menos ante las víctimas, haciendo creer que nosotros somos lo que no somos, y *mucho menos ante las tropas exaltándolas a que procedan a actuar contra los organismos de derechos humanos y contra las organizaciones de la sociedad civil*³⁷ (el destacado nos pertenece).

Algunos de los discursos presidenciales se encuentran relacionados con procesos penales, en los cuales la Justicia ordinaria ha encontrado la responsabilidad penal y por ende condenado a altos mandos militares por graves violaciones a los derechos humanos. El día 9 de junio de 2010, fue dictada la sentencia

36 Gustavo Gallón es abogado defensor de derechos humanos, director de la Comisión Colombiana de Juristas, organización no gubernamental de derechos humanos. En 2013, fue elegido como Relator Especial de Naciones Unidas para Haití.

37 Para mayor información respecto de los señalamientos del presidente de la República y sobre las reacciones de los defensores, puede verse el video editado por el Programa Contravía, en su emisión del 14 de septiembre 2003: <https://www.youtube.com/watch?v=45EEO1CGk8o>, consultado en junio de 2014.

dentro del caso de los desaparecidos del Palacio de Justicia,³⁸ en la que resultó condenado el Coronel Plazas Vega.³⁹ Dicha sentencia proferida por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializado de Bogotá, suscitó desfavorables reacciones por parte de la cúpula militar y del presidente de la República, quien, en una clara injerencia a las decisiones del poder judicial, manifestó ante la sentencia que “los derechos humanos no se pueden invocar para cometer abusos contra la Fuerza Pública”.⁴⁰ Estos y otros señalamientos producidos por militares y funcionarios desencadenaron amenazas en contra de la jueza que emitió el fallo condenatorio, la Dra. María Stella Jara, quien debió exiliarse en 2010, con su hijo de 10 años. La fiscal que adelantó la investigación, Ángela María Buitrago, fue retirada de su cargo, y los abogados y organizaciones de derechos humanos representantes de las víctimas del Palacio de Justicia fueron señalados, vigilados y amenazados.⁴¹

Por otro lado, la convergencia de los estamentos del Estado, para denominar la actuación de los defensores de derechos humanos como “guerra jurídica”, se vio reflejada también con ocasión a los juicios iniciados contra varios funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en el año 2010.⁴² Bajo los argumentos de “guerra jurídica y política”, por parte del DAS, se adelantaba desde el año 2003, una serie de actividades ilegales de inteligencia en contra de defensores de derechos humanos, incluidos periodistas y sindicalistas, miembros del poder judicial, partidos de oposición y organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos.⁴³ Dichas actividades ilegales consistieron, entre otras, en interceptaciones de teléfonos y correos electrónicos, seguimientos, establecimientos de oficinas y/o departamentos para vigilancia, amenazas, robos para sustraer computadores y otros elementos informáticos, y gran parte de esta información fue

38 Para mayor información sobre el caso, ver el Informe CIDH (2011b).

39 Ver Sentencia contra el Coronel Luis Alfonso Plazas Vega, RUN: 11001320700320080002500. Delito desaparición forzada. Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, 9 de junio de 2010: http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/239_fallo%20%20insta%20%20Plazas%20Vega.pdf.

40 Ver Declaración del Presidente Álvaro Uribe Vélez. En: *El Espectador*, 10 de junio de 2010. “Uribe pondrá blindar a Fuerza Pública de acciones jurídicas”. En: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/uribe-propondra-blindar-fuerza-publica-de-acciones-juri-articulo-207741>.

41 Por ejemplo, en junio de 2010, dos de los abogados que representan a familiares víctimas del Palacio de Justicia, Jorge Molano y Germán Romero, fueron advertidos por el Gobierno, que la cúpula del Ejército consideraba la condena a Plazas Vega, como “un problema de honor” al que hay que dar “respuesta”. Ver <http://colectivosurcacarica.files.wordpress.com/2011/03/aaau-jorge-molanosenmarzo-2011.pdf>.

42 “En 2005 el exjefe de informática del DAS, Rafael García, fue detenido por haberse comprobado que había utilizado su cargo para favorecer a grupos paramilitares y a narcotraficantes. Fue entonces cuando García decidió colaborar con la justicia y realizó varias denuncias, convirtiéndose en testigo clave. García denunció, entre otras cosas, que Jorge Noguera Cotes, director del DAS durante el primer mandato de Álvaro Uribe (concretamente desde agosto de 2002 hasta el 26 de octubre de 2005) habría utilizado su posición para poner el organismo de seguridad al servicio del grupo paramilitar liderado por alias Jorge 40. García también aseguró que Noguera habría facilitado la participación de este grupo en el asesinato selectivo de sindicalistas y otros activistas del país, proporcionándoles sus datos para su persecución” (FIDH, 2010: 8).

43 De acuerdo con la oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “un Relator Especial de las Naciones Unidas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos fueron también objeto de vigilancia” (Naciones Unidas, 2010: 14).

entregada a grupos paramilitares para el desarrollo de atentados en los que fueron asesinados defensores de derechos humanos y sindicalistas (FIDH, 2010).⁴⁴

De acuerdo con el informe de la Misión Internacional de Observación a Colombia de la FIDH (2010),⁴⁵ los objetivos planteados por el DAS⁴⁶ eran los siguientes: “defender la democracia y la Nación y crear conciencia sobre las consecuencias de un sistema comunista” (Federación Internacional de Derechos Humanos, FIDH, 2010: 9). Las estrategias previstas eran el “desprestigio a través de los medios de comunicación, distribución de panfletos, grafiti, volantes, afiches, creación de páginas web para hacer comunicados, denuncias y montajes, (...) y presión utilizando las amenazas y el chantaje” (2010: 9). La misión pudo observar que dentro de los documentos confiscados al DAS, que hoy reposan en la investigación judicial, hay una carpeta denominada como “Guerra Política”.⁴⁷ En ella, se describen “objetivos, estrategias y acciones” para “contrarrestarla”. Una de las acciones es la “Operación Transmilenio”, cuyo objetivo general establecido por el DAS era “neutralizar las acciones desestabilizadoras de las ONG en Colombia y el mundo”, y como objetivo específico “el esclarecimiento de vínculos con organizaciones narcoterroristas en busca de su judicialización” (2010: 9). Dentro de las operaciones previstas, se encuentra, por ejemplo, la “Operación Intercambio”, que consistía en “neutralizar la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante el desprestigio y sabotaje en alianza con servicios de inteligencia extranjeros, comunicados denuncias y “guerra jurídica” (2010: 9 y 10). También, la “Operación Europa”, cuyo objetivo era la “neutralización de la influencia del sistema jurídico europeo, Comisión de DD. HH. en Parlamento europeo, la Oficina de la Alta Comisionada de derechos humanos de las Naciones Unidas y gobiernos nacionales”, mediante el desprestigio y a través de la “guerra jurídica” (2009: 10).

Al respecto, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de la ONU (OACNUDH) consideró estas actuaciones como prácticas de Estado, formalmente concebidas y estructuradas, en donde además fueron involucrados funcionarios de alto nivel de la Presidencia de la República, como beneficiarios de la información obtenida ilegalmente. Así lo interpretó la Oficina en Colombia:

44 En el juicio contra uno de los exdirectores del DAS acusados, Jorge Noguera, este habría utilizado su cargo para establecer listas de sindicalistas, defensores de derechos humanos y de personas de la oposición, “en aras de transmitirlos a líderes paramilitares para su persecución, contribuyendo de esa forma al asesinato en 2004 del profesor Alfredo Correa D’Andreis” (Federación Internacional de Derechos Humanos, FIDH, 2010: 23).

45 Se trata de un Informe de la misión a Colombia de febrero de 2010, realizado por la Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH), junto con la Organización Mundial contra la Tortura (OMCT), en el marco de su programa conjunto: el Observatorio para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos. La misión observó el juicio contra Jorge Noguera. Dicha Misión estuvo conformada por Luis Guillermo Pérez Casas, Secretario General de la FIDH; Juan Carlos Capurro, vicepresidente de la FIDH, y Susana Villarán, ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatora para Colombia y para los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA).

46 En cuanto a la información de las operaciones, objetivos y estrategias, la FIDH las toma de un Power Point presentado en una de las audiencias.

47 Concretamente, reposan en la carpeta AZ N° 63-2005, en los folios 159-169, referidos a lo que la Subdirección de Operaciones de la Dirección General de Inteligencia del DAS.

La información recibida por la oficina en Colombia permite confirmar la existencia de un patrón de escuchas, seguimientos y hostigamientos sistemáticos realizados por funcionarios del DAS, bajo órdenes de sus superiores, a quienes informaban de los resultados. El avance de las investigaciones parece indicar que tanto el llamado grupo G3 como el Grupo de Observación Nacional e Internacional (GONI), a cuyos integrantes se atribuyó la comisión de estas actuaciones ilegales, fueron efectivamente estructuras formalmente constituidas al interior de la institución (Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011: párr. 19).

Las operaciones del DAS en contra de los defensores y las defensoras de derechos humanos, sus organizaciones y en general sobre el movimiento de derechos humanos pueden ser interpretados como un terrible ejemplo de la aplicación de la DAI, mas no es el único, dada la vocación de “interinstitucionalidad” de la DAI. Aún faltan por investigar las repercusiones reales de esta política en hechos que, hasta ahora, han aparecido ante la opinión pública como hechos aislados, pero que, a la luz de lo encontrado en la presente tesis, pueden ser reinterpretados; tal vez, buscando realizar nuevas preguntas al conjunto de la sociedad colombiana, desde la academia, las víctimas, los movimientos sociales y, principalmente, desde los defensores y defensoras de derechos humanos.

LA LUCHA DE LOS DEFENSORES POR EL DERECHO A DEFENDER LOS LOS DERECHOS HUMANOS

1. Introducción

Hemos visto hasta aquí el rol de las defensoras y defensores de derechos humanos en Colombia y el contexto autoritario que originó el surgimiento de las primeras organizaciones. Asimismo, hemos reconstruido el aporte que el movimiento de derechos humanos ha hecho a la búsqueda de la democracia, la verdad y la justicia en el país. Por otro lado, se analizó la manera como se ha ido configurando la Doctrina de Acción Integral, en la que la actividad de la defensa de los derechos humanos ha sido presentada como parte de una “guerra jurídica” y los defensores de derechos humanos han sido situados como enemigo interno. En este sentido, hemos mostrado cómo se construyeron las narrativas utilizadas por las Fuerzas Armadas para justificar la mencionada “guerra jurídica”, los discursos utilizados contra los defensores de derechos humanos y las acciones articuladas y previstas desde el estamento militar que han trascendido hacia otras instancias del Estado.

En el presente capítulo, retomaremos el papel que los defensores de derechos humanos han tenido en el país, así como también se describirán algunas modalidades de represión ocurridas en contra de las defensoras y defensores de derechos humanos centrando la mirada durante el período de estudio (1997-2011). Nuestra hipótesis es que la Doctrina de Acción Integral (DAI) funcionó creando el marco o condición de posibilidad para la persecución sistemática de las defensoras y defensores de derechos humanos en Colombia. Finalmente, reconstruiremos las principales formas de la lucha desde el movimiento para la protección de su labor. Estas luchas han redundado a nivel internacional en la adopción de marcos de protección, derivados de las obligaciones que tiene el Estado colombiano a partir de los tratados internacionales suscriptos en Derechos Humanos. Estos aspectos serán retomados y analizados respecto a una doctrina militar que ha puesto a los defensores de derechos humanos como enemigo interno en Colombia.

2. El movimiento de derechos humanos entre 1997 y 2011

El movimiento de derechos humanos adquirió fuerza tras la Constitución Política de 1991, dadas las garantías e instrumentos reconocidos en la misma

carta magna. Este hecho redundó en una creciente centralidad de su labor durante la década, fortaleciendo así su rol desempeñado desde la mitad de los años setenta y capitalizando toda esa experiencia previa ganada. A su vez, a partir de 1997, el conflicto armado escaló considerablemente y, por ende, la defensa de los derechos humanos tuvo gran centralidad. En ese marco, los esfuerzos se volcaron hacia el acompañamiento de las comunidades, principalmente rurales, que fueron objeto de grandes atrocidades. Ello también motivó una creciente participación en escenarios internacionales, como las sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta actividad exigió mayor sistematización y documentación de las violaciones a los derechos humanos, mediante la producción constante de informes y publicaciones.¹

La grave crisis desatada contra las comunidades y contra líderes de organizaciones sociales y políticas, provocó que la defensa de los derechos humanos ocupara un lugar prioritario en las agendas del conjunto de los movimientos sociales en Colombia. La investigadora Martha García, del Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), encontró que, de las 4.382 luchas sociales ocurridas de 1998 a 2006,² las demandas de protección y garantía de derechos, principalmente los derechos a la vida, integridad y libertad personales, ocuparon el primer lugar (García, 2008: 19).

La búsqueda de la solución política al conflicto armado en Colombia ha sido otro de los ejes de trabajo que ha estado siempre presente en la agenda del movimiento de derechos humanos. En ese sentido, hacia finales de los años noventa, este movimiento realizó aportes significativos contribuyendo en propuestas para una salida política al conflicto armado y en respaldo a los diálogos entre el gobierno Nacional y las guerrillas del ELN y las FARC, ocurridos entre 1998 y 2002. De ahí que las críticas a la aprobación e implementación del Plan Colombia fuesen persistentes, pues este plan vendría a profundizar la guerra en el país.

A partir del año 2000, el movimiento de derechos humanos estuvo presente en debates sobre leyes y políticas públicas que constituían retrocesos en el respeto a los derechos humanos. Por ejemplo, en la discusión de la aprobación de la ley de Seguridad y Defensa del año 2001 (ley 684 de 2001) y en ese marco el posterior proyecto de ley conocido como el “Estatuto Antiterrorista”. La primera norma tendría serias consecuencias en la vigencia de los derechos humanos, además de una intensificación del conflicto armado en Colombia. En particular, debido a que pretendía “la institucionalización de la Doctrina de Seguridad Nacional y la refundación del aparato estatal” (Comisión Internacional de Juristas, 2005: 15). Finalmente, el amplio debate generado por el movimiento de derechos humanos y otros sectores sociales de Colombia facilitó que, en abril de 2002, la Ley de

1 También es importante destacar tal y como se anotó en el primer capítulo que, desde la mitad de la década de los noventa, ocurrió el surgimiento de organizaciones defensoras de derechos humanos que posicionaron la defensa de los derechos sociales, económicos y culturales, colectivos, del medio ambiente y de la diversidad sexual.

2 Correspondientes al período presidencial de Andrés Pastrana (1998-2002) y del primer período de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006).

Seguridad y Defensa fuese declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia. En este marco, se logró demostrar que sus pretensiones atentaban contra los principios democráticos y el respeto a los derechos humanos, establecidos por la Constitución Política de Colombia y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano en materia de derechos humanos.³

En el mismo sentido, a partir del año 2002, las principales controversias giraron en torno a la Política de Defensa y Seguridad Democrática propuesta por el presidente Álvaro Uribe Vélez.⁴ En este contexto, el movimiento develó y denunció la pretensión de reformas orientadas en el mismo sentido de la legislación antiterrorista propuesta en el año 2001; las reformas a la Constitución Política para permitir mayores atribuciones a las Fuerzas Armadas y restablecer el Estado de sitio; la propuesta de disolver instituciones de derechos humanos como la Defensoría del Pueblo; y la pretendida limitación de las facultades a la Corte Constitucional (Programa Somos Defensores, 2008a: 49 y 50). Se destacan también las denuncias del movimiento respecto a la decisión del gobierno de negar el conflicto armado interno lo que suponía para las organizaciones de derechos humanos un obstáculo para la paz y un desconocimiento al Derecho Internacional Humanitario.

Luego del año 2005, la acción y movilización pública del movimiento de derechos humanos fue importante, tras el proceso de debate de la Ley de Justicia y Paz. Esta ley fue vista por familiares de víctimas y organizaciones no gubernamentales como un marco jurídico de impunidad en detrimento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y como una ley de perdón y olvido a los grupos paramilitares responsables de miles de crímenes cometidos en Colombia.⁵ Durante todo el período de tiempo de estudio, defensores y defensoras de derechos humanos continuaron develando y trabajando por la superación de las sistemáticas violaciones a los derechos humanos de la población. Por ejemplo, su actividad también se orientó a la denuncia de la dramática situación del

3 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-251/02. Magistrados ponentes: Dr. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., 11 de abril de dos 2002. En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-251-02.htm>.

4 Un informe de la Comisión Internacional de Juristas define las premisas de la política de Seguridad democrática de la siguiente manera: “no existe un conflicto armado en Colombia sino una ‘guerra contra el terrorismo’. Todo el aparato estatal y la población deben estar al servicio del esfuerzo militar y político del Estado para derrotar a los terroristas y se debe otorgar los más amplios poderes a las Fuerzas Militares para vencer al ‘enemigo terrorista’. Deben reajustarse los recursos judiciales, las facultades de la Corte Constitucional y de los órganos de control del Estado para que no sean un obstáculo de la acción del Poder Ejecutivo en la guerra contra el terrorismo. La política de seguridad democrática implica entonces el rediseño del Estado y una militarización de la sociedad, Dicha política promueve así la no aplicación del principio de distinción entre civiles y combatientes, la inexistencia de la opción de neutralidad de los ciudadanos, la subordinación de las autoridades y poderes públicos al Poder Ejecutivo y la movilización y encuadramiento de la población civil dentro del esfuerzo bélico de las Fuerzas Militares” (Comisión Internacional de Juristas, 2005: 16). Estas premisas nos permiten comprender brevemente sus fundamentos.

5 La ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz fue demandada por aproximadamente 900 personas y organizaciones del Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado, y de otras organizaciones de derechos humanos. Ello motivó la Sentencia C-370, de 2006, mediante la cual, la Corte Constitucional se pronunció respecto a la necesidad de observar los estándares internacionales para el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Para mayor información sobre el seguimiento a este proceso, ver Movimiento Nacional de víctimas de crímenes de Estado (2009).

desplazamiento forzado, las detenciones masivas y arbitrarias,⁶ la práctica de la tortura⁷ y las ejecuciones extrajudiciales,⁸ entre otras modalidades. Es importante también resaltar que durante el período de tiempo en estudio, varias sentencias fueron emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las cuales declaró la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos contemplados en la Convención Americana, en la mayoría de esos casos se encontraban involucrados miembros de la Fuerza Pública.⁹

3. La Doctrina de Acción Integral y la violencia contra los defensores de derechos humanos

En medio de los debates anteriores, las Fuerzas Armadas de Colombia avanzaban con la configuración de la Doctrina de Acción Integral, que consolidaba la caracterización de la actividad de los defensores como “guerra jurídica” y al mismo tiempo las agresiones contra la vida, integridad y libertad contra defensoras y defensores iban aumentando.

Desde mediados de la década de los noventa, se observó un aumento en las agresiones en contra de los defensores de derechos humanos, principalmente de quienes trabajaban en el ámbito local o regional,¹⁰ lo que dio lugar al cierre de varias organizaciones defensoras de los derechos humanos ante el asesinato o detención de algunos de sus miembros. Estos actos de agresión causaron temor generalizado no solo en el conjunto de defensores, sino en la sociedad misma,

6 Las organizaciones de derechos humanos denunciaron que, entre el 7 de agosto de 2002 y el 6 de agosto de 2004, más de seis millares de personas fueron privadas de la libertad porque “las autoridades administrativas o judiciales consideraron que su responsabilidad estaba comprometida en la ocurrencia de delitos asociados con la pertenencia a grupos guerrilleros o prácticas terroristas” (Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos, 2006: 13).

7 Las organizaciones de derechos humanos reportaron que, entre julio de 2003 y junio de 2008, fueron víctimas de torturas por lo menos 899 personas, de las cuales 229 quedaron con vida, 502 fueron asesinadas y 168 fueron víctimas de tortura psicológica. Del total de casos registrados en los que se conoce el sexo (793 víctimas), el 13,6%, es decir, 108 eran mujeres. Para mayor información sobre el tema, ver: Coalición colombiana contra la tortura (2009).

8 Las organizaciones de derechos humanos investigaron y reportaron más de 3512 personas, víctimas de ejecuciones extrajudiciales por parte de la Fuerza Pública, en hechos ocurridos desde el 2002 al 2010 y dieron cuenta de un 95% de impunidad en los casos. Para mayor información sobre las ejecuciones extrajudiciales en Colombia, ver: Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (2008 y 2012).

9 Por ejemplo, las siguientes sentencias habían sido interpuestas ante la Comisión Interamericana hacia fines de la década de los años ochenta, con especial énfasis a partir de 1994. La Comisión declaró la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de varios artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos. 1) Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C N° 22. Fecha de interposición de la denuncia: 4 de abril de 1989. 2) Corte IDH. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 Noviembre de 2002. Serie C N° 96. Fecha de interposición de la denuncia ante la Comisión: 27 de enero de 1994. 3) Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 109. Fecha de interposición de la denuncia ante la Comisión: 6 de marzo de 1996. 4) Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134. Fecha de interposición de la denuncia ante la Comisión: 6 de octubre de 1999.

10 Para la presente investigación, cuando se habla de comités de derechos humanos regionales, se refieren a aquellos comités en los que confluyen representaciones de más de un departamento en una zona geográfica del país, distinta a la de la Capital de la República.

pues han intimidado y pretenden silenciar las denuncias, reclamos y reivindicaciones de todos aquellos que trabajan a favor de la democracia y el pleno goce de los derechos humanos. Al mismo tiempo, se generó un ambiente favorable de impunidad a los perpetradores de las violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad.

A partir de 1997, la situación se hizo más evidente, varios casos de asesinatos de defensores de derechos humanos con alto reconocimiento dentro del movimiento tuvieron lugar en la ciudad de Bogotá, capital de la República de Colombia. Esta situación generó un clima generalizado de temor y zozobra en el conjunto de defensores de derechos humanos, y elevó la acción de estos exigiendo protección a sus vidas y garantías para su trabajo. Algunos casos permiten ejemplificar ese período de fin de siglo, que coincide con los años en los cuales aparece la noción de “guerra jurídica” en la Doctrina Militar colombiana. Sin pretender establecer una causalidad, sí es importante resaltar que situar a los defensores como enemigo interno trae consigo efectos sobre la seguridad de sus vidas e integridad física, así como de la libertad y tranquilidad para el desarrollo de sus actividades,¹¹ en tanto que habilita y legitima contra ellos cualquier tipo de agresión de parte de las Fuerzas Militares, pero también de otros organismos de Seguridad del Estado y de los grupos paramilitares que dicen “combatir la subversión”.

No es casual que poco tiempo después de los primeros esbozos de la Doctrina de Acción Integral, el 19 de mayo de 1997, fuesen asesinados, en su lugar de residencia, dos miembros del Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP), Mario Calderón Villegas¹² y Elsa Constanza Alvarado Chacón¹³ (esposos), y el padre de Elsa Carlos Alvarado Pantoja. La madre de Elsa resultó herida, y el hijo de Mario y Elsa, de 19 meses, salió ileso tras ser escondido en un armario por Elsa antes de morir. Varios meses antes del asesinato, el Comandante del Ejército y posterior Comandante de las Fuerzas Armadas, Manuel José Bonett, en

11 La Comisión Interamericana en el caso por el asesinato del defensor de derechos humanos Jesús María Valle recordó que “las violaciones graves a los derechos humanos de determinadas personas que se destacan por su labor de defensa de los derechos de otras personas, tienen un efecto amedrentador directo en los procesos de reivindicación de derechos o de denuncia de violaciones. Los atentados contra determinados líderes pueden producir la inmediata paralización o la disminución casi total de dichos procesos, bien sea por que las defensoras y defensores deben abandonar las zonas de trabajo, cambiar sus residencias o hábitos de trabajo o, en algunos casos, abandonar el país. Además de estos efectos directos, la Comisión ha tenido conocimiento de efectos colaterales que afectan a las demás defensoras y defensores, quienes a pesar de no verse afectados en la misma medida, son víctimas del miedo al ver la situación de sus colegas y la facilidad con la que se podrían cometer las mismas arbitrariedades en su contra” (CIDH, 2007). Caso Jesús María Valle Jaramillo y otros. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos contra la República de Colombia.

12 Mario Calderón fue sacerdote jesuita de la Compañía de Jesús. En la década de los ochenta, había acompañado las comunidades indígenas y campesinas de Tierra Alta Córdoba en su lucha por la defensa de su territorio ante la instalación del megaproyecto hidroeléctrico de la Represa de Urrá (I y II). En 1990, renunció al sacerdocio luego del asesinato del sacerdote jesuita Sergio Restrepo, en junio de 1989 ocurrido en Tierra Alta Córdoba. Mario en los últimos años se había dedicado a la defensa del medio ambiente. Ver <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/1765-mario-calderon-y-elsa-alvarado-investigadores-del-cinep>.

13 Elsa Alvarado era comunicadora social de la Universidad Externado de Colombia y docente de la misma universidad e investigaba sobre la democratización de la comunicación, el peso de la opinión pública y el poder de los medios. Ver <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/1765-mario-calderon-y-elsa-alvarado-investigadores-del-cinep>.

declaraciones a medios de comunicación, había señalado que las organizaciones de derechos humanos hacían mucho daño al Ejército e hizo alusión específica al CINEP, y que las denuncias por abusos a los derechos humanos formaban parte de una “campana para desacreditar al Ejército” (CIDH, 1999: párr. 77).

El 27 de febrero de 1998, en la ciudad de Medellín, fue asesinado en su oficina el abogado Jesús María Valle Jaramillo,¹⁴ que dos años antes había denunciado la acción conjunta entre paramilitares y Ejército para cometer crímenes en varios municipios del departamento de Antioquia.¹⁵ Jesús María Valle había sido señalado públicamente como “enemigo del Ejército”, al tiempo que fue denunciado por calumnia e injuria por parte de miembros del Ejército.¹⁶ El 18 de abril de 1998, en la ciudad de Bogotá, fue asesinado en su oficina, el abogado Eduardo Umaña Mendoza, reconocido defensor de derechos humanos que había impulsado la fundación de varias organizaciones. Su lucha en contra de la impunidad lo llevó a asumir el impulso procesal de varios casos en tribunales nacionales y ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y resultó ser uno de los principales impulsores de la tipificación de la desaparición forzada de personas en Colombia.¹⁷

Simultáneamente, varias sedes de las organizaciones defensoras de derechos humanos fueron objeto de allanamientos con base en informes de inteligencia militar,¹⁸ y numerosos procesos penales se iniciaron en contra de defensores de derechos humanos en diferentes lugares del país. Algunos de ellos versaron por el delito de calumnia por denuncias interpuestas por autoridades militares.¹⁹ Otros procesos penales se abrieron con base en informes de inteligencia militar, por los delitos de rebelión o de conformación de grupos ilegales.²⁰ En 1999, la CIDH, en

14 Jesús María Valle Jaramillo era profesor universitario y presidente del Comité de Derechos Humanos “Héctor Abad Gómez”. Desde 1996, venía denunciando la acción conjunta de paramilitares con la IV Brigada y el Batallón Girardot para cometer crímenes y masacres en varios municipios del departamento de Antioquia. Por lo anterior y según la Fiscalía Regional de Medellín, fue incluido en una lista de “eliminables” y, de acuerdo con algunos testimonios, fue señalado como “enemigo de las Fuerzas Militares” por el entonces gobernador de Antioquia Álvaro Uribe Vélez. Ver Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C, N° 192.

15 Jesús María Valle denunció varios hechos ocurridos en el municipio de Ituango, Antioquia, en donde varios campesinos y pobladores del corregimiento del Aro y la Granja fueron víctimas de asesinatos en acciones conjuntas entre el Ejército y los grupos paramilitares. El Estado colombiano fue declarado responsable por estos hechos mediante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1° de julio de 2006, Serie C, N° 148.

16 Para mayor información sobre los hechos, ver Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, N° 192.

17 Dentro de los casos impulsados, se encuentra la representación de víctimas por el genocidio contra la Unión Patriótica y la representación de los familiares de desaparecidos en el Palacio de Justicia en 1985 y la defensa de sindicalistas de la Unión Sindical Obrera y de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, acusados de rebelión. Ver <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/229-perfiles/1569-eduardo-umana-abogador-defensor-de-ddhh>.

18 En mayo de 1998, fue allanada la sede de la Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz.

19 Por ejemplo, el General Harold Bedoya, entonces Comandante del Ejército y posteriormente Comandante de las Fuerzas Armadas, inició una acción contra el Padre Javier Giraldo. El Padre Giraldo era, en ese momento, el director de la Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz. Ver CIDH (1999).

20 En 1997, fueron detenidos varios defensores de derechos humanos en la ciudad de Bucaramanga, entre ellos, Yolanda Amaya, integrante del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, y Javier Orlando Marín, miembro de la Corporación “Escuela”. Las denuncias indican que las detenciones se efectuaron a partir de las investigaciones llevadas a cabo por la XX Brigada de la inteligencia militar.

su informe anual consideró que, de acuerdo con la información recabada, había pruebas de que indicaban que estas acciones formaban parte de “una estrategia emprendida por algunos integrantes de las fuerzas de seguridad para acosar e intimidar a los defensores de los derechos humanos” (CIDH, 1999: VII.b.27). Los informes de inteligencia se referían a las actividades legítimas que los defensores de derechos humanos realizaban y en ningún caso aportaban pruebas que vincularan a los defensores con los grupos armados.²¹

Nótese que por esos años en las fuentes consultadas, específicamente en 1997 y 1998, se empezó a desarrollar con fuerza la noción de “guerra jurídica” en la doctrina militar. Vale la pena aclarar que, según las fuentes consultadas en la presente tesis, se observó también la participación de civiles en las acciones represivas encaradas contra defensores de derechos humanos.

En este punto, es importante precisar que, según Ernesto López (1988), en la conformación de doctrina militar, no solamente participan “hombres de armas”, sino que también es notoria la presencia de elementos no específicamente militares en la problemática de lo bélico (1988: 104). Teniendo en cuenta lo anterior, traemos el ejemplo de José Miguel Narváez, asesor de la *Revista de las Fuerzas Armadas*, que para 1997 fue uno de los pioneros que se refirió, en esta publicación, a la guerra política y jurídica en las siguientes palabras:

El trabajo de la subversión desarmada ha logrado en este proceso colombiano de conflicto interno más resultados en contra del Estado como un todo, que el trabajo del ente subversivo cargado de fusiles y ametralladoras (...). Se inician procesos, se fabrica pruebas, se difunden denuncias es decir “se empapelan” aquellos miembros de la Fuerza Pública que han logrado preservar el orden. (...) “no podemos aceptar perder en los estrados judiciales una guerra que la subversión armada no ha podido ganar en el campo de batalla” (Narváez Martínez, 1997: 15-24).

José Miguel Narváez aparece como editor en la *Revista de las Fuerzas Militares* N° 142 de 1992, cuando era director de dicha revista el Mayor General Juan Salcedo Lora. De acuerdo con fuentes periodísticas, Narváez además es “es oficial de la reserva, apoyaba a las unidades de inteligencia en manejo de guerra política, guerra de organizaciones, guerra de estratagemas y guerra psicológica” y asesor de altos mandos militares desde 1994.²² Hacia 1997, fungía como Asesor de esta y

21 Por ejemplo, la CIDH cita los casos de Jesús Ramiro Zapata y del Colectivo Semillas de Libertad ocurridos durante 1996 y 1997. Ramiro era el coordinador del Comité de Derechos Humanos de Segovia y miembro del Colectivo “Semillas de Libertad”, había impulsado las investigaciones por los asesinatos y masacres ocurridas en el municipio Segovia, Departamento de Antioquia, en 1988 y 1996. Las denuncias indicaban que habían sido perpetradas por paramilitares en colaboración con las fuerzas de seguridad del Estado. Jesús Ramiro Zapata fue judicializado con base en informes de inteligencia militar. La fiscalía regional utilizó los informes de inteligencia para iniciar una investigación penal contra todos los miembros del “Colectivo Semillas de Libertad”. Los informes de inteligencia militar señalaban al Colectivo Semillas de Libertad como fachada de la guerrilla. En el informe de inteligencia se decía también que el “objetivo del trabajo de la organización es la ‘supuesta’ promoción y protección de los derechos humanos” e indicaba que había “denunciado ‘supuestas violaciones de los derechos humanos’ cometidas por las fuerzas de seguridad del Estado (CIDH, 1999: 31-34). Es menester tener en cuenta que Jesús Ramiro fue asesinado posteriormente, el 3 de mayo de 2000.

22 Ver <http://noticiasunolaredindependiente.com/2009/09/27/noticias/quien-es-narvaez/>.

como profesor de la Escuela Superior de Guerra. Varios testimonios de paramilitares desmovilizados en el año 2005 han manifestado que José Miguel Narváez, siendo profesor de la Escuela Superior de Guerra, dictaba cátedras también a los paramilitares, una de ellas denominada “¿Por qué es lícito matar comunistas en Colombia?”.²³ Adicionalmente, los testimonios indican que Narváez entregaba a los grupos paramilitares los nombres de personas que, según él, pertenecían grupos guerrilleros, como lo es el caso del líder sindicalista y posterior representante a la Cámara Wilson Borja y de algunos miembros del colectivo de abogados José Alvear Restrepo, organización no gubernamental de derechos humanos.²⁴ Al respecto, la Fiscalía General de la Nación, en el año 2009, abrió investigación penal en su contra por el asesinato del periodista Jaime Garzón en 1999 y del senador de la Unión Patriótica Manuel Cepeda Vargas ocurrido en 1994.²⁵

José Miguel Narváez fue nombrado para ocupar el cargo de Subdirector del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en el año 2002. Luego de iniciarse el proceso por las interceptaciones ilegales efectuadas por el DAS, aparece como uno de los responsables de la creación del grupo “G3”, promovido y financiado por el Departamento Administrativo de Seguridad, para hacer los seguimientos ilegales a las defensoras y defensores de derechos humanos, así como otros sectores sociales a quienes consideraban “una amenaza” y parte de una “guerra política”.

Si bien la presente tesis no tiene como objetivo indagar sobre la trayectoria de las personas que se encuentran orientando la formación en las Fuerzas Armadas de Colombia, ni respecto a los asesores y el grupo de militares activos y retirados que se encuentran a su cargo, sí es preocupante conocer cómo desde la Escuela Superior de Guerra se configura una doctrina militar que incita a la violencia contra las defensoras y defensores de derechos humanos en Colombia. Nuestra hipótesis es que esta se transmite no solo a otras instituciones del Estado, sino también el resto de la sociedad, especialmente a los paramilitares. Uno de los aspectos a señalar de todo ello es que dicha práctica, que atenta contra los derechos humanos, opere libremente y sin controles eficaces desde las instituciones civiles. Cómo lo hemos visto no se trata de señalamientos y descalificaciones proferidas por funcionarios de manera aislada, por el contrario, estos discursos se encuentran cimentados en una doctrina que ha puesto a los defensores de derechos humanos como enemigos y además, sobre dicho fundamento, se ha puesto en marcha diversas maneras para atentar contra la vida, libertad, integridad, y actividad de las defensoras y defensores en el país. El caso de José Miguel Narváez, profesor de la Escuela Superior de Guerra, es un ejemplo de muchos tantos, que apoyados en la noción de “guerra jurídica”, han pretendido eliminar a defensoras y defensores de derechos humanos y otros sectores sociales que ejercen su derecho a defender los derechos humanos, expresar libremente sus opiniones y/o a disentir

23 Ver <http://www.verdadabierta.com/justicia-y-paz/versiones/80-versiones/935-mancuso-senala-a-ex-subdirector-del-das-y-atribuye-nexos-entre-militares-venezolanos-con-las-farc>.

24 Ver <http://www.verdadabierta.com/politica-ilegal/el-estado-y-los-paras/5046-las-ordenes-de-jose-miguel-narvaez-a-los-paramilitares>.

25 Ver <http://www.verdadabierta.com/victimarios/2526-jose-miguel-narvaez-y-el-asesinato-de-jaime-garzon>.

políticamente del Gobierno. También y no menos importante es advertir que los contenidos que se propagan en ella son cimentados bajo la ideología de una Doctrina de Seguridad Nacional que sirvió como fuente de aniquilación y eliminación a partir de políticas de terror que marcaron las sociedades de nuestros países latinoamericanos e instauraron regímenes autoritarios.

De esta manera y como anotamos anteriormente, desde finales de la década de los noventa, se marcó una etapa distinta de persecución a las personas que defienden los derechos humanos en Colombia, tanto en la capital de la República como en las regiones.²⁶ Al ser estas consideradas como “enemigo”, se habilitó en su contra una sistemática y generalizada persecución, observada a partir de los distintos patrones de violencia que han sido identificados por las organizaciones de defensa de los derechos humanos.²⁷ De acuerdo con cifras del Sistema de Información sobre Agresiones contra Defensores de Derechos Humanos en Colombia (SIADDHH), del Programa no gubernamental Somos Defensores, entre los años 2002 y 2009, unos 1057 defensores de derechos humanos fueron víctimas de agresiones tales como asesinatos, amenazas, atentados, detenciones arbitrarias, torturas, uso arbitrario del sistema penal, entre otros (citado en: Instituto Popular de Capacitación, 2010).²⁸ Por su parte, las cifras de la Comisión Colombiana de Juristas, entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2009, indican que al menos ciento diez (110) personas que defienden los derechos humanos, entre ellas veinticinco (25) mujeres defensoras, fueron víctimas de violaciones al derecho a la vida y del total once (11) personas fueron desaparecidas forzosamente. En cuanto a la responsabilidad atribuida a los presuntos autores, la Comisión Colombiana de Juristas encontró que al Estado se le atribuye el 98,43% de los 64 casos en los cuales fue posible

26 Al finalizar la década de los noventa, en las regiones también fueron asesinados y desaparecidos importantes defensores de derechos humanos. Por ejemplo, en enero de 1999 fueron asesinados Everardo de Jesús Puerta y Julio Ernesto Gonzáles miembros del Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, cuando viajaban desde Medellín hacia la ciudad de Bogotá a una actividad programada por la Fundación. El día 6 de octubre de 2000, en la ciudad de Medellín ocurrió la desaparición forzada de Ángel Quintero Mesa y Claudia Patricia Monsalve Pulgarín miembros de la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (ASFADDES) Seccional Medellín. Los dos defensores buscaban a sus familiares desaparecidos.

27 La Coordinación Colombia-Europa-Estados-Unidos, la Asamblea Permanente de la Sociedad Civil, la Alianza de Organizaciones Sociales y Afines y la Plataforma Colombiana Democracia, Derechos Humanos y Desarrollo, emitieron un informe en el año 2009, sobre los ataques a defensores de derechos humanos y en él identificaron los siguientes patrones de persecución: a) Seguimientos e interceptaciones ilegales telefónicas y de correos electrónicos; b) Confección y almacenamiento ilegal de informes de inteligencia militar contra defensores de derechos humanos; c) Apertura de investigaciones judiciales con base en informes de inteligencia por parte de Fiscales destacados ante guarniciones militares; d) Montajes por medio de testigos de pago, desmovilizados en que busca de beneficios jurídicos o testigos remunerados al servicio de las brigadas militares; e) Presiones a la justicia por parte de los organismos de inteligencia para que decidan en contra de los líderes sociales y defensores de derechos humanos; f) Proliferación de amenazas de muerte y control mediante el terror armado en gran parte del país. g) Violaciones al derecho a la vida y la integridad; h) Allanamientos de sedes de organizaciones y robos sistemáticos de información; i) Declaraciones gubernamentales públicas hostiles que descalifican y otorgan trato de enemigo a los defensores de derechos humanos (Plataformas de Derechos Humanos en Colombia, 2009).

28 En el periodo de tiempo comprendido entre julio de 1996 y mayo de 2003, de acuerdo con cifras de la Comisión Colombiana de Juristas, 74 defensores de derechos humanos fueron víctimas de ejecuciones extrajudiciales. Estas cifras no incluyen a los 365 sindicalistas que fueron víctimas de ejecuciones extrajudiciales entre junio de 1997 y diciembre de 2001 (Comisión Colombiana de Juristas, 2003: 57).

establecer el presunto autor²⁹ y a la guerrilla el 1,56% (Comisión Colombiana de Juristas, 2010: 155).

4. Defensoras y defensores de derechos humanos y la lucha por su legitimidad y protección

Frente a todo lo anterior, los defensores de derechos humanos han defendido su acción como legítima al mismo tiempo que han exigido al Estado colombiano garantías para su ejercicio. Desde mediados de los años noventa, la defensa de los derechos humanos ya no solo se ejercía a favor de otros sectores sociales sino también en resguardo de la propia vida, integridad y libertad de los mismos defensores y por garantías para ejercer el derecho a defender los derechos humanos. Así, la lucha por las garantías ocupó un lugar preponderante en la agenda del movimiento de derechos humanos y, por consiguiente, acudieron a múltiples acciones nacionales e internacionales para la protección de sus vidas.³⁰

En este sentido, la existencia de escenarios de interlocución con el gobierno nacional para tratar los asuntos de garantías y protección a su trabajo ha sido un aspecto importante de su tarea. Sin embargo, los escenarios habilitados para tales fines han tenido características diversas de un gobierno a otro.³¹ En este sentido, el Programa Somos Defensores refiere que dicho proceso de interlocución ha sido “ambivalente”: por un lado, se descalifica a las organizaciones y, por otro, se dialoga y se habilitan escenarios para debatir medidas de protección (Programa Somos Defensores, 2008a: 65). Aun así, desde 1996, durante el proceso de interlocución las organizaciones no gubernamentales han presentado al Gobierno propuestas encaminadas en tal sentido, en las que han exigido entre muchas otras, la revisión y depuración de los archivos de inteligencia que reposan en los organismos de seguridad del Estado. Ello es así, debido a que en dichos archivos y con motivo de su labor, se encuentran contenidos los nombres de personas y organizaciones de derechos humanos. Incluso, se buscó fijar límites a dichas actividades de inteligencia y “revisar los mecanismos de control y verificación de la información recaudada, el uso otorgado a la información y los mecanismos utilizados para evitar la filtración de

29 Por perpetración directa de agentes estatales, el 14,06% (9 víctimas); y por omisión, tolerancia, aquiescencia o apoyo a las violaciones cometidas por los grupos paramilitares, el 84,4% (54 víctimas).

30 Se pueden resaltar las siguientes acciones observadas: Procesos jurídicos y acciones de tutela en el ámbito nacional para su protección; solicitud de medidas cautelares y provisionales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; acompañamientos de organizaciones de solidaridad y acompañamiento internacional *in-situ*, con brigadistas internacionales para la protección a su labor y otras alternativas (como REDHER, ECAPS, PBI, IPO, entre otras); Acciones urgentes y alertas tempranas; Creación de fondos no gubernamentales de protección; campañas nacionales e internacionales por su acción legítima; Incidencia en medios de comunicación para hacer visible sus actuaciones, misiones de verificación internacionales sobre la situación de los defensores; reuniones periódicas con la comunidad internacional presente en Colombia; acciones de protesta y movilización pacífica; Insistencia en escenarios de dialogo con el Gobierno nacional, departamental y local, entre otras.

31 Para mayor información sobre la interlocución del Gobierno con las organizaciones defensoras de derechos humanos, ver Programa Somos Defensores (2008a). *La interlocución Gobierno-ONG de derechos humanos durante la administración de Álvaro Uribe Vélez*. Bogotá, Cronopios. pp. 47-73.

información para fines no lícitos” (Programa Somos Defensores, 2010: 53). De la misma manera, ha estado siempre presente la exigencia de investigaciones prontas y eficaces de los asesinatos, amenazas y otras modalidades de agresión que han sido cometidas en su contra.

Incluso, desde 1996, junto a las anteriores medidas, se solicitaron pronunciamientos del Gobierno en los que se reconozca la importancia de las organizaciones de derechos humanos, como la expedición de directivas presidenciales o decretos que prohibiera a los funcionarios públicos emitir declaraciones que estigmatizaran y favorecieran un clima de hostilidad contra ellas y la adaptación de un programa, que estuviera a cargo del Ministerio del Interior, para la adopción de medidas de protección.³² No obstante, es después de la muerte de los miembros de CINEP, Mario Calderón y Elsa Alvarado, que el gobierno colombiano emitió varias directivas con el fin de que sus funcionarios se abstengan de señalar a los defensores de derechos humanos. Sin embargo, estas directivas no ha tenido eficacia, pues lo señalamientos continúan perpetrándose.³³

Más adelante, luego del asesinato del abogado Eduardo Umaña, el Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuellar, hizo compromisos para revisar los archivos de inteligencia militar y depurar la información de inteligencia que reposaba en contra de los defensores de derechos humanos. Era claro que, con tal solicitud, los defensores no pedían inmunidad alguna; antes bien, estos denunciaban que la labor de inteligencia militar e ilegal en su contra³⁴ estaba motivada por el trabajo legítimo de defender los derechos humanos. Además cuestionaban que dicha información recopilada por los organismos de inteligencia militar algunas veces era utilizada “para facilitar las ejecuciones extrajudiciales de trabajadores de los derechos humanos a manos de las fuerzas de seguridad del Estado o de grupos paramilitares que actúan con la aprobación o la aquiescencia de los agentes del Estado” (CIDH, 1999: párr. 55). Incluso, los defensores manifestaban que, en todo caso, de existir información fundada sobre hechos ilícitos cometidos por alguna de las personas que defendían los derechos humanos, debería ser puesta al servicio de la Fiscalía General de la Nación para iniciar las debidas investigaciones con el pleno respeto al debido proceso y la observancia de las garantías judiciales y no utilizarse para perseguir a los defensores y causarles daño. De todas maneras, estas solicitudes nunca se concretaron.

32 Otras demandas del movimiento de derechos humanos para su protección fueron: a) difundir y dar seguimiento al cumplimiento de la directiva; b) realizar una campaña de sensibilización pública acerca de la legitimidad de las actividades de defensa y promoción de los derechos humanos, mediante el uso de espacios en los medios de comunicación, en acuerdo con las ONG. Ver Programa Somos Defensores (2008a: 47).

33 Algunas de las Directivas presidenciales son: N° 011 de julio de 1997, Respaldo, Interlocución y colaboración del Estado con las Organizaciones de Derechos Humanos, emitida por el presidente de la República Ernesto Samper. El presidente Andrés Pastrana emitió la directiva presidencial 07 de 1999, en el mismo sentido que la anterior. Entre otras directivas emitidas por entidades del Estado encontramos la Directiva N° 09 sobre Políticas del Ministerio de Defensa Nacional en materia de protección de los derechos humanos de Sindicalistas y Defensores de Derechos Humanos, emitida por la Ministra de Defensa el 8 de julio de 2003; y la Directiva número 012 “Directrices para garantizar el derecho de los defensores y defensoras de derechos humanos a ejercer su labor”, de 15 de julio de 2010, emitida por la Procuraduría General de la Nación, entre otras.

34 Las labores de inteligencia militar se hacían visibles en las interceptaciones ilegales de sus comunicaciones, seguimientos y vigilancia de personal armado sin orden judicial.

Al 2011, período de cierre de la presente investigación, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas en su informe anual manifestó frente a este tema que “no se registraron avances sustantivos en el proceso de depuración de archivos ni por la Procuraduría, ni por los propios servicios de inteligencia”. Esta exigencia continua vigente por parte del movimiento de derechos humanos (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011: párr. 22).

Ahora bien, uno de los logros de la lucha de los defensores para su protección fue la creación del Programa de Protección a Defensores de Derechos Humanos, coordinado por el Ministerio del Interior y de Justicia,³⁵ mediante el cual se brindaría protección a las personas y organizaciones en riesgo. Sin embargo, este Programa centró su acción en la adopción de una serie de medidas de protección “material”, como dispositivos de seguridad a sedes de las organizaciones, suministro de vehículos blindados y escoltas para sus desplazamientos y asignación de medios de comunicación, entre otras medidas, dejando de lado el análisis y remoción de los factores estructurales de riesgo.³⁶ Si bien el Programa de Protección ha sido ampliamente valorado por las organizaciones de derechos humanos, también han manifestado que las medidas son insuficientes. Esto se debe a que han sido destinadas a la atención de los efectos y no a tratar las causas de los riesgos y amenazas, lo que deriva en inadecuada prevención del riesgo (Programa Somos Defensores, 2010: 55).

A partir del año 2008, organizaciones de derechos humanos y el Gobierno de Colombia iniciaron un proceso de dialogo para las garantías y protección de los defensores. Este proceso instalado en abril del año 2009 fue denominado “Mesa Nacional de Garantías”³⁷ y en él participaron representantes de las distintas plataformas de derechos humanos y paz³⁸ y de diversas instituciones estatales.³⁹ Asimismo, contó con el acompañamiento de miembros de la comunidad

35 Este Programa de Protección fue creado mediante la ley 418 de 1997, prorrogada y modificado por las leyes 548 de 1999 y 782 de 2002. Posteriormente varios Decretos contribuyeron a su definición: Decreto 2788 de 2003, Decreto 2816 de 2006 y Decreto 1740 de 2010.

36 Otros programas similares fueron posteriormente establecidos; la creación del Programa de Protección y Atención a Periodistas y Comunicadores Sociales por medio del Decreto Ejecutivo 1592 del 18 de agosto de 2000, el Programa de Protección en favor de los miembros de la Unión Patriótica y el Partido Comunista, entre otros, a cargo de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia.

37 La Mesa Nacional de Garantías tiene como antecedentes un escenario de interlocución con del gobierno de Colombia y las organizaciones de derechos humanos desde el año 2006. Dicho proceso tenía como objetivo la formulación de un Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, las organizaciones de derechos humanos manifestaron al Gobierno que no existían las garantías suficientes para continuar con dicho proceso. Por todo ello, exigieron la creación de un espacio intermedio en el cual se creara una Comisión de Garantías y subcomisiones regionales, que permitieran realizar un diagnóstico de la situación de riesgo de los defensores, la evaluación y acordar medidas concretas y Protección, Prevención e Investigaciones sobre agresiones contra defensores (Programa Somos Defensores, SIADHD, 2010: 13).

38 Participaron: Alianza de Organizaciones Sociales y Afines, Asamblea Permanente de la Sociedad Civil por la Paz, Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, con el acompañamiento de las plataformas internacionales de derechos humanos.

39 Por ejemplo: Ministro del Interior, Ministro de Defensa Nacional, directores/as de Derechos Humanos de estos ministerios y del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministro de la Protección Social, Director del Programa Presidencial para los DH y DIH, Director General de la Policía Nacional; representantes de alto

internacional presente en Colombia.⁴⁰ Para llevar a cabo el proceso, se estableció una agenda nacional y se conformaron Mesas Territoriales de Garantías con el fin de debatir aspectos de prevención, protección e investigación, destinados a concertar medidas para las garantías de la defensa de los derechos humanos. Sin embargo, las plataformas de derechos humanos participantes del proceso emitieron un comunicado de prensa en junio de 2011, luego del asesinato en Medellín de la lideresa comunitaria Ana Fabricia Córdoba, y de los más de 20 defensores asesinados en el primer semestre del año 2011. En este comunicado, las organizaciones anunciaron la suspensión del proceso de interlocución hasta tanto no se brindaran las condiciones de protección para participar en este y dieron a conocer una serie de reclamaciones.⁴¹ Luego el proceso se reanudó y, en el año 2013, se acordó una ruta para la protección de los defensores de derechos humanos. Uno de los aspectos acordados consistió en una Reforma Institucional al Programa de Protección referido anteriormente, cuyos avances rebasan el período de tiempo del presente informe. Sin embargo, el Programa Somos Defensores ha considerado que es “un logro concreto del Proceso” la creación del Sistema Nacional de Derechos Humanos y DIH;⁴² la Unidad Nacional de Protección (UNP);⁴³ y el Programa de Prevención y Protección de los derechos a la Vida, la Libertad, la Integridad y la Seguridad de Personas, Grupos y Comunidades⁴⁴; que recogen, en buena medida, las observaciones formuladas por las organizaciones sociales y de derechos humanos” (Programa Somos Defensores, SIADDH, 2010: 7).

Finalmente, es importante manifestar que la inadecuada protección en el ámbito interno conllevó a la solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y un gran número fueron otorgadas a favor de personas y organizaciones.⁴⁵ Asimismo, fueron adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos varias medidas provisionales a solicitud

nivel del Estado: Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo. Ver Programa Somos Defensores, SIADDH, 2010.

40 Por ejemplo, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo tuvieron a cargo la secretaría técnica del proceso.

41 Para conocer el comunicado de prensa, ver <http://www.colectivodeabogados.org/Plataformas-de-DDHH-suspenden-Mesa>.

42 Creado mediante Decreto 4100 de 2011, por el cual se crea y organiza el Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, se modifica la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y se dictan otras disposiciones. Puede consultarse en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44543>.

43 Creada mediante el decreto 4065 de 2011, por el cual se forma la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura. Puede consultarse en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4065_2011.html.

44 Decreto 4912 de 11. Por el cual se organiza el Programa de Prevención y Protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de personas, grupos y comunidades del Ministerio del Interior y de la Unidad Nacional de Protección. Puede consultarse en: <http://www.unp.gov.co/Documents/decretos/dec491226122011.pdf>.

45 Desde 2006 hasta 2011, del total de las medidas cautelares otorgadas a defensoras y defensores de derechos en 9 países de la región, el 27% corresponde a medidas otorgadas a favor quienes defienden los derechos en Colombia. Ver CIDH (2011: 27).

de la CIDH, para la protección de la vida de varias personas en grave riesgo.⁴⁶ De la misma manera, los defensores acudieron a la realización de audiencias temáticas sobre la situación de defensoras y defensores⁴⁷ y en general ante los órganos de supervisión, los defensores sostuvieron permanente comunicación y producción de informes sobre la situación de riesgo, las agresiones, así como de los avances y retrocesos por parte del Estado en la protección y garantías. En suma, toda la lucha que han adelantado los defensores de derechos humanos en Colombia ha permitido la adopción de mecanismos en el ámbito nacional, pero también en el internacional como veremos a continuación.

5. Marco internacional de protección a los defensores de derechos humanos

Los constantes y sistemáticos ataques en contra de los defensores de derechos humanos en Colombia y en el mundo y la lucha para que su labor sea respetada constituyeron la base esencial para el avance e impulso de mecanismos internacionales hacia su protección. La importancia de los defensores de derechos humanos ha sido reconocida y resaltada por los organismos internacionales de supervisión de los derechos humanos, los cuales han coincidido en el aporte esencial que estos cumplen en el fortalecimiento de la democracia y del Estado Social de derecho y en la contribución a la promoción, respeto y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.⁴⁸ De igual manera, el papel que desempeñan ha sido destacado por su contribución a la lucha contra la impunidad, el acceso a la justicia y el logro de la paz (Naciones Unidas, 2005a); así como en la protección de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y en la denuncia de las injusticias cometidas contra diversos sectores de la sociedad (CIDH, 2006).

La preocupación por la vida, libertad e integridad física de los defensores y defensoras de derechos humanos ha sido un aspecto importante en las agendas de los órganos de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En tal sentido, se observan importantes avances para realzar la legitimidad y reconocimiento del papel que desempeñan las defensoras y defensores de los derechos humanos en el mundo. Uno de ellos ha sido el reconocimiento de la defensa de los derechos humanos como un *derecho* en sí mismo.

En este marco, el camino recorrido para que finalmente se aprobara una Declaración sobre Defensores fue largo: luego de 13 años de negociación en el que participaron Estados Miembros y organizaciones no gubernamentales, fue aprobada en 1998, por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas, la “Declaración sobre el derecho y el deber de los Individuos, los grupos y las instituciones de

46 El mecanismo de medidas cautelares encuentra previsto en el artículo 25 del reglamento de la CIDH y el mecanismo de medidas provisionales en el artículo 76 del mismo reglamento. Puede consultarse en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>.

47 Sobre las audiencias temáticas respecto a la situación de los defensores de derechos humanos de 2006 a 2011, estas pueden consultarse en <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=esyTopic=30>.

48 Ver, por ejemplo, CIDH (2006), Naciones Unidas (2005), OEA (2004).

promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos” (en adelante la “Declaración sobre defensores”).⁴⁹

Esta declaración estableció que la actividad de promover y proteger los derechos humanos es un derecho que tiene toda persona individual o colectivamente para procurar la protección y realización de los derechos y libertades fundamentales,⁵⁰ tanto en el ámbito nacional como internacional.⁵¹ También dispone que el Estado debe garantizar la protección de los defensores y defensoras de derechos humanos de toda violencia, amenazas o cualquier arbitrariedad que se cometa en su contra.⁵² Esta declaración, aunque no tiene fuerza vinculante por sí misma, reúne derechos en un solo instrumento, que han sido ya reconocidos por tratados internacionales, firmados y ratificados por varios Estados. Este es el caso de Colombia, por lo cual, esta declaración debe observarse en el ámbito interno como una herramienta fundamental hacia el reconocimiento, respeto y protección específica de los defensores. En ese orden de ideas, el Estado colombiano está obligado a proteger a todas las personas sujetas a su jurisdicción y por consiguiente a quienes defienden los derechos humanos en el país, el cual se deriva de la obligación general de respeto y garantía de acuerdo con los convenios Internacionales de derechos humanos que este ha suscripto.⁵³

Ahora bien, la protección a defensoras y defensores contempla una simultaneidad de derechos que deben ser protegidos para garantizar que estos puedan desarrollar su actividad. Tal deber de protección incluye, además de los derechos inherentes e individuales que deben ser reconocidos a cada una de las personas defensoras de derechos humanos, las medidas necesarias para crear las condiciones en las cuales los defensores de derechos humanos puedan disfrutar plenamente de sus derechos.⁵⁴ La protección debe ser vista como un conjunto de aspectos para garantizar un “espacio contextual”⁵⁵ en el que las personas puedan

49 Aprobada mediante Resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ver la declaración en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Declaration.aspx>.

50 El artículo 1º de la declaración sobre defensores manifiesta que “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional” (Naciones Unidas, 1999).

51 El artículo 9.4 de la declaración sobre defensores dispone el derecho que toda persona tiene individual o colectivamente, “(...) de conformidad con los instrumentos y procedimientos internacionales aplicables, a dirigirse sin trabas a los organismos internacionales que tengan competencia general o especial para recibir y examinar comunicaciones sobre cuestiones de derechos humanos y libertades fundamentales, y a comunicarse sin trabas con ellos” (Naciones Unidas, 1999).

52 Artículo 12: “El Estado garantizará la protección por las autoridades competentes de toda persona, individual o colectivamente, frente a toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos mencionados en la presente Declaración”.

53 La obligación de respeto y garantía se encuentra estipulada en el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 3 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Pactos y Convenciones suscritas y ratificadas por Colombia.

54 Artículo 2 de la Declaración sobre defensores de derechos humanos.

55 El “espacio contextual” es un término utilizado por la Sra. Hina Jilani, Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, para denominar un conjunto de situaciones que deben reunirse para garantizar un adecuado y libre ejercicio de la defensa de

defender los derechos humanos libremente. Ello incluye, por ejemplo, el respeto a los derechos de reunión y asociación, libertad de expresión, vida e integridad personal y libertad, entre otros derechos. De la misma manera, contiene el acceso a recursos eficaces para que los casos de violencia en su contra sean investigados y sus responsables sancionados a la mayor brevedad posible, así como la adopción de medidas para la protección de quienes se encuentren en riesgo con ocasión a su trabajo, entre muchas otras medidas positivas y negativas que deben ser contempladas por los Estados.⁵⁶

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2006 identificó tres dimensiones que deben ser observadas para la protección a los defensores: 1) individual; 2) colectiva; y 3) social. Así, en la dimensión individual, los Estados deben garantizar todos los derechos individuales y libertades fundamentales a quienes defienden los derechos humanos. Tales derechos como la vida, integridad personal y libertad personal son derechos fundamentales y básicos “para el ejercicio de cualquier otro derecho” (CIDH, 2006: párr. 42). En tal sentido, los Estados deben garantizar a todas las personas defensoras de derechos humanos, que por el ejercicio de su actividad no serán sometidos a violencia o agresión alguna, pues el temor que ello produce, “disminuye la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses” (CIDH, 2006: párr. 40).⁵⁷ En la segunda dimensión, la CIDH partió por reconocer que la defensa de los derechos humanos es de interés público, por lo tanto, comúnmente, y para facilitar el trabajo, las personas se agrupan y conforman organizaciones no gubernamentales, u otras formas asociativas, las cuales el Estado debe garantizar, no solo respetando la conformación de las organizaciones sino también facilitando su trabajo (CIDH, 2006: párr. 33). En ese sentido, se asocian a esta dimensión, por ejemplo, los derechos de reunión y libertad de asociación,⁵⁸ como derechos fundamentales para la defensa de los derechos humanos cuya restricción comporta “graves obstáculos” al ejercicio de este derecho (CIDH, 2006: 51). Por último, la tercera dimensión se refiere a la intención de la promoción y protección de los derechos humanos de buscar cambios que permitan la plena realización

los derechos humanos. “Debe prestarse especial atención a la protección y el mantenimiento del ‘espacio contextual’ en el que actúan los defensores, y en particular los derechos de reunión y expresión y la posibilidad de registrar legalmente una organización de derechos humanos y obtener financiación para su funcionamiento. Con ese “espacio” garantizado, los defensores están en mejores condiciones de desarrollar sus actividades y defender sus propios derechos” (Naciones Unidas, 2003: párr. 87).

56 El artículo 12 de la “Declaración de defensores” consigna que es deber del Estado garantizar la protección de los defensores de derechos humanos, frente a “toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria”, por parte del Estado o de terceros que ocurran con ocasión al ejercicio legítimo del derecho a defender los derechos humanos.

57 Adicionalmente, la Comisión ha manifestado que “la práctica sistemática y reiterada de atentados contra la vida, la integridad física y la libertad de los miembros de una organización de defensa de derechos humanos comporta adicionalmente una violación de la libertad de asociación” (CIDH, 2006: párr. 44).

58 El artículo 5 de la “Declaración sobre defensores” establece que, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional: a) A reunirse o manifestarse pacíficamente; b) A formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos; c) A comunicarse con las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales (Naciones Unidas, 1999: art. 5).

no solo de los derechos individuales sino para el bienestar de toda la sociedad (CIDH, 2006:). Ello es importante, por cuanto exalta una dimensión de la defensa de los derechos humanos que trasciende los derechos y libertades individuales, hacia una dimensión colectiva en la que su desconocimiento, constituye agresiones contra la sociedad misma, en consecuencia, los obstáculos al derecho a defender los derechos humanos, son, al mismo tiempo, límites al logro colectivo de los derechos de una sociedad.

Por su parte, la obligación general de respeto y garantía ha sido analizada también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En reiteradas jurisprudencias, ha sostenido que los Estados partes tienen el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁵⁹ Al respecto también ha manifestado la Corte, que ese deber⁶⁰ entraña la necesidad de actuar en dos direcciones: por un lado, indica la supresión de normas y prácticas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos y, por otro, la expedición de normas que conduzcan a garantizar los derechos consagrados en esta, máxime cuando existen evidencias de prácticas contrarias a la Convención.⁶¹

En esa misma línea, la CIDH (2006), en el Informe sobre la situación de defensores y defensoras en las Américas, recomendó a los Estados implementar “una política global de protección de los defensores de derechos humanos”, en cumplimiento de las obligaciones de garantías que se derivan de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH, 2006: 5). Para tales fines, la CIDH definió algunos parámetros bajo los cuales debería entenderse tal “política global de protección”. En principio, la CIDH (2011a) consideró la necesidad de superar el “clima de descrédito y desprestigio a defensoras y defensores creado por las propias autoridades”, así como promover una “cultura de derechos humanos” en la que se reconozca “pública e inequívocamente” el papel que ejercen las defensoras y defensores de derechos humanos en su rol de garantes de la democracia y el Estado de Derecho (2011a: 215).⁶² De la

59 Ver, por ejemplo, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, Ser. C, N° 4, 1988, párrafo 166.

60 Artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. La misma obligación se establece en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párrafo 207.

62 Esto incluye la investigación y sanción de los funcionarios públicos que emitan señalamientos y sugieran que “las organizaciones de derechos humanos actúan de manera indebida o ilegal, solo por el hecho de realizar sus labores de promoción o protección de derechos humanos” (CIDH, 2011a: 240). De la misma

misma manera, sostuvo que la política global de protección debe estar dirigida a “subsanan el riesgo” que afecta a las defensoras y defensores y garantizar la continuidad de sus labores con observancia de la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido sobre las obligaciones a cargo de los Estados (2011a: 219).

En síntesis, la CIDH considera, por lo menos, cuatro aspectos que debe contener una “política global de protección”:

- a) adoptar políticas públicas, normativas o de cualquier naturaleza para favorecer que los defensores realicen libremente sus actividades;
- b) abstenerse de imponer obstáculos administrativos, legislativos, y de cualquier índole que dificulten su labor;
- c) proteger a defensoras y defensores cuando son objeto de amenazas a su vida e integridad personal;
- d) investigar las violaciones cometidas contra defensores y defensoras de derechos humanos combatiendo la impunidad (CIDH, 2011a: 220).

6. Los mecanismos y procedimientos especiales de protección a defensoras y defensores de derechos humanos

Con el propósito de hacer seguimiento a la situación de los defensores, han sido implementados diversos mecanismos y procedimientos especiales. En este marco, se han realizado informes y recomendaciones al Estado Colombiano por la violencia ejercida en contra de los defensores y defensoras de derechos humanos.⁶³

En el año 2001, el secretario General designó a la señora Hina Jilani como Representante Especial de Naciones Unidas para los Defensores de Derechos Humanos,⁶⁴ con el objetivo de informar sobre su situación y aumentar su protección. En el período de sesiones del año 2000, la Comisión de Derechos Humanos encomendó al Secretario General recabar información sobre la situación en la que se encontraba este grupo de personas en el mundo con la

manera, incluye, actividades de educación dirigidas a todos los agentes del Estado y a la sociedad en general para “concientizar a la sociedad acerca de la importancia y validez del trabajo de las defensoras y defensores de derechos humanos y de sus organizaciones” Así como también “Instruir a sus autoridades para que desde el más alto nivel, se generen espacios de diálogo abierto con las organizaciones de derechos humanos para conocer tanto sus opiniones acerca de las políticas públicas como los problemas que les aquejan” (CIDH, 2011a: 240).

63 Para mayor información, puede consultarse: Recomendaciones al Estado de Colombia para la protección de los defensores de derechos humanos en Colombia desde 1980-2002. En http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/recomendaciones/reco3_2.html.

64 “El mandato fue renovado mediante la resolución 2003/64, de la Comisión de Derechos Humanos en el año 2003 y por el Consejo de Derechos Humanos en el año 2007. En el año 2008, mediante la resolución 7/8, y en 2011, con la resolución 16/5, el Consejo de Derechos Humanos decidió prorrogar el mandato sobre los defensores de los derechos humanos por períodos consecutivos de tres años. En marzo de 2008, este mismo órgano designó a la Sra. Margaret Sekaggya como Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos”. En <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Mandate.aspx>.

intención de prestar apoyo a la declaración de defensores,⁶⁵ lo que dio lugar a la creación de este procedimiento especial.

Adicionalmente, en el ámbito regional, se creó en el mes de diciembre de 2001 a Unidad de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos. Esta unidad tuvo como antecedentes el Informe Anual de 1998 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se resaltó la importancia de los defensores de derechos humanos y se hicieron recomendaciones a los Estados para que adoptaran medidas de protección a las personas que se dedicaban a dicha actividad en la región. El informe ocasionó que, en 1999, la Asamblea General de la OEA recomendara tanto al Consejo Permanente como a la Comisión Interamericana, la coordinación de acciones que permitieran continuar con el estudio de la situación de los defensores de los derechos humanos (OEA, 1999). En consecuencia, en el año 2001, la Asamblea General de la OEA solicitó expresamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos un estudio integral sobre la labor de los defensores de derechos humanos, para analizar en las “instancias políticas pertinentes”, lo que dio lugar a la creación de la Unidad por parte de la Secretaría Ejecutiva.⁶⁶ Luego de diez años de funcionamiento de esta Unidad y durante el 141º período de sesiones de marzo de 2011, la convirtieron en una relatoría sobre la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos.⁶⁷

Por su parte, la Unión Europea, en el marco de su política exterior, aprobó las “Directrices de la Unión Europea sobre Defensores de Derechos” en el año 2004. Dichas directrices tienen como propósito el respaldo a la labor que desarrollan los defensores y defensoras de derechos humanos y el apoyo a los procedimientos especiales de Naciones Unidas y mecanismos establecidos por el Sistema Interamericano para la protección de los defensores descritos anteriormente. Las directrices proporcionan lineamientos a los órganos, instituciones y misiones de la Unión Europea, para que estas refuercen en los escenarios de actuación, la promoción y el estímulo al respeto del derecho a defender los derechos humanos. Estas contienen mecanismos prácticos para el apoyo y asistencia a defensoras y defensores que se encuentren en riesgo.⁶⁸

65 Ver la resolución 2000/61, que establece el mandato en: ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2000-61.doc.

66 Al respecto, ver la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2006). CIDH. Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 rev.1. CIDH.

67 Al respecto, ver la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Anexo al Comunicado de Prensa 28/11 sobre el 141o Período de Sesiones de la CIDH. Obtenido de CIDH: www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/028A.asp.

68 Por ejemplo, las directrices disponen que los Jefes de Misión de la Unión Europea pueden desarrollar acciones como a) presentar informes periódicos sobre la situación de los derechos humanos en los países donde se encuentren acreditados; b) recomendar al Grupo de Derechos Humanos de la Unión Europea, recomendaciones para que se desarrollen pronunciamientos sobre las amenazas y ataques en contra de los defensores de derechos humanos, o se realicen gestiones diplomáticas, entre otras; c) hacer recomendaciones de acuerdo con las situaciones analizadas, al Comité Político y de Seguridad y al Consejo de la UE para que actúen en favor de los defensores y defensoras que se encuentren en riesgo. Ver <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st16/st16332-re02.es08.pdf>.

7. Los señalamientos a los defensores y la categoría de “enemigo” en el marco internacional de protección a defensoras y defensores de derechos humanos

Uno de los aspectos que debemos destacar de la “Declaración sobre defensores” es la expresa enunciación de algunos derechos que les son inherentes a la actividad de defensa de los derechos humanos. Por ejemplo, en ella se reafirma que es un derecho denunciar las “políticas y acciones de los funcionarios y órganos gubernamentales en relación con violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales”,⁶⁹ a desarrollar y debatir ideas respecto a los derechos humanos;⁷⁰ conocer, recabar, obtener, recibir y poseer información sobre todos los derechos humanos y libertades fundamentales; publicar, impartir o difundir libremente a terceros opiniones, informaciones y conocimientos; así como a estudiar y debatir la legislación y el cumplimiento de los derechos.⁷¹ Si bien la Declaración contempla de manera específica dichas actividades como derechos, estas se encuentran además protegidas por el derecho a la libertad de expresión regulado por distintas disposiciones internacionales en materia de derechos humanos.⁷²

En ese sentido, los órganos y mecanismos internacionales han expresado su preocupación y emitido recomendaciones al Estado Colombiano, al considerar que la libertad de expresión es un derecho consustancial a la labor de las defensoras y defensores de derechos humanos y un derecho fundamental en el desarrollo de una sociedad democrática. Por lo tanto, cualquier ataque encaminado a silenciarlos constituye una afectación a la libertad de expresión (CIDH, 2006: párr. 79). De esta manera, Naciones Unidas ha considerado que las agresiones contra los defensores incluidas los señalamientos y descalificaciones a su labor, las campañas de difamación orquestadas por los gobiernos y agentes privados, el uso de leyes penales que tipifican las acciones de los defensores como: “incitación a la rebelión”, “difusión de informaciones falsas”, “dañar la reputación del país”, con las cuales acusan a los defensores de “terroristas”, “subversivos” y “enemigos del pueblo”, tiene graves consecuencias para la vida, integridad física y psicológica, y la credibilidad de los defensores ante el resto de la sociedad (Naciones Unidas, 2004: párrs. 37 y 54 y 55).

Desde la década de los noventa, los organismos internacionales han elevado sus pronunciamientos respecto a las graves consecuencias que revisten tales señalamientos en contra de los defensores de derechos humanos en Colombia, en los cuales públicamente las Fuerzas Armadas y otros funcionarios han situado su actuación como “enemigos”. Posterior a los asesinatos y detenciones arbitrarias

69 Artículo 9.3 de la “Declaración sobre defensores”. Asimismo, el artículo 9.3 establece que es un derecho: b) asistir a las audiencias, los procedimientos y los juicios públicos para formarse una opinión sobre el cumplimiento de las normas nacionales y de las obligaciones y los compromisos internacionales aplicables; c) ofrecer y prestar asistencia letrada profesional u otro asesoramiento y asistencia pertinentes para defender los derechos humanos y las libertades fundamentales (Naciones Unidas, 1999: 5).

70 Artículo 7, “Declaración sobre defensores”.

71 Artículo 6, *ibid.*

72 El derecho a la libertad de expresión, se encuentra estipulado en: artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 5d de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

y demás actos de persecución ocurridos a fines del siglo pasado, la Comisión Interamericana en su Informe Anual de 1999, consignó la gravedad de los hechos ocurridos. De la misma manera, llamó la atención sobre la práctica utilizada por los miembros de los organismos de seguridad del Estado y de los grupos paramilitares, que “presumen, con base en actividades legítimas de fomento y protección de los derechos humanos, que estos trabajadores se encuentran involucrados en actividades ilegales o se han transformado en combatientes y blancos legítimos de ataque” (CIDH, 1999: VII.A.8). La CIDH puso de presente que señalar el trabajo de los defensores de derechos humanos como apoyo a la “subversión” es incompatible con los principios básicos del derecho internacional (CIDH, 1999: VII.A.9). Al mismo tiempo, la CIDH advirtió que las agresiones contra las organizaciones de los derechos humanos y sus miembros, por lo general, tienen el propósito de “eliminar directamente a los trabajadores de los derechos humanos, que los actores armados consideran enemigos en el conflicto interno” y silenciar las opiniones, críticas y “las denuncias contra las fuerzas armadas, el Gobierno y otros” (CIDH, 1999: VII.B.63).

Asimismo, en el primer informe sobre la situación de los defensores y defensoras de derechos humanos en las Américas, la CIDH consideró que la honra de las defensoras y defensores de derechos también se ve afectada cuando las autoridades estatales “rinden declaraciones o emiten comunicados en los que se inculpa públicamente a una defensora o defensor de hechos que no han sido judicialmente comprobados” (CIDH, 2006: III.D.99).⁷³ Al respecto, la CIDH ha manifestado que no “debe tolerarse ningún intento de parte de autoridades estatales por poner en duda la legitimidad del trabajo de las defensoras y defensores de derechos humanos” y tampoco el de las organizaciones a las que pertenecen (CIDH, 2006: III.D.99). En tal sentido, los funcionarios públicos tienen el deber de abstenerse de realizar dichas declaraciones que “sugieran que las organizaciones de derechos humanos actúan de manera indebida o ilegal, solo por el hecho de realizar sus labores de promoción o protección de derechos humanos” (CIDH, 2006: III.D.99). Y más aún, la CIDH ha reiterado que el señalamiento público de los abogados defensores como “enemigos del Estado” pone en peligro la propia vida de estos, pues la estigmatización puede originar que miembros de las “Fuerzas de Seguridad del Estado” y/o integrantes de grupos paramilitares le den tratamiento de guerra como “blancos militares” (CIDH, 2011: 48).

Por su parte, el tema también ha estado presente en los informes anuales o temáticos de los órganos y procedimientos especiales de Naciones Unidas. Por ejemplo, en 2010, la Relatora Especial para la situación de los defensores de los derechos humanos, Margaret Sekaggya, en el Informe de su Misión a Colombia,

73 Por ejemplo, en el Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), la CIDH, en el informe de Fondo, manifestó que a los sacerdotes, se les había vulnerado el derecho a la honra y dignidad al haberse llevado a cabo una “campana de desprestigio emprendida por el Estado en su contra” y “que se les presentó a la opinión pública como transgresores irresponsables y como una amenaza para la paz en Chiapas, sin haber probado en lo más mínimo las acusaciones”. Ver CIDH (1999). Informe de Fondo N° 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México), 13 de abril de 1999, párr. 96. En <http://www.cidh.org/annualrep/98span/fondo/mexico%2011.610.htm>.

ratificó que, la “estigmatización y difamación sistemática” contra los defensores de derechos humanos por parte de funcionarios públicos y agentes no estatales, es “una de las razones principales” de la inseguridad y riesgo que enfrentan los defensores en Colombia (Naciones Unidas, 2009: párr. 60).⁷⁴

En sentido similar, dichas observaciones habían sido formuladas por la anterior relatora Sra. Hina Jilani, en el Informe de la misión a Colombia realizada en el año 2001. En esa oportunidad, la relatora manifestó preocupación por la “retórica irresponsable en contra de los defensores de derechos humanos, a quienes acusan con frecuencia de ser colaboradores de la guerrilla” (Naciones Unidas, 2002: 4) al tiempo que deploró que la actividad de la defensa de derechos humanos en Colombia fuese considerada como una “actividad subversiva” (Naciones Unidas, 2002: 21). La relatora advirtió que las amenazas e intimidaciones cometidas en contra de los defensores, son represalias que pretender silenciar las denuncias que “las asociaciones hacen en contra de ciertos miembros de los organismos de seguridad, los paramilitares y el Gobierno” (Naciones Unidas, 2002: 20). Asimismo, constató que existe un “patrón de abusos graves” cometidos contra las personas que defienden los derechos humanos en Colombia, que incluyen amenazas, desapariciones forzadas, homicidios y desplazamiento forzoso (Naciones Unidas, 2002: 3).

No obstante, pese a las innumerables recomendaciones de los organismos internacionales y como se pudo observar a lo largo de la presente investigación, estos calificativos corresponden a la configuración de una doctrina militar que ha logrado consolidarse desde el interior de las Fuerzas Armadas y ha trascendido hacia otras instancias públicas del Estado. Esto ha traído graves consecuencias para la defensa de los derechos humanos en Colombia. Adicionalmente, es preocupante que dicha práctica haya gozado de impunidad⁷⁵ y de “ausencia de controles democráticos externos”, como lo manifestó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe del año 2011, al referirse a las operaciones “ilegales y clandestinas” del uso de la inteligencia estatal en contra de defensoras y defensores de derechos humanos ⁷⁶ (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011: párr. 23).⁷⁷

74 De la misma manera, en su informe del año 2010, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos manifestó sobre Colombia que “ve con preocupación que algunos funcionarios públicos, civiles y militares, han continuado realizando declaraciones contra defensores y defensoras de derechos humanos, acusándoles o sugiriendo que su trabajo es contrario a los intereses del Estado o que son simpatizantes de la guerrilla. Tales señalamientos aumentan los factores de riesgo de los defensores y defensoras y pueden limitar sus actividades, provocando autocensura y profundizando la desconfianza entre el Estado y la sociedad civil” (Naciones Unidas, 2010: párr. 28).

75 La Comisión ha reiterado que la impunidad en las investigaciones sobre los hechos de agresión contra los defensores, “además de poner en riesgo la vida de centenares de defensoras y defensores en la región, también contribuye a crear un ambiente de intimidación y amedrentamiento que impide el pleno ejercicio de la defensa de los derechos humanos” (CIDH, 2006: IV.G.126).

76 El Alto Comisionado de Naciones Unidas en su informe, reiteró que su oficina, continúa recibiendo denuncias sobre “seguimientos, hostigamientos, amenazas, robos de información, alteración de páginas web e ingresos ilegales a oficinas y domicilios de distintas organizaciones de la sociedad civil”, que en muchas ocasiones han sido atribuidas a actuaciones de los organismos de inteligencia militar (2011: párr. 23).

77 Al respecto, la CIDH (2006) ha dicho que “las fuerzas de seguridad del Estado pueden verse en la necesidad de realizar operaciones de inteligencia, de acuerdo con la ley, para combatir el delito o proteger el orden constitucional, para facilitar procesos penales y operaciones militares concretas y legales” (2006:

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad”, pero los Estados no pueden valerse de cualquier procedimiento para alcanzar “sus objetivos”.⁷⁸ Así pues, la función pública tiene límites y estos se derivan de los derechos humanos que son atributos inherentes a la dignidad humana y por tanto superiores al poder del Estado.⁷⁹ En ese sentido, la CIDH (2009) ha manifestado su preocupación porque en algunos países no existe separación entre la Seguridad interior y la defensa nacional, lo que no permite una separación clara y precisa de las funciones de la Policía y las funciones que le corresponden a las Fuerzas Armadas. Al respecto la Comisión ha señalado que la historia de la región, ha demostrado que, la “intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad interna en general se encuentra acompañada de violaciones de derechos humanos en contextos violentos”, dado que estas no están entrenadas ni dotadas para la protección de civiles, sino para la derrota del “enemigo” (CIDH, 2009: IV.A.104). De hecho, es recurrente que en distintos países, se justifique la participación de las Fuerzas Armadas en cuestiones de seguridad interior, aduciendo la necesidad de combatir cierto tipo de delitos. Sin embargo, al respecto la CIDH ha manifestado que no deben confundirse “los conceptos de seguridad pública y seguridad nacional, cuando es indudable que la criminalidad ordinaria –por muy grave que sea– no constituye una amenaza militar a la soberanía del Estado” (CIDH, 2009: IV.A.103).

Al respecto del rol que deben cumplir las Fuerzas Armadas en un Estado democrático de derecho, Rodríguez Rescia *et al.* (2005) han sostenido que “los derechos humanos informan y definen los parámetros profesionales de las Fuerzas Armadas modernas” (2005: 11). Así también consideran que la “principal obligación de las Fuerzas Armadas es la subordinación al poder civil y la observancia estricta de lo establecido en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado”. Ello incluye, por ejemplo, el deber de las Fuerzas Armadas de cumplir con los mandatos de “apoliticismo, no deliberancia y obediencia que la ley les manda”⁸⁰ (2005: 21).

Finalmente, para avanzar hacia el fortalecimiento democrático en una sociedad, Rodríguez Rescia *et al.* sostienen que es importante la observación “de los derechos humanos en la doctrina militar, en sus principios y valores de las instituciones militares” (2005: 21).

IV.D.100). Pero que están no deben dirigirse contra las organizaciones de derechos humanos y sus miembros en razón de sus actividades. “La Comisión subraya que de acuerdo a sus obligaciones en materia de derechos humanos, el Estado no puede mantener expedientes de inteligencia como medio de control de la información general relacionada con la ciudadanía” (CIDH, 2006: IV.D.100).

78 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988. párr. 154. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

79 *Ibid.* párr. 165.

80 En la Constitución Política de Colombia, este deber se encuentra en el artículo 219 que dice: “La Fuerza Pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley. Los miembros de la Fuerza Pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos” (Constitución Política de Colombia de 1991). Puede consultarse en <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>.

CONCLUSIONES

A la larga historia de violencia y represión en Colombia desde mediados del siglo XX, se ha antepuesto la lucha de quienes han denunciado y exigido la vigencia de los derechos humanos y la democratización del país. Las defensoras y los defensores de derechos humanos han logrado resistir, confrontando y cuestionando la multiplicidad de prácticas autoritarias ejercidas desde el Estado, luchando por la memoria y contra el olvido, por la verdad y la justicia de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y allanando caminos hacia la búsqueda de la paz. Todo ello, aun en medio del contexto de riesgo, que ha silenciado a centenares de defensores y defensoras que, como lo comenta el Premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, no pudieron ser indiferentes ante el “sufrimiento de nuestro pueblo”, actuando guiados por el valor de la conciencia, del espíritu, de su dignidad como personas, lucharon en contra de la violencia de Estado y de la represión, de la misma manera que en el resto de América Latina (ver Pérez Esquivel y Daisaku, 2011: 39). Sin embargo, la elaboración de las memorias de esas luchas en Colombia, es una tarea que aún se encuentra inconclusa.

Entre tanto, desde una perspectiva académica, este trabajo aporta a la reconstrucción de la memoria colectiva de nuestro país a partir del estudio de la labor de los defensores de derechos humanos, un aspecto aún poco explorado por las ciencias sociales y humanas.

Tal y como se evidenció, con la Doctrina de Seguridad Nacional, se generaron en Colombia prácticas sistemáticas de terror, represión, control y eliminación dadas a través de un estado de excepción cuasipermanente (Sousa Santos y García Villegas, 2001: 62). Así y apelando al estado de sitio, las fuerzas militares y de Seguridad en Colombia robustecieron su poder durante la década de los setenta y principios de los ochenta, obteniendo prerrogativas propias de un régimen militar. En este contexto de represión, surgiría el movimiento de derechos humanos, cumpliendo un rol importante al interpelar al Estado Colombiano por el cumplimiento de los derechos civiles y políticos y por el trabajo de denuncia de las masivas violaciones de derechos humanos en Colombia.

Debido a su rol desempeñado, las Fuerzas Armadas en Colombia, les fueron vinculando con el “enemigo interno” al igual que se venía haciendo con distintos grupos, activistas, sindicalistas y otros actores sociales, en función de la dinámica de reclamo social presentada en cada etapa de las luchas sociales.

A partir de las fuentes analizadas, podemos concluir que la Doctrina de Acción Integral responde a un proceso progresivo de construcción que fue desarrollándose al interior de la academia militar a partir de la segunda mitad de la década de los noventa. En este proceso, las Fuerzas Armadas articularon como discurso común una interpretación o apreciación del conflicto colombiano, a partir de la resignificación y reinterpretación de instrumentos tácticos de la Doctrina Contrainsurgente y de la ideología de la Doctrina de Seguridad Nacional. De ahí que consideraron, entre otros aspectos, que no solo se libraba una guerra en el plano militar, sino también una “guerra política” y como parte de ella le asignaron al movimiento de derechos humanos un rol central: “la guerra jurídica”. Lo novedoso en esta etapa es la construcción de una categoría particular y específica del “enemigo interno” asociada a los defensores de derechos humanos.

El trabajo de investigación pudo dar cuenta de que gran parte de las narrativas contra los defensores de derechos humanos –y mediante las cuales se pretende argumentar la existencia de una “guerra jurídica”– se encuentran asociadas a temas relacionados con el rol de los defensores de los derechos humanos, tales como la lucha contra la Justicia Penal Militar, el impulso de procesos jurídicos de violaciones a los derechos humanos, las denuncias nacionales e internacionales sobre crímenes contra la población civil, la connivencia con los grupos paramilitares, la búsqueda de la paz, entre otros.

Un aspecto importante que debe resaltarse en los hallazgos es que no se trata de un simple ejercicio teórico y mero uso de discursos contra la actuación de los defensores. Por el contrario, la Doctrina de Acción Integral ha definido una serie de prácticas para desarrollar por el conjunto de las Fuerzas Armadas, las cuales han denominado “Acción Integral” para “neutralizar” y “contrarrestar” la “guerra jurídica y política” que, según las Fuerzas Armadas, desarrollan los defensores de derechos humanos. Hemos visto, igualmente, que dichas narrativas han sido apropiadas por otras instituciones del Estado, desde donde se han efectuado labores que atentan contra las defensoras y defensores.

Observamos pues cómo se desplegaron una serie de acciones represivas en contra de los defensores de derechos humanos a la par que se desarrollaban los fundamentos de una Doctrina militar, y se formalizaba en textos oficiales de las Fuerzas Armadas (2002 y 2010). Aquí nos referimos, por ejemplo, a los primeros años desde 1997, en los cuales la noción de “guerra jurídica” aparece en las fuentes consultadas y obtuvo un desarrollo importante por parte de Miliars activos y retirados. Hemos intentado de mostrar que no es casualidad que, en esos primeros años, ocurrieron asesinatos de líderes representativos en la defensa de los derechos humanos, sistemáticas amenazas, detenciones sin fundamento, actividades ilegales de inteligencia militar, entre otras modalidades de agresión. Un segundo momento, lo podemos observar a partir de la Política de Seguridad Democrática que contó con el escenario propicio para la implementación de dicha doctrina militar. En ese período de tiempo, se pudo observar un patrón de señalamientos y estigmatizaciones sistemáticas desde diversas instancias estatales, así como la práctica ilegal de interceptaciones, seguimientos y amenazas

contra defensores y defensoras a quienes se les atribuyó el desarrollo de una “guerra jurídica y política”.

Tales hallazgos permiten concluir que la Doctrina de Acción Integral, que conceptualizó la defensa de los derechos humanos como “guerra jurídica”, funcionó creando el marco o condición de posibilidad para la persecución sistemática de los defensores. Asimismo, consideramos que hemos aportado documentación para sostener que incluso muchas de las formas de represión fueron motivadas por ella durante el período de estudio.

La noción de “guerra jurídica” ha sido configurada como represalia a la actuación de los defensores y defensoras en la búsqueda de la verdad y la justicia de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos ocurridas en Colombia. Así se ha pretendido silenciar y deslegitimar a quienes impulsan los procesos ante instancias judiciales en los cuales se encuentran comprometidos miembros de las Fuerzas Armadas. Dicha noción de “guerra jurídica” constituye, entonces, un mecanismo más para favorecer y garantizar la impunidad, que se ha configurado desde la doctrina militar. Bajo este “argumento”, las Fuerzas Armadas asumen el papel de “víctimas” e intentan restar credibilidad a las denuncias y procesos judiciales en su contra, lo cual impacta negativamente en el derecho que tienen las víctimas de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación.

Ahora bien, pese a los traumáticos hechos ocurridos y de la incesante lucha de los defensores exigiendo garantías a su labor, las medidas que fueron adoptadas por el gobierno de Colombia han sido insuficientes. Es decir, las modalidades de agresión han sido denunciadas al mismo tiempo que los defensores y los órganos de supervisión de los derechos humanos han emitido recomendaciones al Estado Colombiano para la implementación de medidas encaminadas a la protección de su actividad. Sin embargo, se observó que ninguna de las recomendaciones y solicitudes contemplan la revisión de la doctrina militar colombiana, como una de las fuentes de riesgo. Lo que sí aparece como una constante es la revisión y depuración de los archivos de inteligencia militar, en los que se encuentran reseñados defensoras y defensores por el trabajo que desarrollan, así como los pronunciamientos públicos y directivas internas para el respeto a su labor, entre otras medidas. Sin restarles la debida importancia a dichas medidas, es preciso señalar que lo evidenciado en esta investigación permite concluir que muchas de las agresiones cometidas en su contra se encuentran motivadas por una doctrina militar que se propaga desde el principal centro de Formación de las Fuerzas Armadas y desde donde se incita a actuar contra quienes defienden los derechos humanos.

Entonces, la doctrina militar puede ser considerada una de las causas estructurales que debe ser revisada y analizada a la luz de los estándares internacionales de protección a los defensores de derechos humanos. Ello es así debido a que de su análisis se desprende que contiene una serie de prácticas que son contrarias a los tratados internacionales en derechos humanos suscritos por el Estado Colombiano y que, por lo tanto, deberían ser removidas y/o eliminadas.

Finalmente, es necesario advertir que en la presente tesis hemos hecho una aproximación al “ciclo vital” de una doctrina militar en Colombia, es decir, su nacimiento, su crecimiento y su progresiva elaboración. Sin embargo, no podríamos

asegurar al año 2011, en el que concluye nuestro período de estudio, en qué momento de madures pueda encontrarse la Doctrina de Acción Integral. Lo anterior tiene mayor asidero si se tiene en cuenta el largo ciclo que ha tenido la Doctrina de Seguridad Nacional, que aún sigue vigente en Colombia y los catastróficos efectos que su implementación ha traído para los derechos humanos en el país.

Ahora bien, consideramos que este trabajo puede ser el inicio de un programa de investigación más amplio que permita continuar conociendo la Doctrina de Acción Integral en relación con otros aspectos de la vida social y política de Colombia, el impacto y relación con la vigencia de los derechos humanos, los límites que desde los derechos humanos se le imponen a las doctrinas militares y los mecanismos de control que existen al interior de Colombia, entre otros aspectos. En esa línea, se hace necesario abrir debates desde la academia y desde el movimiento de derechos humanos hacia un análisis del rol que deben cumplir las Fuerzas Armadas en Colombia para el respeto a la democracia y al Estado Social de derecho.

Lo anterior implica conocer y observar la experiencia que otros países de América Latina han tenido en debates efectuados sobre el rol de las Fuerzas Militares y la subordinación de estas al poder civil. Tal es el caso de Argentina, que inició un proceso de reestructuración de las Fuerzas Armadas y le destinó el papel exclusivo de la defensa exterior, como ocurrió en el año 2006,¹ por lo que se vieron separadas de sus funciones de seguridad interna del país.

Por otro lado y desde la academia avanzar en la conceptualización del derecho a defender los derechos humanos y la violencia ejercida contra defensoras y defensores, es un desafío, pues es un campo poco explorado en donde se requiere avanzar para una adecuada protección de los defensores y defensoras de derechos humanos.

1 La reestructuración inició con la reglamentación de la Ley de Defensa mediante el Decreto N° 727 que el presidente de la República Argentina, Néstor Kirchner, firmó en junio de 2006. Se diferenciaron funciones y se trasladaron a organismos civiles algunas responsabilidades que no siendo militares se encontraban bajo el dominio de los uniformados: por ejemplo la aviación civil, el Servicio Meteorológico Nacional y el Servicio de Hidrografía Naval. Ver Derghougassian Khatchik (2012).

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio** (2007). *Estado de excepción, Homo Sacer, II, I*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- Atehortúa Cruz, Adolfo León** (2004). “Los estudios acerca de las fuerzas armadas en Colombia: balance y desafíos”, *Análisis Político* N° 51, Bogotá, pp. 12-24.
- Bejar, Dolores y Raggio, Sandra** (2012). “El surgimiento del movimiento de derechos humanos: el reclamo por Verdad y Justicia (1976-1983)”. Disponible en http://comisionporlamemoria.net/bibliografia2012/ejes/represion_raggio.pdf, consultado en mayo de 2014.
- Colombia Nunca Más** (2000). *Colombia Nunca Más crímenes de lesa humanidad. Zona 7a. 1966...* Bogotá, Colectivo de abogados José Avar Restrepo.
- (2000). *Colombia Nunca Más crímenes de lesa humanidad. Zona 14. 1966...* Bogotá, Colectivo de abogados José Avar Restrepo.
- Comblin, Joseph** (1989). *Dos ensayos sobre seguridad nacional*. Estudios Vol.6, Vicaría de la Solidaridad. Arzobispado de Santiago (1979): 9/189. Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0016007.pdf>, consultado en mayo de 2014.
- Comisión Colombiana de Juristas** (2012). *Imperceptiblemente nos encerraron. Exclusión del sindicalismo y lógicas de la violencia antisindical en Colombia 1979-2010*. Bogotá, Giro Editores.
- (2013). *Desafiando la intransigencia*. Bogotá, Opciones Gráficas Editores.
- Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos** (2004). *Derechos Humanos en Colombia Veinticinco Años itinerario de una historia*. Bogotá.
- Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos** (2006). *Libertad: rehen de la “seguridad democrática”. Detenciones arbitrarias en Colombia*. Documento temático N° 2. Bogotá, Códice.
- (2008). *Informe final de la misión internacional de observación sobre ejecuciones extrajudiciales e impunidad*. Bogotá, Codice.
- (2012). *Ejecuciones extrajudiciales en Colombia 2002-2010: crímenes de lesa humanidad bajo el mandato de la seguridad democrática*. Bogotá, Codice.
- De Gori, Esteban** (2009). “Doctrina de Seguridad Nacional y políticas de contra-insurgencia en Honduras”, en Feierstein, Daniel (comp.): *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina*. Buenos Aires, Prometeo, pp. 141-159.
- Derghougassian, K.** (2012). “Evolución de la política de defensa”, en K. Derghougassian, V. L. Larocca, J. G. Tokatlian, F. Merke y G. Montenegro: *La defensa en el siglo XXI. Argentina y la Seguridad Regional*. Buenos Aires, Capital Intelectual, pp. 13-46.
- De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio** (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico (vol. 2)*. Bogotá, Siglo del

hombre editores.

Duran García, Mauricio (2009). *De la insurgencia a la democracia: estudios de caso: Colombia, Sudáfrica, Irlanda del Norte, Acheh, Nepal, Sri Lanka*. Bogotá, CINEP.

Feierstein, Daniel (2009). “Guerra, genocidio, violencia política y sistema concentracionario en América Latina”, en Daniel Feierstein (comp.): *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina*. Buenos Aires, Prometeo, pp. 9-32.

Funes, Patricia (2001). “Nunca Más, memorias de las Dictaduras en América Latina. Acerca de las Comisiones de verdad en el Cono Sur”, en Bruno Groppo y Patricia Flier (comp.): *La imposibilidad de olvido. Recorridos de la memoria en Argentina, Chile y Uruguay*. La Plata, Ediciones Al margen, pp. 43-61.

Gallón, Gustavo (1991). *Guerra y constituyente*. Bogotá, Litocamargo.

—(1997). “Diplomacia y Derechos Humanos: entre la inserción y el aislamiento”, en Ramírez, Socorro (coord): *Entre la inserción y el aislamiento. La política exterior colombiana en los años noventa*. Bogotá, Siglo del hombre editores, pp. 202-231.

García, Alicia S. (1991). *La Doctrina de la Seguridad Nacional*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.

García V, Marta Cecilia (2008). “La lucha cotidiana por los derechos, por la memoria, justicia y dignidad”, en Programa Somos Defensores: *Defender y proteger la vida. La acción de los defensores de derechos humanos en Colombia*. Bogotá, Antropos, pp. 17-30.

García Villegas, Mauricio y Uprimny, Rodrigo (2005). *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Bogotá, DJS.

Garretón, Manuel A. (1978). “De la seguridad nacional a la nueva institucionalidad”, *Foro internacional*, Vol. 19, N° 1 (73), pp. 113-127.

—(1984). *Dictaduras y Democratización*. Santiago de Chile, FLACSO.

Giraldo M., J. (1994). “Esta Democracia Genocida”. Disponible en <http://www.javiergiraldo.org/spip.php?article58>, consultado en abril de 2014.

—(19 de marzo de 2003). “El Paramilitarismo en Colombia, ayer y hoy”. Recuperado el 10 de junio de 2014, de Desde los márgenes: <http://www.javiergiraldo.org/spip.php?article77>.

—(2003a). “El Paramilitarismo en Colombia, ayer y hoy”. Disponible en <http://www.javiergiraldo.org/spip.php?article77>, consultado en junio de 2014.

—(2003b). “Ante el Tribunal Internacional de Opinión sobre el Sur de Bolívar”. Disponible en <http://www.javiergiraldo.org/spip.php?article51>, consultado en mayo de 2014.

—(2003c). “20 años de Asfaddes - desde los márgenes”. Disponible en <http://www.javiergiraldo.org/spip.php?article36>, consultado en mayo de 2014.

—(2012). “Democracia formal e impunidad en Colombia. De la represión al ajuste del sistema jurídico”, en Pigrau Solé, Antoni y Fraudatario, Simona (eds.): *Colombia entre violencia y derecho. Implicaciones de una sentencia del Tribunal Permanente de los Pueblos*. Bogotá, Linotipia Bolívar, pp. 143-156.

Grupo de Memoria Histórica (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Informe General Grupo de Memoria Histórica*. Bogotá, Centro Nacional de Memoria Histórica.

- Guzmán Andreu, Federico** (2003). *Fuero Militar y Derecho Internacional*. Bogotá, Comisión Internacional de Juristas y Comisión Colombiana de Juristas.
- Herrera Varela, Alexander** (2008). *Memoria Colectiva y procesos de Identidad Social en el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado. MOVICE 2008*. Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, mimeo.
- Ibáñez Sánchez, José Roberto** (2007). “Importancia, necesidad y trascendencia del fuero militar”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, LXII, N° 201, Bogotá, pp. 60-67.
- Jelin, Elizabeth** (1995). “La política de la memoria: El Movimiento de Derechos Humanos y la construcción de la democracia en la Argentina”, en Jelin, Elizabeth *et al.*: *Juicio, castigo y memorias: derechos humanos y justicia en la política argentina*. Buenos Aires, Nueva Visión.
- (2001). “Exclusión, memorias y luchas políticas”, en CLACSO: *Estudios latinoamericanos sobre cultura y transformaciones sociales en tiempos de globalización*. Buenos Aires, pp. 91-110. Versión electrónica disponible en <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20100912040237/7jelin.pdf>.
- Leal Buitrago, Francisco** (2002). *La Seguridad Nacional a la deriva. Del Frente Nacional a la Posguerra Fría*. México D. F., Alfaomega Colombiana.
- (2011). “Una visión de la seguridad en Colombia”, *Análisis político*, Vol. 24; N° 73, Bogotá, pp. 3-36.
- López, Ernesto** (1985). “Doctrinas Militares en Argentina: 1932-1980”, en **Moneta, Carlos; López, Ernesto y Romero, Alberto**: *La Reforma Militar*. Buenos Aires, Legasa, pp. 102-143.
- Medina Gallego, Carlos** (2010), *Farc-Ep y Eln una historia política comparada (1958- 2006)*. Tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, mimeo.
- Medina, M.** (1994). “La Historiografía Política del Siglo XX”, en Tovar Zambrano, Bernardo (comp.): *Ensayos de historiografía colombiana y latinoamericana*. Bogotá, Universidad Nacional, pp. 433-532.
- Molinari, Lucrecia** (2009). “El Salvador de la masacre de 1932 a la guerra civil”, en Feierstein, Daniel (comp.): *Terrorismo de Estado y genocidio en América Latina*. Buenos Aires, Prometeo, pp. 141-159.
- Pardo, Guido Bonilla y Valencia Villa, Alejandro** (1992). *Justicia para la justicia: violencia contra jueces y abogados en Colombia 1979-1991*. Bogotá, Comisión Internacional de Juristas y Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.
- Pérez Esquivel, A. y Daisaku, I.** (2011). *La fuerza de la Esperanza: Reflexiones sobre la Paz y los derechos humanos en el tercer milenio*. Buenos Aires, Planeta.
- Pérez Ramos, Carlos José** (2009). “El Genocidio en Chile: La construcción sociodiscursiva de la verdad” en Feierstein, Daniel (comp.): *Terrorismo de Estado y Genocidio en América Latina*. Buenos Aires, Prometeo, pp. 183-219.
- Programa No Gubernamental de Protección a Defensores de derechos humanos, Somos Defensores** (2008a). *La acción de los defensores de derechos humanos en Colombia*. Bogotá, Antropos.
- Rempe, Dennis** (2002). *The Past as Prologue?: A History of US Counterinsurgency Policy in Colombia 1958-66*. Disponible en <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pdf/files/pub17.pdf>, consultado en marzo de 2014.

Rivas Moreno, Gerardo (1980). *Libro negro de la represión. 1958-1980*. Bogotá, Fundación para la investigación y la cultura (FICA).

Rodríguez Rescia, Víctor et al. (2005). “Manual de Derechos Humanos para las Fuerzas Armadas”. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Romero, Flor Alba (2001). “El Movimiento de Derechos Humanos en Colombia”, en Archila, Mauricio y Pardo, Mauricio (eds.): *Movimientos Sociales, Estado y Democracia*. Bogotá, Lito Camargo.

Saavedra, María del Rosario (2007). “Mario Calderón y Elsa Alvarado”, *Cien días vistos por el CINEP*, N°60, Bogotá, pp. 4-8. Disponible en http://www.cinep.org.co/index.php?option=com_docman&Itemid=126&limitstart=21&lang=es, consultado en julio de 2014.

Slatman, Melisa (2009). “Una doctrina militar contrarrevolucionaria para la Nación Argentina. Análisis de la discursividad oficial del Ejército Argentino durante la Guerra Fria (1957-1976)”. Ponencia presentada en Memorias del IX Encuentro Nacional y III Congreso Internacional de Historia Oral, Buenos Aires.

Ugarte, José Manuel (2001). “Los conceptos de defensa y seguridad en América Latina: sus peculiaridades respecto de los vigentes en otras regiones, y las consecuencias políticas de tales peculiaridades”. Ponencia presentada en el XXIII Congreso Internacional de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Washington D. C. Disponible en: <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/UgarteJoseManuel.pdf>, consultado en mayo de 2014.

Vargas, Alejo et al. (2008). “El caso colombiano” *Administración de la defensa como política pública en Iberoamerica*. Disponible en http://iugm.es/fileadmin/user_upload/ADEFAL/ANALISIS_COLOMBIA.pdf.

Vargas, Alejo (2008b). “La Singularidad Colombiana: Fuerzas Armadas en seguridad interior”, en RESDAL: *Atlas Comparativo de la defensa en América Latina*. Disponible en <http://www.resdal.org/atlas/atlas-cap13-espanol.pdf>.

Vásquez Carrisoza, Alfredo (1979). *Documentos testimonios: Foro Nacional de los Derechos Humanos en Colombia*. Bogotá, Fondo Editorial Suramericana.

Velásquez Rivera, Edgar (2009). *Historia comparada de la Doctrina de Seguridad Nacional*. Chile-Colombia, Antropos.

Wilcox, Greg y Wilson, Gary (2003). “La Respuesta Militar a la Guerra de la Cuarta Generación en Afganistán”, *Military Review. Hispano American* N° 838, pp. 34-48.

Fuentes consultadas y citadas

Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2010). *Informe anual del Alto Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Disponible en <http://www.unhcr.org/refugees>

- //daccess-ods.un.org/TMP/2958745.65839767.html, consultado en mayo de 2014.
- (2011). *Informe Anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe2011.pdf>, consultado en mayo de 2014.
- Amnistía Internacional** (1980). *Violación de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá, Comité de Solidaridad con los Presos Políticos.
- (1994). *Colombia. Violencia Política en Colombia mito y realidad*. Disponible en <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI/Violencia%20politica%20en%20colombia%20mito%20y%20realidad?CMD=VEROBJ&MLKOB=25464391919>, consultado en junio de 2014.
- (1996). *Colombia se agrava la crisis de Derechos Humanos*. Disponible en <http://www.derechos.net/amnesty/doc/america/colombia1.htm>, consultado en junio de 2014.
- (2008). *30 años de Amnistía Internacional en España*. Disponible en https://www.es.amnesty.org/uploads/media/30_aniversario.pdf, consultado en junio de 2014.
- Arancibia Clavel, Daniel** (2000). “Tiempo de Retrospectiva”, *Military Review Hispano American* N° 1, Bogotá, pp. 3-14.
- ASFADDES** (2003). *Veinte años de historia y lucha*. Bogotá.
- Barrera Rueda, Oscar Leonel** (1965). “Acción psicológica en apoyo de operaciones contra guerrillas”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. X; N° 30, Bogotá, pp. 475-489.
- Bedoya Pizarro, Harold** (1997). “Hacia una política nacional de seguridad y defensa nacional”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. LII; N°165, Bogotá, pp. 7-21.
- Beltrán Rocha, Ernesto** (1960). “El Consejo de Defensa Nacional”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. I N°.1, Bogotá, pp. 53-55.
- Caceres Otero, Alberto** (1961). “La Defensa Nacional”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol.II; N° 6, Bogotá, pp. 619-623.
- Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP)**. Sitio disponible en www.cinep.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=37:historia-cinep&catid=42:historia&Itemid=51, consultado en junio de 2014.
- Clavijo Ardila, Adolfo** (2011). “La guerra política y la guerra jurídica contra el estamento militar”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. LXXXIV, N°218, Bogotá, pp. 46-49.
- Coalición colombiana contra la tortura** (2009). *Informe Alternativo al 4° Informe Periódico del Estado Colombiano al Comité contra la Tortura*. Disponible en http://www.cjlibertad.org/files/Informe_alternativo_al_4_informe_peridico_del_Estado_Colombiano_al_Comit_contra_la_Tortura.pdf, consultado en junio de 2014.
- Comisión Internacional de Juristas** (1992). *Justicia para la justicia. Violencia contra jueces y abogados 1979-1991*. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana. Disponible en http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/justicia_para_la_justicia.pdf, consultado en junio de 2014.
- (2005). *Colombia: Políticas del Gobierno socavan el Estado de Derecho y consolidan la impunidad*. Bogotá, disponible en http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_971.pdf?view=1, consultado en junio de 2014.

Comisión Colombiana de Juristas (2003). *Informe Alternativo al quinto informe periódico del Estado colombiano ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Disponible en http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2003_n4.pdf, consultado en julio de 2014.

—(2010), *Informe Alternativo al sexto informe presentado por el Estado de Colombia al Comité de Derechos Humanos*. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/CCJ_Colombia99.pdf, consultado en junio de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1981). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia*. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia81sp/indice.htm>, consultado en junio de 2014.

—(1992). *Informe anual 1991. Caso 10.235. Colombia*. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/91span/cap.III.colombia10.235.htm>, consultado en mayo de 2014.

—(1999). *Tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. 1999. Julio de 2014*. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>, consultado en mayo de 2014.

—(2006). *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/defensores/defensoresindice.htm>, consultado en mayo de 2014.

—(2007). *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Jesús María Valle y otros (Caso 12.415) contra la República de Colombia*. Obtenido de <http://www.cidh.org/demandas/12.415%20Valle%20Jaramillo%20Colombia%2013%20febrero%202007%20ESP.pdf>.

—(2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/seguridad/seguridadindice.sp.htm>, consultado en julio de 2014.

—(2011a). *Segundo informe sobre la situación de los defensores y defensoras de derechos humanos en las Américas*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>, consultado en abril de 2014.

—(2011b). *Informe No.137/11 Caso 10.378. Admisibilidad y Fondo*. Carlos Augusto Rodríguez Vera y otros (Palacio de Justicia). Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/10.738FondoESP.pdf>.

Comité de Solidaridad con los Presos Políticos (1990). *Informe de Amnistía Internacional. Violaciones a los Derechos Humanos*. Bogotá, CSPP.

—(2013). *CSPP 40 años. Nuestra Historia. 2013*. Disponible en <http://cspresospoliticos.com/multimedia/>, consultado en mayo de 2014.

Departamento de Estrategia y Defensa Nacional de la E.S.G. (1976). “Consideraciones generales sobre Doctrina de Seguridad Nacional”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. XXVIII, N° 8, Bogotá, pp. 205-215.

Dirección de la Escuela Superior de Guerra (1978). “Defensa Nacional Integral. Boletín de Estrategia 03”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. XXX, N° 90, Bogotá, pp. 363-367.

El espectador (15 de febrero de 2012). “Carlos Castaño asesinó a Héctor Abad Gómez”, Bogotá, Colombia.

Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) (2010). *Colombia: Actividades ilegales de desprestigiar, aniquilar y sabotear.* Disponible en <http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/colombiaesp542e.pdf>, consultado en julio de 2014.

Fuerzas Militares de Colombia. Ejército Nacional (2002). *Texto especial Acción Integral como concepto de estrategia integral e integrada del Ejército.* Imprenta Nacional. Disponible en http://justiciapazcolombia.com/IMG/pdf/texto_especial_fuerzas_militares.pdf, consultado en abril de 2014.

Fuerzas Militares de Colombia. Comando General (2010). *Instrucciones generales sobre la Doctrina de la Acción Integral.* Bogotá, disponible en http://justiciapazcolombia.com/IMG/pdf/texto_especial_fuerzas_militares.pdf, consultado en abril de 2014.

Gómez Díaz, Luis Carlos (2 de junio de 2002). “Dos décadas de búsqueda”, *El Tiempo*.

Grupo Interdisciplinario de Derechos Humanos (s. a.). “Héctor Abad Gómez”. Disponible en http://www.gidh.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=382%3Aluis-carlos-alzate-zuluaga&catid=52%3Acasos&Itemid=223, consultado en mayo de 2014.

Gallón, Gustavo (16 de noviembre de 2011). “Fuero militar: porqué retroceder?”, *El Espectador*, Bogotá, Colombia, disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/fuero-militar-retroceder-columna-311636>.

Instituto Popular de Capacitación (2010). “Situación de defensores de derechos humanos empeoró a lo largo del gobierno Uribe”. Disponible en http://www.ipc.org.co/agenciadeprensa/index.php?option=com_content&view=article&id=425:situacion-de-defensores-de-derechos-humanos-empeoro-a-lo-largo-del-gobierno-uribe&catid=78:general&Itemid=176, consultado en junio de 2014.

Joinet, Louis (1997). Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>.

Movimiento Nacional de víctimas de crímenes de Estado (MOVICE) (2009). *Sin Justicia Sin Paz, Verdad fragmentada, Reparación ausente. Balance de la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.* Bogotá. Disponible en <http://www.contralainpunidadencolombia.org/images/Files/extradicionysussecuelas/para-saber-mas/Investigaciones-otras-entidades/2-MOVICE-sin-justicia-sin-paz-2009.pdf>, consultado en abril de 2014.

—(2013). *Paz sin crímenes de Estado. Memoria y propuestas de las víctimas.* Bogotá, disponible en <http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/libromovice1.pdf>, consultado en abril de 2014.

Montoya Uribe, Mario (2007). “La Acción Integral: una estrategia para ganar la guerra”, *Estudios en Seguridad y Defensa* N° 3, pp. 18-24.

Naciones Unidas (1988). *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la visita realizada a Colombia en 1988.* Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/gtsdf/E-CN-4-1989-18-ADD-1.html>, consultado en junio de 2014.

- (1989a). *Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias de la visita realizada a Colombia en 1989*. Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/reex/E-CN-4-1990-22-Add-1.html>, consultado en junio de 2014.
- (1989b). *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias de la visita realizada a Colombia en 1989*. Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/reex/E-CN-4-1990-22-Add-1.html>, consultado en junio de 1989.
- (1990). *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias, de la visita realizada a Colombia en 1989*. Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/reex/E-CN-4-1990-22-Add-1.html>, consultado en mayo de 2014.
- (1995). *Informe conjunto de la visita a Colombia en 1994, de los Relatores Especiales de Tortura y de Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias*. Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/reex/E-CN-4-1995-111.html>, consultado en junio de 2014.
- (1999). *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. Disponible en http://protectionline.org/files/2013/05/UN_Resolution_53144_SP.pdf, consultado en abril de 2014.
- (2000). *Defensores de Derechos Humanos. Informe del Secretario General a la Asamblea General de la ONU*. Disponible en <http://daccess-ods.un.org/TMP/1435262.41183281.html>, consultado en mayo de 2014.
- (2002). *Informe de la misión a Colombia presentado por la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, Sr. Hina Jilani, ante la Comisión de Derechos Humanos en su 58° período de sesiones*. Disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1562.pdf?view=1>.
- (2004). *Comisión de Derechos Humanos, Informe presentado por la Representante Especial del Secretario General sobre defensores de derechos humanos, Sra. Hina Jilani, Informe Anual 2004*. Doc E/CN.4/2005/101.
- (2005a). *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*. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>, consultado en julio de 2014.
- (2005b). *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad Adición Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*. E/CN.4/2005/102/Add.1., 8 de febrero de 2005.
- (2006). *Resolución aprobada por la Asamblea General. A/RES/60/161*. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/497/29/PDF/N0549729.pdf?OpenElement>, consultado en mayo de 2014.
- (s. a.). *Los defensores de los derechos humanos. Protección del derecho a defender los derechos humanos. Flolletto informativo No. 29*. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>, consultado en mayo de 2014.

- (1995). *Informe conjunto de la visita a Colombia del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura, Sr. Nigel S. Rodley, y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Bacre Waly Ndiay*. Disponible en <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/reex/E-CN-4-1995-111.html>, consultado en mayo de 2014.
- (2009). *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Sra. Margaret Sekaggya. Misión a Colombia, 7 a 18 de septiembre de 2009*. Disponible en http://www.acnur.org/t3/uploads/media/A_HRC_13_22_Add.3.pdf?view=1, consultado en abril de 2014.
- (2010). *Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. A/HRC/13/72*. ONU, recuperado.
- Narváz Martínez, José Miguel** (1997). “Guerra política como concepto de guerra integral”, *Revista de las Fuerzas Armadas* N° 162, Bogotá, pp. 15-24.
- Ordoñez Castillo, Ramón** (1974). “Concepto sobre Seguridad y Defensa”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. XXVI, N° 76, Bogotá, pp. 405-421.
- Organización de los Estados Americanos** (1999). *Defensores de Derechos Humanos en las Américas: apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas*. OEA. AG/RES. 1671 (XXIX-O/99).
- Plataformas de Derechos Humanos en Colombia** (2014). “Graves ataques contra la labor de las y los defensores de derechos humanos en Colombia”. Disponible en http://www.cjlibertad.org/files/Graves_ataques_a_Defensores_en_Colombia.pdf.
- Posada Samper, Miguel** (1997). “La Guerra Jurídica de la subversión”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. LII; N° 162, Bogotá, pp. 25-31.
- Programa No Gubernamental de Protección a Defensores de derechos humanos, Somos Defensores (SIADDH)** (2010). *Informe Especial. ‘Protección al Tablero’*. Bogotá, disponible en <http://www.somosdefensores.org/index.php/extensions/68-ultimo-informe-siaddhh/426-proteccion-al-tablero>, consultado en abril de 2014.
- (2012). *Claroscuro: Informe Anual 2011*. Bogotá, disponible en <http://www.somosdefensores.org/attachments/article/105/REVISTA%20SOMOS%20ESPA%C3%91OL.pdf>, consultado en abril de 2014.
- Puentes Torres, Luis Fernando** (2011). “La guerra invisible. Los Derechos Humanos como arma de guerra y lucrativo negocio”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. XXXIV; N°218, Bogotá, pp. 50-61.
- Revista Alternativa** (1979). “El Foro primer acto. Carta al lector”, N° 205, Bogotá, pp. 1-40.
- Ruiz Mora, Jesús Alberto** (2007). “Acción Integral. Hacia una Doctrina unificada”, *Estudios en Seguridad y Defensa* N° 3, pp. 26-32.
- Salcedo Lora, Juan** (1996). “Fuerzas Armadas Siglo XXI: Una visión futurista de las Fuerzas Militares de Colombia”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. LI, N° 161, Bogotá, pp. 36-41.
- (1997). “Aspectos psicológicos de la confrontación que vive el país”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. LII; N°162, Bogotá, pp. 33-42.

Uribe Vélez, A. (2003). *Discurso del Presidente de la República de Colombia en la posesión del nuevo Comandante de la FAC*. Disponible en <http://historico.presidencia.gov.co/discursos/discursos2003/septiembre/fac.htm>, consultado en julio de 2014.

Valencia Tovar, Álvaro (1996). “Fundamentos de la guerra política”, *Revista Fuerzas Armadas*, Vol. LI; N° 160, Bogotá, pp. 4-9.

—(2006a). “Post conflicto Derechos Humanos y Fuerzas Armadas”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. LXI; N° 199, Bogotá, pp. 36-41.

— (2006b). “Teoría y Práctica de la Acción Integral”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. IX; N° 198, Bogotá, pp. 7-11.

Villamarín Pulido, Luis Alberto (1997). “La agresión narcoterrorista del cartel de las FARC”, *Revista de las Fuerzas Armadas*, Vol. LII; N° 162, Bogotá, pp. 77-79.

ANEXO

Índice de contenidos de la *Revista Fuerzas Armadas* (1997-2011)

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO ¹	SEXO AUTOR
1	163	Educación naval militar	jun-97	Alfonso Calero Espinosa	Alm	m
2	164	Palabras del Doctor Germán Arciniegas en la inauguración de la Cátedra de Colombia	sep-97	Germán Arciniegas	civil	m
3	164	El estado de derecho y la Fuerza Pública	sep-97	Juan Carlos Esguerra Portocarrero	civil	m
4	164	El estado de las relaciones entre nuestros países y fundamentalmente la proyección	sep-97	Myles Frechette	Embajador US	m
5	164	Estado actual del modelo económico y social de Chile y su impacto en la sociedad	sep-97	Juan Pablo Lira Bianchi		m
6	164	Crecimiento económico acelerado	sep-97	Alfonso López Michelsen	civil	m
7	165	Hacia una política integral de seguridad y defensa nacional	dic-97	Harold Bedoya Pizarro	GR.	m
8	165	La vacuna colombiana de la malaria: de la primera a la segunda generación	dic-96	Manuel E. Patarroyo, Roberto Amador	civil	m
9	165	La paz, una política de Estado	dic-96	Gilberto Echeverri Mejía	civil	m
10	165	La evolución de las guerrillas y las posibilidades de paz	dic-96	Rafael Pardo Rueda	civil	m
11	165	Procuraduría y Fuerza Pública	dic-96	Jaime Bernal Cuéllar	civil	m
12	165	Antioquia Proyección al año 2000	dic-96	Álvaro Uribe Vélez	civil	m
13	166	Una nueva visión operacional	mar-97	Eduardo Herrera Verbel	CR.	m
14	166	Fondos de seguridad	mar-97	Néstor Raúl Espitia Ribero	TC.	m
15	166	Una mirada a la Antártica	mar-97	Mauricio Rodríguez Ruiz	CF.	m
16	166	Geopolítica: elementos para una aproximación entre fronteras y globalización	mar-97	Francisco Marchessi Mococain	TC.	m
17	166	Una perspectiva de la seguridad hemisférica y la defensa nacional en el sistema interamericano	mar-97	Manuel José Santos Pico	CR. (r)	m

¹ Ver tabla de abreviaturas p. 213.

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO ¹	SEXO AUTOR
18	167	El comando general	jun-98	Fredy Padilla de León y Arcesio Barrera Aguirre	BG.	m
19	167	Hiroshima y Nagasaki ¿Estados Unidos vs. Derechos Humanos?	jun-98	William Torres Orozco	MY.	m
20	167	Policía Nacional Promoción, Protección y defensa de los Derechos Humanos	jun-98	Gloria Stella Quintero Vélez	MY.	f
21	167	Población civil en el curso del conflicto armado	jun-98	Henry William Torres Escalante	MY.	m
22	167	Liderazgo y derechos humanos	jun-98	Juan Salcedo Lora	MG. (r)	m
23	167	Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos	jun-98	Dorys Esperanza Parra Beltrán	civil	f
24	168	Seguridad ecológica global y defensa ambiental Nacional	sep-98	Carlos V. Sánchez Beltrán	TFRN.	m
25	168	Contaminación del petróleo y sus efectos sobre el medio ambiente	sep-98	Jesús Antonio Garay Tinoco		m
26	168	Medio ambiente y la crisis con la voladura de oleoductos	sep-98	Eduardo Verano De la Rosa		m
27	168	En la mitad del medio ambiente	sep-98	Juan Salcedo Lora	MG. (r)	m
28	168	Terrorismo petrolero	sep-98	Luis Felipe Pinzón Uribe		m
29	168	Impacto ambiental con la voladura de oleoductos	sep-98	Jesús Enrique La Rotta Mendoza		m
30	169	Hacia una política integral de defensa y seguridad nacional	dic-98	Gilberto Echeverri Mejía		m
31	169	Reforma militar	dic-98	Alberto Bravo Silva	CR.	m
32	169	Guerra y estrategia de paz	dic-98	Héctor José Corredor Cuervo		m
33	169	Hombre vs tecnología	dic-98	Pedro Alfonso Avedaño Remolina	MY.	m
34	169	De la guerra y la paz	dic-98	Sabas Pretelt de la Vega		m
35	169	Ajedrez y arte de la guerra	dic-98	Pablo Romero Rojas		m
36	169	El café y su proyección al siglo XXI	dic-98	Jorge Cárdenas Gutiérrez	civil	m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO¹	SEXO AUTOR
37	170	La Fuerza Aérea en el eje cafetero	mar-99	Redacción Jefatura Operaciones Aéreas		m
38	170	Enseñanzas de un desastre	mar-99	Francisco L. Bedoya Quintero	TC.	m
39	170	Una esperanza de vida le devolvió la Fuerza Aérea al pueblo cafetero	mar-99	Hugo Armando Saucedo Pinedo	TE.	m
40	170	Nuestra institución en la tragedia	mar-99	Jorge Tadeo Borbón Fernández	MY.	m
41	170	Terremoto	mar-99	Hugo Lugo Sánchez	MY.	m
42	170	La misión de un piloto	mar-99	César Salazar		m
43	171	El conflicto Colombiano a la luz de los principios de guerra	jun-99	Álvaro Valencia Tovar	GR (r)	m
44	171	Escuela Superior de Guerra 90 años de servicios	jun-99			
45	171	Estrategia de acción indirecta frente a la subversión	jun-99	Manuel José Santos Pico	CR.	m
46	171	La coca y la sustitución de cultivos ilícitos en el Guaviare	jun-99	Hugo Bahamón Dussán	TC.	m
47	171	Formulación de una política marítima	jun-99	William Porras Ferrerira	CALM.	m
48	172	La guerra de Corea y su influencia en Colombia	sep-99	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
49	172	Dirección antisequestro y extorsión, DIAASE	sep-99	Rafael Pardo Cortés	BG.	m
50	172	La cuenca del Pacífico un área de tensión mundial	sep-99	Leonardo Acostta Gutiérrez	MY.	m
51	172	Influencia de los Estados Unidos en el pensamiento doctrinario militar de los países de America Latina	sep-99	Fabricio Cabrera Otiz	MY.	m
52	172	La mujer como piloto militar	sep-99	Jairo Alberto Guevara Rodríguez	MY.	m
53	173	Caja de retiro de las Fuerzas Militares	dic-99	Pedro Nel Molano Vargas	GR. (r)	m
54	173	Composición de una fuerza de ataque aéreo	dic-99	Luis Barón Casas y Carlos Bueno Vargas y Pedro Lozano Quinche	MY.	m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO ¹	SEXO AUTOR
55	173	Las FARC en poder de algunos de los principales recursos estratégicos del país	dic-99	Jorge Alberto Segura Manonegra y Jairo Cerón Castro y Otto Quiñones Arboleda	MY.	m
56	174	Directiva transitoria Sistema de educación de las FF. MM.	mar-00			
57	174	La modernización de la Escuela Militar	mar-00	Fernando Tapias Stahelin	GR.	m
58	174	La Educación en una democracia en conflicto	mar-00	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
59	174	El sistema educativo en las Fuerzas Militares	mar-00			
60	174	Salto a los retos del siglo XXI	mar-00	Max G. Manwaring	CR. (r)	m
61	174	La integración de las FF. AA. y el resto de la sociedad mediante la educación militar	mar-00	Ignacio González Paradis	GR.	m
62	175	Las armas colombianas en el siglo XX	jun-00	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
63	175	Filosofía del Ejército para el nuevo milenio	jun-00			
64	175	Proyección de la Armada hacia el futuro	jun-00			
65	175	Proyección institucional de la Fuerza Aérea para el siglo XXI	jun-00	Héctor Fabio Velasco Chávez	GR.	m
66	175	La Policía Nacional en el próximo siglo	jun-00	Rosso José Serrano Cadena	GR.	m
67	175	Logística y derecho de la guerra	jun-00	Daniel José Vásquez Hincapié	TC.	m
68	176	Las Fuerzas Militares ante el conflicto	sep-00	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
69	176	El proceso de paz en Colombia Luces y sombras de un proceso incierto	sep-00	Andrés Dávila Ladrón de Guevara		m
70	176	Proceso de paz	sep-00			
71	176	El proceso de paz	sep-00	Víctor G. Ricardo		m
72	176	El proceso de paz con las FARC	sep-00	José Gonzalo Forero Delgadillo	GR. (r)	m
73	176	El proceso de paz, ¿una entelequia?	sep-00	Fernando Soto Aparicio		m
74	177	El papel de las fuerzas militares en una democracia en desarrollo	dic-00	William Porras Ferreira	CALM.	m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO¹	SEXO AUTOR
75	177	Sentido y alcance de los términos eficiencia y eficacia	dic-00	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
76	177	A identificar tareas	dic-00	Daniel José Vásquez Hincapié	CR.	m
77	177	Análisis de la información	dic-00			
78	177	Secuestro, violencia y ética en Colombia	dic-00	Carlos J. Novoa M.		m
79	177	Brindis del infante	dic-00			
80	178	Política y estrategia en la contrainsurgencia	mar-01	Álvaro Valencia Tovar	GR	m
81	178	Problema de semántica y semiótica en la comunicación masiva frente al conflicto interno y el proceso de paz en Colombia	mar-01	Carlos V. Sánchez Beltrán		m
82	178	Coraje sin estrategia no produce resultados	mar-01	Daniel Alberto Meléndez Riveros	TC.	m
83	178	Un país roto	mar-01	Fernando Soto Aparicio		m
84	178	Colombia época para refundar la democracia	mar-01	Javier Sanin S.I.		m
85	179	Quincuagésimo aniversario Comando General y Estado Mayor conjunto	jun-01	Juan Salcedo Lora	MG. R.	m
86	179	Nuevos conceptos de la educación militar	jun-01	Henry Medina	MG.	m
87	179	Perspectiva militar de un siglo Fuerzas Armadas y Nación	jun-01	Álvaro Valencia Tovar	GR. (r)	m
88	179	El comando general “entrevista” una estrategia militar de conjunto para neutralizar a los grupos al margen de la ley	jun-01	María del Carmen Velandia G.	CF.	f
89	180	La movilización rápida y la disuasión, armas fundamentales para enfrentar al enemigo	sep-01			
90	180	Elementos fundamentales para movilizar la voluntad nacional	sep-01			
91	180	Modelo de la movilización nacional en Chile	sep-01			
92	180	La comunicación de masas en situaciones de emergencia	sep-01			
93	180	Marco legal para una movilización	sep-01			
94	180	La movilización del poder nacional afianza la seguridad del Estado	sep-01			

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO ¹	SEXO AUTOR
95	181	Por qué es importante reglamentar la Ley de Seguridad y Defensa Nacional	dic-01			
96	181	Hacia un necesario esfuerzo común	dic-01	Fernando Barrero Chaves		m
97	181	Movilización psicológica	dic-01	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
98	181	La propuesta de los Candidatos Presidenciales	dic-01			
99	181	Terrorismo en la era contemporánea de la política internacional	dic-01	Gustavo Castro Peña		m
100	181	La movilización como un proceso permanente	dic-01	Gustavo Urdaneta Silva	CN.	m
101	182	Un concepto estratégico ante el conflicto	mar-02	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
102	182	Proceso de paz y proceso político	mar-02	Eduardo Barajas Sandoval		m
103	182	Papel de la comunidad internacional en Colombia	mar-02	Juan Salcedo Lora	MG. (r)	m
104	182	El “proceso de paz” en un contexto internacional desfavorable	mar-02	Carlos Eastman Arango	civil	m
105	182	Entender la guerra para alcanzar la paz	mar-02	Eduardo Herrera Verbel	BG.	m
106	183	51 Años del Comando General de las Fuerzas Militares	jun-02			
107	183	Las Fuerzas Militares, hoy	jun-02			
108	183	Resultados Operacionales	jun-02			
109	183	Entrevistas con los comandantes más antiguos de las Fuerzas Militares y Policía Nacional	jun-02			
110	183	Aniversario Escuela Superior de Guerra	jun-02			
111	183	Una propuesta Democrática para el país	jun-02			
112	183	Lecciones Estratégicas del Águila	jun-02			
113	183	La tecnología al servicio del aprendizaje	jun-02			
114	184	Retos en la Aplicación del Arte Operativo	sep-02	Fernando Tapias Stahelin	GR.	m
115	184	El Arte Operacional, un caso colombiano	sep-02	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
116	184	Conducción, doctrina y aplicación en el Ejército chileno	sep-02	Juan Carlos Verdugo Muñoz	TC.	m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO¹	SEXO AUTOR
117	184	Aplicación del Arte Operacional en la Lucha Contrainsurgente Salvadoreña	sep-02	Santiago Sabino Monterrosa	TC.	m
118	184	El Arte Operacional	sep-02	Manuel Guillermo Martínez Pachón	CR.	m
119	185	Acciones Para una Real e Integral Política de Fronteras	dic-02	José Neira Rey		m
120	185	Las líneas de Comunicación Marítimas Un Objetivo Preponderante de la Geoestratégica	dic-02	John Carlos Flórez Beltrán	CC.	m
121	185	Liderazgo para el Tercer Milenio	dic-02	Jorge Eliécer Castellanos Moreno		m
122	185	Colombia y el Continente americano. Las Grandes Tendencias	dic-02			
123	185	Actividades 2002 Escuela Superior de Guerra	dic-02			
124	185	Los nuevos conceptos de seguridad y guerra	dic-02			
125	185	Engaño estrategia y táctica	dic-02			
126	186	Crisis Ética de la Economía Mundial	mar-03	Carlos Novoa	civil	m
127	186	Ley Internacional del Mar	mar-03	Departamento Armada Esdegue		m
128	186	Cien años de la pérdida de Panamá	mar-03	José Roberto Ibáñez Sánchez	MG. (r)	m
129	186	La Corte Internacional y su campo de acción	mar-03	Mayerly Bejarano y Andrés Bejarano Flórez M. y Raúl García Mera		f
130	186	III Seminario Internacional Planeación y Gerencia de Recursos para la Seguridad Nacional	mar-03	Departamento Ejército ESDEGUE		
131	187	Origen y Evolución de las operaciones conjuntas	jun-03	Álvaro Valencia Tovar	GR. (r)	m
132	187	Todos para uno y uno para todos	jun-03	Manuel Guillermo Martínez Pachón	CR. (r)	m
133	187	La Guerra de la Información: una nueva amenaza	jun-03	José Luis Gavidia Arrascue	CN. (Perú)	m
134	187	Cien años de la pérdida de Panamá (continuación)	jun-03	José Roberto Ibáñez Sánchez	MG.	m
135	187	En defensa de la infraestructura petrolera	jun-03	Mario Gutiérrez Jiménez	CR. (P.N.)	m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO ¹	SEXO AUTOR
136	188	Liderazgo del Ministro de Defensa en el Congreso de la República para enfrentar el terrorismo	sep-03	Marta Lucía Ramírez de Rincón	civil	f
137	188	Desarrollo económico de las fronteras: un asunto importante para el país	sep-02	Álvaro Buitrago Abella	MY.	m
138	188	Divisiones militares: factor de desarrollo, seguridad y unidad nacional	sep-03	Hernando Pérez Molina	CR.	m
139	188	Reflexiones sobre el mando y liderazgo	sep-03	Edgar Gómez Polo	MY.	m
140	189	Historia militar y estrategia	dic-03	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
141	189	Aviación militar en Colombia	dic-03	Fabio Zapata Vargas	GR.	m
142	189	Rumbo a las profundidades La aventura de los primeros submarinos	dic-03	Luis Enrique Gómez Casabianca		m
143	189	Cien años de la pérdida de Panamá Cuarta parte	dic-03	José Roberto Ibáñez Sánchez	MG.	m
144	189	Reordenamiento estratégico global	dic-03	Vicente Torrijos Rivera	civil	m
145	189	Reflexiones acerca de la historia militar contemporánea	dic-03	Gentil Almairo Vieda	CR.	m
146	190	Pautas para el desarrollo del concepto de paz cultivable	mar-04	Vicente Torrijos Rivera	civil	m
147	190	Seguridad nacional y seguridad humana: Conceptos convergentes hacia el desarrollo humano	mar-04	Orlando Malaver Calderón	CALM.	m
148	190	Cien años de la pérdida de Panamá Quinta Parte	mar-04	José Roberto Ibáñez Sánchez	MG.	m
149	190	Experiencias en la lucha contra el terrorismo en el Perú. 1ª Parte	mar-04	Jesús Reyes Tavera	GR.	m
150	191	Escuela superior de Guerra	jun-04	Álvaro Alberto Espitia Lancheros	TC.	m
151	191	Cien años de la pérdida de Panamá (última parte)	jun-04	José Roberto Ibáñez Sánchez	MG.	m
152	191	Operación Overlord en Normandía El día "D"	jun-04	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
153	191	<i>In memoriam</i> GR. Ramón Arturo Rincón Quiñones	jun-04			
154	191	Experiencias en la lucha contra el terrorismo en el Perú (segunda parte)	jun-04	Jesús Alfredo Reyes Tavera	GR.	m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO¹	SEXO AUTOR
155	192	La educación: factor estratégico para ganar la guerra	sep-04	José Luis Rico Arenas	TC.	m
156	192	La tormenta perfecta	sep-04	Vicente Torrijos Rivera	civil	m
157	192	Trascendencia de la vida y obra del General Rafael Reyes en el siglo XX Primera Parte	sep-04	José Roberto Ibáñez	MG.	m
158	192	La responsabilidad de los militares y policías de Colombia	sep-04	Jean Carlo Mejía Azuero	civil	m
159	192	Vino viejo en odres nuevos	sep-04	Luis Albertos Pons		m
160	192	El Golpe de Estado del General Melo	sep-04	Gabriel Puyana García	BG.	m
161	193	Mensaje Presidencial	dic-04	Álvaro Uribe Vélez	Dr.	m
162	193	Operación Niebla de Otoño	dic-04	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
163	193	Modificar nuestra organización para el combate	dic-04	Luis Fernando Medrano Jaramillo	CR.	m
164	193	Trascendencia de la vida y obra del general Rafael Reyes en el siglo XX	dic-04	José Roberto Ibáñez Sánchez	MG.	m
165	193	Otra forma de guerra: Afganistán 2001	dic-04	Michael Pamly	Dr.	m
166	193	El Golpe de Estado del general Melo (segunda parte)	dic-04	Gabriel Puyana García	BG.	m
167	194	Mensaje del Comandante General de las Fuerzas Militares en la Clausura del Curso CEM 2004	mar-05	Álvaro Uribe Vélez	civil	m
168	194	Estrategia nacional y estrategia militar: hacia la solución del conflicto armado en Colombia	mar-05	Jaime Agustín Carvajal Villamizar	TC.	m
169	194	El líder y su equipo. Camino hacia el éxito	mar-05	Luis Fernando Medrano Jaramillo	CR.	m
170	194	Preveniones y estrategias contra el terrorismo en Chile (primera parte)	mar-05	Patricio Saldaña Ferrada	CR.	m
171	195	Cátedra Presidencial	jun-05	Álvaro Uribe Vélez	Dr.	m
172	195	Aniversario de la Escuela Superior de Guerra: una historia de 96 años	jun-05	Paola Ladino		m
173	195	El poder y la fuerza	jun-05	Vicente Torrijos R.	civil	m
174	195	Preveniones y estrategias contra el terrorismo en Chile (Segunda Parte)	jun-05	Patricio Saldaña Ferrada	CR.	m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO ¹	SEXO AUTOR
175	195	La batalla de Midway 1942: ocaso de un imperio	jun-05	Jaime Barrera López	CALM.	m
176	195	Historias de guerra: aniversario de combate Old-Baldy – guerra de Corea	jun-05	Alfredo Forero Parra	CR. (r)	m
177	196	Desafíos de seguridad en Iberoamérica	sep-05	Carlos Quiroga Ferreira	BG.	m
178	196	Áreas de gravitación estratégica	sep-05	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
179	196	Terror en Londres un análisis estratégico	sep-05	Manuel Coma		m
180	196	La experiencia de los conflictos centroamericanos ¿cambia la naturaleza de la guerra?	sep-05	Ricardo Vargas Briceño	CR.	m
181	196	La diferencia entre la victoria y la derrota en el combate: táctica aérea	sep-05	David Barrero Barrero	MY.	m
182	196	Hermanidad colombo-mexicana	sep-05	José Roberto	MG. (r)	m
183	197	Presencia de las mujeres en la historia militar	dic-05	Isabel Forero de Moreno		m
184	197	La aviación mueve el reloj del siglo XXI	dic-05	Fidel Antonio Cuellar Barrera	MY.	m
185	197	Naturaleza cambiante vista en el conflicto asimétrico en la guerra e Irak 2003	dic-05	José Joaquín Cortes Franco	BG.	m
186	197	La Transformación del sistema logístico en la Fuerza Pública	dic-05	Clímaco Antonio Solorzano Aguilar	BG.	m
187	197	Efectos del Programa de Interdicción Aérea	dic-05	León Levi Valde-rrama Acevedo		m
188	198	Teoría y Práctica de la Accion Integral	mar-06	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
189	198	Control del espacio y el tránsito aéreo sobre el caribe colombiano	mar-06	Juan Carlos Ramirez Mejía	BG.	m
190	198	Las Naciones Unidas y su legislación respecto a la amenaza y el uso de la fuerza	mar-06	José Luis Rico Arenas	CR.	m
191	198	Y el tamaño de la fuerza ¿para qué?	mar-06	Nury del Pilar Martínez Bermúdez	TC.	f
192	198	Cultivos ilícitos en Parques Naturales de Colombia y su erradicación	mar-06	Néstor	TC.	m
193	199	La seguridad: un factor de apoyo al crecimiento	sep-06	Luis Carlos Villegas Echeverri		m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO¹	SEXO AUTOR
194	199	El arma secreta de la seguridad democrática	sep-06	Diego Andrés Molano Aponte		m
195	199	El terrorismo sí se puede derrotar	sep-06	Mario Montoya Uribe	MG.	m
196	199	Post Conflicto, Derechos Humanos y Fuerzas Armadas	sep-06	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
197	199	Convenio de cooperación interinstitucional	sep-06	Álvaro Vivas Botero		m
198	200	Consolidación de la Política de Defensa y Seguridad Democrática	dic-06	Juan Manuel Santos C.		m
199	200	Guerra de guerrillas y control territorial	dic-06	Armando Borrero Mansilla		m
200	200	Sistemas de guerra en la geopolítica colombiana	dic-06	Edgar Pérez Cárdenas		m
201	200	Hacia la consolidación de una cultura de Seguridad y Defensa en Colombia	dic-06	Victor Julio Álvarez Vargas	MG.	
202	200	Control fluvial de ríos fronterizos y litorales una responsabilidad de la Armada Nacional	dic-06	José Ignacio Rozo Carvajal	VALM.	m
203	201	El Estado Mayor Conjunto: sus fortalezas	mar-07	David René Moreno Moreno	ALM.	m
204	201	Comandos Conjuntos: oportunidades y dificultades	mar-07	Armando Borrero Mansilla		m
205	201	La Inteligencia en la nueva estrategia de los Comandos Conjuntos	mar-07	Alberto Castellanos Segura	MG.	m
206	201	La Logística Aeronáutica Conjunta y su contribución en el arte operacional conjunto	mar-07	Luis Eduardo Contreras Meléndez	TC.	m
207	201	La meteorología factor estratégico en el apoyo de las Operaciones Militares	mar-07			
208	202	La Geopolítica y la estrategia: una nueva visión	jun-07	Facultad Relaciones Internacionales UMNG		
209	202	Estrategia Nacional de Seguridad, Política de Defensa y Seguridad Democrática	jun-07	Laureano Novoa Parra	TC. (r)	m
210	202	La lucha contra la corrupción: una estrategia necesaria para reforzar el funcionamiento democrático en Colombia	jun-07	Mario Germán Iguarán Arana		m
211	202	Una Lectura Estratégica al Fenómeno Mundial de las drogas ilícitas	jun-07	Juan Ricardo Sánchez Hurtado	TC.	m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO¹	SEXO AUTOR
212	203	Modernización educativa de la fuerza pública	sep-07	Juan Manuel Santos		m
213	203	Reestructuración de la educación de las Fuerzas Armadas	sep-07	Elías Román Campos	VALM.	m
214	203	La Educación para la Competitividad	sep-07	Cecilia María Vélez White		f
215	203	Un cuarto de siglo construyendo democracia	sep-07	Jean Carlo Mejía		m
216	203	Educación superior, pilar del futuro de un país	sep-07	Carlos Angulo Galvis		m
217	204	Evolución de la relación entre terrorismo y narcotráfico: poder local, contracultura mafiosa y desideologización	dic-07	Cariña Peña		f
218	204	La legitimidad, nuestra arma más importante contra el terrorismo	dic-07	Juan Manuel Santos Calderón		m
219	204	Posición internacional de Colombia frente al terrorismo	dic-07	Fernando Araújo Perdomo		m
220	204	Narcotráfico y terrorismo: construcción de discursos, realidades y amigos	dic-07	Juan Fernando Giraldo F.		m
221	205	La Consolidación de la Política de Seguridad Democrática en el Plan Nacional de Desarrollo 2006- 2010, "Estado comunitario: desarrollo para todos"	mar-08	Carolina Rentería Rodríguez		f
222	205	El Plan Patriota, base del Plan de Consolidación	mar-08	Jorge Enrique Mora Rangel	GR.	m
223	205	Presencia militar Introducción en la fase de consolidación	mar-08	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
224	205	La Política de Defensa y Seguridad Democrática y el Plan Nacional de Desarrollo: observaciones sobre la consolidación de la seguridad democrática	mar-08	Vicente Torrijos R.		m
225	206	Violencias y tensiones contemporáneas, ¿cuál futuro para la seguridad hemisférica?	jun-08	Juan Carlos Eastman Arango		m
226	206	Francia y la lucha contra el terrorismo	jun-08	Jean-Michel Marlaud		m
227	206	Apoyo militar del Reino Unido contra el terrorismo global	jun-08	Embajada Británica		

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO¹	SEXO AUTOR
228	206	Lucha contra la subversión en la República Argentina. Resumen Operación Independencia	jun-08	Eloy Martín	CT. (r)	m
229	206	Colombia y las guerras de cuarta generación	jun-08	César Augusto López Quintero		m
230	207	Guerras asimétricas, amenaza del Siglo XXI	sep-08	José Joaquín Cortés Franco	BG.	m
231	207	La incertidumbre y la suerte en el arte de la guerra	sep-08	Gildardo García Galvis	Capi- tán	m
232	207	Zonas Francas: valiosa herramienta para la transformación productiva	sep-08	Luis Gulliermo Plata Páez		m
233	207	Seguridad y desarrollo: intereses vitales de la Nación	sep-08	Antonio Pinilla Molano	CR.	m
234	207	Agua en América del Sur, base fundamental de supervivencia mundial y motivo de interes internacionales en el futuro	sep-08	Rolando Arturo Ariza Garzón	CC.	m
235	208	Legitimidad: deber ser de los soldados de tierra, mar y aire	dic-08	Freddy Padilla De León	GR.	m
236	208	Bases fundamentales para la transformación de los ejércitos	dic-08	Mario Montoya Uribe	GR.	m
237	208	La transformación militar: el futuro de las Fuerzas Militares colombianas	dic-08	Armando Correro Mansilla		m
238	208	Transformación de la Policía Nacional de los colombianos	dic-08	Edgar Sánchez Morales	CR.	m
239	209 / 2010	Línea de Tiempo 1909-1934	mar-09			
240	209 / 2010	Primera Sede	mar-09			
241	209 / 2010	Segunda Sede	mar-09			
242	209 / 2010	Línea de Tiempo 1935-1959	mar-09			
243	209 / 2010	Línea de Tiempo 1960-1984	mar-09			
244	209 / 2010	Línea de Tiempo 1985-2009	mar-09			

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO ¹	SEXO AUTOR
245	209 / 2010	Escuela Superior de Guerra 2009	mar-09			
246	211	La guerra en la era contemporánea: de la Regularidad a la Irregularidad Progresiva	sep-09	Armando Borrero Mansilla		m
247	211	El terrorismo, amenaza global	sep-09	Gabriel Gaspar Tapia		m
248	211	Terrorismo camaleónico: Evolución, tendencias y desafíos inminentes del terrorismo global	sep-09	Andrés Molano Rojas		m
249	211	Narcotráfico y terrorismo: Nexos criminales enfrentados exitosamente por Colombia. Resultados recientes	sep-09	John Henry Arango Alzate	TC.	m
250	211	El terrorismo reactivado. Balance y perspectivas de la seguridad en Colombia y el área andina	sep-09	Vicente Torrijos R.		m
251	212	Intervención	dic-09	Juan Manuel Santos		m
252	212	Intervención	dic-09	Freddy Padilla de León	GR.	m
253	212	Competencia Universal	dic-09	Horacio Daniel Piombo	civil	m
254	212	El debido proceso y el derecho a la verdad en el sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	dic-09	Héctor Faúndez Ledesma	civil	m
255	212	La criminalización de la tortura como un crimen de guerra y de lesa humanidad en el ámbito de los tribunales <i>ad hoc</i> de la Corte Penal Internacional y su dimensión en los Derechos Humanos	dic-09	Elizabeth Santalla	civil	f
256	213	Publicaciones Militares Precedentes, Antecedentes de la <i>Revista Fuerzas Armadas</i>	mar-10	José Roberto Ibáñez Sánchez	MG.	m
257	213	Trascendencia de la <i>Revista Fuerzas Armadas</i> en el pensamiento militares e intelectual del país	mar-10	Álvaro Valencia Tovar	GR.	m
258	213	Entrevista con el General Alberto Ruíz Novoa, fundador de la <i>Revista Fuerzas Armadas</i>	mar-10			
259	213	De Ayer a Hoy, la revista por décadas	mar-10			
260	213	Evolución gráfica de la <i>Revista Fuerzas Armadas</i>	mar-10			
261	213	Tiempo de felicitaciones, 50 años	mar-10			

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO¹	SEXO AUTOR
262	214	Motivaciones espirituales e ideológicas de la Guerra de Independencia	jun-10	Álvaro Valencia Tovar	GR. (r)	m
263	214	Tres revoluciones y la “Revolución de Julio”	jun-10	Germán Bustillo Pereira		m
264	214	¿Cómo se formó y organizó el primer Ejército Patriota en 1810?	jun-10	Gabriel Puyana García	BG. (r)	m
265	214	Los colegios del Rosario, San Bartolomé y otras instituciones educativas como forjadores de oficiales patriotas de la guerra de Independencia	jun-10	Gentil Almario Vieda	CR. (r)	m
266	215	Sobre una Política Seguridad firme e integral, ¡haremos posible la prosperidad!	sep-10	Doctor Juan Manuel Santos Calderón		m
267	215	El Ejército en el marco de la Seguridad Democrática	sep-10	Óscar González Peña	GR.	m
268	215	Una fuerza en transformación hacia la consolidación de la Seguridad Democrática	sep-10			
269	215	Evolución reciente de la Fuerza Aérea Colombiana la reafirmación de la vocación de victoria)	sep-10	Jorge Ballesteros Rodríguez	GR. (FAC)	m
270	216	El principio de la Defensa Nacional	dic-10	Manuel Guillermo Martínez Pachón		m
271	216	El desconocimiento de la Seguridad y Defensa Nacional ¿Un error estructural?	dic-10	Ricardo Sánchez Hurtado	TC (RA)	m
272	216	El terrorismo en Colombia y sus escenarios de acción	dic-10	Darío Enrique Cortés Castillo	CR (RA)	m
273	216	El enemigo como sistema, una aplicación al caso Colombia	dic-10	Álvaro Romero Uribe	TC.	m
274	216	La efectividad del poder aéreo en el conflicto colombiano, un valioso aporte doctrinal	dic-10	Luis Octavio Jaramillo Cortés	TC	m
275	217	Esencia de la Estrategia y su aplicación en la guerra	mar-11	Álvaro Valencia Tovar	GR. (RA)	m
276	217	Hacia la convergencia estratégica	mar-11	Vicente Torrijos Rivera		m
277	217	Estrategia: Conceptualización y Enseñanza	mar-11	Gabriel Marcella y Stephen O. Fought		m
278	217	El Centro de gravedad y la insurgencia tradicional	mar-11	Carlos Alberto Ospina Ovale	GR. (RA)	m

CLAVE REGISTRO	REVISTA N°	TÍTULO	FECHA	AUTOR	GRADO ¹	SEXO AUTOR
279	217	El Arte operacional en la estrategia y el caso colombiano	mar-11	Hernando Alonso Ortiz Rodríguez	MG. (RA)	m
280	218	Necesidad de la Implementación de la cultura de la Inteligencia estratégica en la nación colombiana	jun-11	Leonard Yamid Infante León	MY.	m
281	218	Importancia de la inteligencia estratégica en la Guerra de Cuarta Generación	jun-11	Juan Carlos Arango Jiménez	MY.	m
282	218	Inteligencia estratégica en un mundo cambiante en seguridad	jun-11	Darío Cortés Castillo	CR. (RA)	m
283	218	Una renovada producción de inteligencia estratégica y anticipativa para la seguridad de los colombianos	jun-11	Rodrigo Cardoso Gonzáles, Alejandro Navas Ramos	GR.	m
284	219	El liderazgo: base del éxito	sep-11			
285	219	El liderazgo como parte de la vida de un militar en el siglo XXI	sep-11	Édgar Augusto Cely Nuñez	ALM.	m
286	219	El liderazgo carismático en el contexto militar: un análisis académico	sep-11			
287	219	La responsabilidad de ejercer un liderazgo visible	sep-11	Oscar Adolfo Naranjo Trujillo	GR.	m
288	219	Estilos de liderazgo	sep-11	Álvaro Valencia Tovar	GR. (RA)	m
289	219	Liderazgo basado en C3	sep-11	Pedro Pablo Moreno Jiménez	CR. (RA)	m
290	220	Proyección Estratégica de los Ingenieros Militares	dic-11	Luis Felipe Paredes Cadena)	MG. (RA)	m
291	220	Escenarios del Ejército Moderno: una ingeniería militar con futuro	dic-11	Jorge Aragón de la Torre	CR. (RA)	m
292	220	La experiencia de Cotecmar en la implementación de mecanismos de transferencia tecnológica para el proyecto OFFShore Patrol Vessel	dic-11	Oscar Tascón, Ing(s), José Quintero, Alejandro Sejnauí	OPV CF.	m
293	220	La guerra internacional contra la piratería marítima	dic-11	César Augusto García Martín		m

Tabla abreviaturas

OFICIALES ARMADA		OFICIALES EJÉRCITO		OFICIALES POLICÍA	
Almirante	ALM	General	GR	General	GR
Almirante de Escuadra	ALME	Mayor General(3)	MG	Teniente General	TG
Vicealmirante	VA	Brigadier General(4)	BG	Mayor General	MG
Contraalmirante	CA	Teniente Coronel(5)	TC	Brigadier General	BG
Capitán de Fragata	CF	Mayor(5)	MY	Teniente Coronel	TC
Capitán de Corbeta	CC	Capitán(5)	CT	Mayor	MY
Teniente de Navío	TN	Teniente(4)	TE	Capitán	CT
Teniente de Fragata	TF	Subteniente(4)	ST	Teniente	TE
Teniente de Corbeta	TK			Subteniente	ST

Agradecimientos

A la memoria de aquellos seres de luz y energía
que nos arrancaron a la fuerza...
por sus luchas,
que siguen estando presentes en el propósito de la verdad,
la Justicia, y
la esperanza.
Por la vida que se abre camino...

Las ideas que conforman el cuerpo de este trabajo no hubieran sido posibles sin el esfuerzo de miles de hombres y mujeres que han luchado por la defensa de los derechos humanos, cuyos esfuerzos han servido de ejemplo y esperanza en mi camino. A las comunidades, al movimiento de derechos humanos y a mis compañeros y compañeras de trabajo y de exilio, que sigamos formulando nuevas ideas y preguntas que aporten en las búsquedas que hemos emprendido.

Agradezco a la Universidad Nacional de San Martín y al Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP) por hacer posible esta Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe. A las profesoras, profesores y compañeras de estudio, que enriquecieron mis conocimientos.

Especial mención y reconocimiento a Santiago Garaño, por su admirable dedicación, esfuerzo y compromiso en el acompañamiento diario a este proceso de tesis de maestría.

A mis más queridos y cercanos: mi familia, quienes han aportado los más bellos e importantes momentos de mi vida y a quienes debo el impulso, el apoyo y la comprensión para superar siempre los más duros obstáculos.

Eduardo y Manuel: este es un logro también de ustedes, pues es la fuerza del amor la que nos ha permitido avanzar con alegría, porque nuestros sueños se comparten y por ellos vamos transitando juntos...

LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ Y SU REGLAMENTO

La problemática de las comunidades
campesinas y nativas

NATALY HERRERA RODRÍGUEZ

Tutor: Fernando Losada

Director: Osvaldo Kreimer

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el tema de la consulta previa, libre e informada en el Perú, sobre la base del contexto vivido en el país previo a la promulgación de la ley, así como posterior a su reglamentación. El análisis se encuadra dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, de manera más específica, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La consulta previa es un derecho humano que tienen los pueblos indígenas para hacer valer sus otros derechos en el marco de su relación con el Estado. Este derecho es uno de los tantos que los Estados les han reconocido a los pueblos indígenas a través de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Al ser un derecho fundamental, no solo se constituye en un mecanismo de defensa en manos de sus titulares, a los efectos de rechazar intervenciones arbitrarias del Estado o de otros particulares, sino también pasa a formar parte de los criterios de validez material previstos por nuestro ordenamiento para evaluar la actuación de todos los poderes públicos y privados.

En el Perú, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra vigente desde 1995 y existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en la que se hace referencia a su valor constitucional.

De acuerdo con las normas internacionales y nacionales vigentes, el Estado peruano tiene la obligación de consultar con los pueblos indígenas las decisiones administrativas o normativas que los afecten. El incremento de conflictos socio-ambientales ha llevado a que en los últimos años se empezaran a tomar medidas concretas para poder realizar las acciones de consulta, como, por ejemplo, la aprobación de la Ley de Consulta Previa –en 2011– y su respectivo reglamento. Sin embargo, en la práctica este derecho de los pueblos indígenas aún no ha sido efectivamente implementado.

Durante los últimos años, en el Perú se ha venido promoviendo la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan los pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas. Como consecuencia de esto, los pueblos indígenas han expresado, mediante diversos pronunciamientos (conferencias de prensa, marchas en las calles, audiencias públicas, entre otros), su desacuerdo con

los planteamientos y políticas del Estado en relación con el modelo de desarrollo que se viene implementando en sus territorios.

El objetivo del presente trabajo es determinar la situación real de protección y/o vulneración de los derechos de las comunidades campesinas y nativas en los procesos de consulta previa en el Perú, desde su reglamentación en abril de 2012 hasta el presente.

Para ello, se realizó un estudio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se han tomado como instrumentos principales el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales; las opiniones que sobre este ha emitido la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A la vez, se ha recurrido también a los informes temáticos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros documentos.

Para analizar la normatividad interna, se consideraron la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano; la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocida en el Convenio 169 de la OIT, y el Decreto Supremo N° 001-2012-MC, que contiene el reglamento de dicha ley.

Del análisis de los documentos, se han podido poner de manifiesto los aciertos de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento, así como las incompatibilidades existentes entre estas y las reglas impuestas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y algunas contradicciones entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la normativa sobre consulta previa.

La investigación ha sido dividida en tres capítulos. El primero estudia el ámbito internacional y los aspectos generales de la consulta previa. En el segundo capítulo, se hace una exposición del contexto nacional previo a la promulgación de la Ley de Consulta Previa y se profundiza en el análisis de las normas peruanas sobre consulta. El tercer capítulo expone la situación de las comunidades campesinas y nativas del Perú en la legislación peruana.

EL MUNDO INDÍGENA Y SU DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La consulta previa a pueblos indígenas y tribales se ha convertido en uno de los temas más difíciles y controvertidos del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, esto ha ocurrido en apenas poco más de dos décadas, desde el nacimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en 1989.

No obstante la existencia de un instrumento internacional específico sobre el tema (el Convenio 169 de la OIT) y del impulso adicional a la consulta en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), muy pocos tribunales a nivel mundial han desarrollado jurisprudencia y legislación adecuadas sobre el asunto.

El análisis riguroso del derecho internacional sobre la consulta previa requiere no solo una reconstrucción del panorama de normas que existen sobre el tema, sino también un examen de lo que implica este proceso. Debe reconocerse que la consulta no es el mero proceso de preguntar, sino que encierra también exigencias sobre el consentimiento y se interrelaciona con otros derechos. Por otro lado, el problema de la consulta previa está intrínsecamente vinculado con la identificación a quién se debe consultar y con su estrecha relación con las tierras y el territorio.

1. La consulta previa y el derecho internacional

El derecho a la consulta previa de los pueblos originarios o indígenas ha tenido un continuo desarrollo y se demostró fundamental para la supervivencia de la diversidad cultural y étnica en el mundo, así como para su vida misma.

En virtud de la interrelación e integración interdisciplinaria de los derechos humanos, la consulta previa, además de ser un derecho en sí mismo, se ha convertido en un prerrequisito indispensable para el goce efectivo de otros derechos fundamentales. En el procedimiento de consulta, se articulan varios derechos fundamentales imprescindibles para la garantía de todos los demás derechos y libertades básicas: territorio, integridad e identidad cultural, autonomía y diversidad, libre determinación, igualdad y equidad, y desarrollo de los pueblos.

La normatividad internacional reconoce que el derecho a la consulta no se reduce a un proceso de recibir únicamente la opinión de la población consultada,

sino que busca reconocer y regenerar jurídicamente al sujeto consultado, así como –tanto para el miembro individual como para su comunidad– a valorarse, organizarse y a tomar responsabilidad de ello. La consulta a los pueblos indígenas es un derecho específico de este grupo, que se ha visto históricamente desdeñado, marginalizado y desorganizado a la vez que se ha minimizando su capacidad de acción política.

Por otro lado, el derecho internacional ha definido el contenido, el alcance y las condiciones para la garantía del ejercicio del derecho de consulta previa como mecanismo de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones legislativas y administrativas que afectan y comprometen sus territorios y sus derechos.

1.1. Sistema Universal de Derechos Humanos

Las normas del derecho internacional sobre la consulta previa se multiplicaron en las últimas dos décadas: normas jurídicamente imperativas (*hard law*), como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y también diversas normas catalogadas como *soft law*, que si bien poseen peso jurídico no son imperativamente vinculantes para los Estados. Entre estas últimas, se encuentran la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y las recomendaciones del relator especial de las Naciones Unidas, entre otras. A continuación se desarrolla una breve descripción de la normatividad citada.

a) Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (1989): En 1957, la OIT adoptó el Convenio 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, que consagraba de manera general algunos derechos de los pueblos indígenas sobre los territorios que habían habitado tradicionalmente, pero no tocaba el tema de la consulta a las comunidades como mecanismo de protección de esos derechos. El convenio comenzó a ser blanco de críticas por tender hacia la integración a la modernidad de los pueblos indígenas, a los cuales denominaba “poblaciones”. Todo ello fue reconocido por una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT en 1986. Como producto de la revisión del mencionado convenio, en 1989 la OIT adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹ (en adelante, Convenio 169), uno de los instrumentos más antiguos e importantes de protección a las comunidades indígenas, que se configura como una herramienta jurídica vinculante para los países que lo han ratificado desde entonces.²

El Convenio 169 establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en una amplia variedad de casos susceptibles de afectarlos

1 El Convenio 169 reemplaza al anterior Convenio 107 de la OIT sobre pueblos indígenas. Sin embargo, este último sigue vigente para los Estados que lo ratificaron, pero que todavía no han ratificado el Convenio 169 de la OIT (p. ej., India).

2 Los Estados parte del Convenio 169 son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Holanda, Noruega, Paraguay, Perú, España, República Centro Africana y Venezuela.

directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas (art. 6), la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6 y 7) y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (art. 15). El Convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad es la de intentar obtener el consentimiento de la comunidad o, por lo menos, llegar a un acuerdo con ella. Señala que los Estados deberán celebrar consultas incluso cuando se modifiquen disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país” (Guía de Aplicación, Convenio 169: 14), incluidos los pueblos indígenas. Por otro lado, se tiene el Programa para Promover el Convenio 169 de la OIT (PRO 169), creado por la OIT en 1996 con el fin de apoyar a organizaciones indígenas, gobiernos y otros actores en su aplicación.

b) Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Observaciones individuales: La CEACR³ ha evaluado el cumplimiento del Convenio 169 por parte de los estados en varias situaciones, desde el otorgamiento de licencias ambientales hasta decisiones sobre propiedad y proyectos extractivos.

Las observaciones de la CEACR no son vinculantes, sino que constituyen indicadores del progreso de los estados en la ejecución efectiva de sus compromisos respecto del Convenio. En general, las observaciones de la CEACR interpretan ampliamente las disposiciones del Convenio, especialmente en el ámbito de las situaciones en las cuales debe realizarse la consulta –que la CEACR aplica, entre otras circunstancias, a la adopción de disposiciones jurídicas sobre propiedad de la tierra, en actividades de prospección y explotación de recursos naturales, en el traslado de comunidades y en la adopción, formulación y aplicación de medidas legislativas y administrativas que incluyen los planes de desarrollo–.⁴ Adicionalmente, reconoce la importancia de las tierras tanto ocupadas como utilizadas por las comunidades, así como los derechos sobre la totalidad de los territorios habitados tradicionalmente por ellas.⁵

c) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007): La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, la Declaración) fue adoptada en septiembre de 2007 por su Asamblea General.

Aunque la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas no es jurídicamente vinculante, tiene una gran importancia, ya que, de todos modos, “Los derechos reconocidos en la presente declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar

3 Esta Comisión fue establecida en 1926 para evaluar los informes (de aplicación y recomendaciones) que los Estados parte hacen sobre los convenios auspiciados por la OIT.

4 Ver, p. ej., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, Observaciones individuales sobre el Convenio 169, México, 1999; Perú, 1999; Costa Rica, 2001; Perú 2001.

5 Ver, p. ej., Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, Observaciones individuales sobre el Convenio 169, Perú, 1999; Colombia, 2007.

de los pueblos indígenas del mundo” (art. 43). En Bolivia, la Declaración de las Naciones Unidas fue incluso aprobada como ley nacional y muchos tribunales constitucionales de América Latina, como también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se refieren a ella en sus dictámenes.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, se establece, entre otras cosas, que las medidas para combatir los prejuicios y la discriminación deben ser tomadas en consulta y cooperación con los pueblos interesados (art. 15.2), al igual que las medidas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso (art. 17.2); los estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, deben fomentar las formas de cooperación entre los pueblos indígenas a través de las fronteras (art. 36) y, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, los estados adoptarán las medidas apropiadas, incluidas las medidas legislativas, para alcanzar los fines de la Declaración de las Naciones Unidas (art. 38).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece en múltiples ocasiones el derecho al consentimiento previo, libre e informado. Así, se estipula que los desplazamientos de sus tierras o territorios y el almacenamiento de materiales peligrosos en ellos no podrán realizarse sin dicho consentimiento (arts. 10 y 29). Antes de adoptar medidas legislativas o administrativas, como también proyectos que repercutan en la tierra, los territorios o los recursos, los estados deben obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas interesadas (arts. 19 y 23). Con respecto a los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, como también la tierra, los territorios y los recursos de que hayan sido privados los pueblos indígenas sin el consentimiento previo, libre e informado, estos tienen el derecho a la restitución y/o indemnización (arts. 11 y 28).

d) Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: El Comité de Derechos Humanos es un órgano creado en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de su Protocolo Facultativo, de monitoreo. El Comité emite tres tipos de pronunciamientos: a) observaciones generales cuando estima oportuno aclarar alguna de las disposiciones del PIDCP (art. 40.4); b) observaciones y recomendaciones a los países que son parte del PIDCP y que resultan de la revisión que el Comité hace de los informes periódicos que los estados parte envían sobre su cumplimiento del PIDCP; y c) sentencias sobre casos individuales de violaciones de los derechos contenidos en el PIDCP.

e) Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR):⁶ Fue

6 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial fue el primer órgano creado por las Naciones Unidas para vigilar y examinar las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con las obligaciones que les incumben en virtud de un acuerdo concreto de derechos humanos. El Comité examina las medidas jurídicas, judiciales, administrativas o de otra índole que adopten los Estados para cumplir con sus obligaciones en la lucha contra la discriminación racial. Está compuesto por dieciocho expertos elegidos por cuatro años por los Estados parte en la Convención. Cada dos años se celebran elecciones para renovar la mitad de los miembros. En la composición del Comité, se tiene en cuenta la representación equitativa de las regiones geográficas del mundo, así como las diferentes civilizaciones y sistemas jurídicos. Los Estados parte deben presentar informes amplios al Comité cada cuatro años y breves informes de actualización en los períodos bienales intermedios. Cuando se presenta un informe al Comité para su examen, un representante del país interesado puede presentarlo, contestar preguntas de los expertos y hacer comentarios sobre

constituido como órgano de monitoreo tras la entrada en vigor del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial en el año 1969. El CEDR, entre otros pronunciamientos, emite recomendaciones a los estados parte que proponen medidas específicas para dar cumplimiento al Convenio. Por otro lado, el CEDR elabora recomendaciones generales sobre la aplicación de distintas disposiciones del Convenio y sobre situaciones de discriminación a grupos específicos. Además, es competente para recibir casos y quejas individuales de discriminación racial de ciudadanos de los estados parte del Convenio (OIT, 1969; art. 14).

f) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC): Es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus estados parte. El CDESC se estableció en 1985, por una resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC). El Comité recibe informes periódicos de los estados miembros sobre el cumplimiento de las disposiciones del pacto y realiza observaciones finales con respecto a ellos. El Comité también hace observaciones generales sobre las disposiciones del pacto, que sirven de pauta interpretativa de los pronunciamientos hechos por el CDESC y del pacto, pero no tienen carácter vinculante. El CDESC no tiene facultad de revisar denuncias particulares, aunque está en proceso de ratificación un proyecto de Protocolo Facultativo que se lo permitiría.⁷ En sus observaciones, menciona las disposiciones del Convenio 169 y la necesidad de que el Estado consiga de los pueblos afectados “su consentimiento antes de la realización de proyectos de explotación de la madera o de los recursos mineros y antes de la realización de cualquier política que [los] afecte, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT”.

g) Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas: El relator ha desarrollado ampliamente el tema del derecho a la consulta tanto en relación con expresarse sobre el efecto que debe tener la consulta en la práctica, como respecto de reforzar la necesidad de cumplir con el Convenio 169.

En 2003, cuando aún se discutía el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas, manifestó en un informe que, “en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”, y que este, “así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos” (Stavenhagen, 2008: párr. 72). En 2007, después de ser adoptada la declaración, el relator instó a los estados a no imponer proyectos económicos desde afuera y a garantizar que sus contenidos y procedimientos fuesen participativos y que, por lo tanto, contasen “con el consentimiento libre e informado de los pueblos y las comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo” (Stavenhagen, 2007: párr.

las observaciones que formulen. En el informe del Comité a la Asamblea General, se resumen esas actuaciones y se hacen sugerencias y recomendaciones.

⁷ Ver <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>.

18.b), de tal forma que se le diera prioridad a las políticas de desarrollo identificadas por los mismos pueblos indígenas (Stavenhagen, 2007: párr. 69). En el mismo documento, el relator citó el concepto de “consentimiento libre”, previo e informado elaborado por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas e insistió en la necesidad de seguir los siguientes criterios mencionados por ese órgano: no debe haber coerción, intimidación ni manipulación; el consentimiento debe basarse en la buena fe y debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades, debe alcanzarse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o comunidad afectada, y debe solicitarse a las autoridades designadas por las mismas comunidades (Stavenhagen, 2007; párr. 23).

h) Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas: Es un órgano asesor del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)⁸ cuya función es examinar asuntos indígenas en los ámbitos de desarrollo económico y social, cultura, medio ambiente, educación, salud y derechos humanos para dar asesoría especializada y recomendaciones al Consejo y, a través de este, a programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas.

Las recomendaciones plasmadas en los informes del Foro Permanente no son vinculantes, pero las recomendaciones oficiales dirigidas al ECOSOC pueden ser adoptadas por este órgano y sirven de plataforma para la realización de proyectos y prioridades de las Naciones Unidas en temas relacionados con los pueblos indígenas. Adicionalmente, las recomendaciones que el Foro Permanente hace para otras agencias, fondos y programas de la ONU (así como para gobiernos, organizaciones no gubernamentales indígenas y no indígenas) son ampliamente divulgadas y crean oportunidades de presión para los actores involucrados en la consulta.

1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) reúne a los países del hemisferio occidental y es el principal foro multilateral de la región, que se dedica a temas como el fortalecimiento de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la lucha contra problemas compartidos.

Esta región cuenta con instrumentos de derechos humanos que también pueden ser invocados por los pueblos indígenas, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Los instrumentos mencionados, aunque establecen derechos individuales, tienen especial relevancia en cuanto han servido de fundamento jurídico para el desarrollo progresivo de los derechos de los pueblos indígenas dentro del marco de los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano.

8 El Consejo Económico y Social (ECOSOC) fue establecido en el marco de la Carta de las Naciones Unidas como principal órgano para coordinar el trabajo de los organismos especializados y las comisiones orgánicas y regionales de las Naciones Unidas en los temas económicos y sociales. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Información básica, disponible en <http://www.un.org/es/ecosoc/about/>.

En otros instrumentos regionales, pueden encontrarse disposiciones que resaltan la importancia de la participación indígena en los asuntos del Estado para afianzar la democracia. Así, podemos mencionar la Carta Democrática Interamericana, cuyo artículo 6 reconoce que la participación ciudadana en decisiones relativas a su desarrollo es un derecho y una responsabilidad, y es una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Esta disposición debe ser interpretada conjuntamente con el artículo 9, el cual establece la eliminación de toda forma de discriminación étnica y racial y la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y la diversidad étnica, cultural y religiosa. De la misma manera, el Proyecto de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁹ reconoce, entre otros, los derechos a la libre determinación, consulta, consentimiento y participación. En caso de ser aprobado, constituiría un moderno instrumento legal para la protección de los pueblos indígenas. De su contenido, merecen mención especial el artículo XV, que reconoce su derecho a determinar libremente su desarrollo y a participar en la toma de decisiones en todos los niveles sobre los asuntos que les afecten directamente; el párrafo séptimo del artículo XIII, que establece la necesidad de obtener el consentimiento antes que el Estado cree un área protegida en sus territorios, y el artículo XVIII, cuyo párrafo quinto establece el deber del Estado de fomentar la participación de los pueblos indígenas antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, planeamiento o explotación de recursos del subsuelo que se encuentren en sus territorios, así como su párrafo sexto, que establece que el traslado o reubicación no procederá sin el consentimiento libre, genuino, público e informado de la comunidad, salvo circunstancias excepcionales de interés público.

En la actualidad, continúan las negociaciones sobre el contenido de este documento,¹⁰ aunque todavía no existe consenso entre los estados y las organizaciones indígenas. Esto podría deberse, por un lado, al hecho de que esta Declaración reconoce derechos que implican autonomía y autogobierno y, por el otro, a los conflictos generados con la población indígena sobre proyectos de desarrollo en sus territorios.

a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Creada en 1959, su función es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo en esta materia. En su resolución “La protección Especial para las Poblaciones Indígenas. Acción para combatir el racismo y la discriminación racial”, de 1972, estableció que la protección de estas poblaciones es un compromiso sagrado de los estados (CIDH, 2000: cap. I, párr. 1). Sus visitas *in loco*, en las cuales verifica directamente la situación de

9 Este proyecto está siendo debatido desde 1999 en el seno del Grupo de Trabajo creado por la Asamblea General de las Organización de los Estados Americanos. Su discusión se inició sobre el texto propuesto por la CIDH, el cual fue aprobado el 27 de febrero de 1997, durante su 95.º Período Ordinario de Sesiones. Ver: OEA/Ser.G, P/doc.2878/97 corr.1 del 1 de abril de 2007. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN-doc_334-08_rev7_esp.pdf

10 Las discusiones se hacen sobre un texto consolidado preparado por la presidencia del Grupo de Trabajo, el cual fue aprobado en 2003. En él se recogen los derechos de consulta y consentimiento previo, libre e informado.

los pueblos indígenas, sirven de sustento para la preparación de sus informes especiales enfocados a pueblos específicos y para atender los casos particulares presentados a su consideración.

Para cumplir con su función, la CIDH cuenta con diversos mecanismos, tales como las visitas a los Estados, los informes sobre la situación de derechos humanos y el análisis de peticiones individuales que alegan violaciones de derechos humanos. Estas peticiones individuales pueden ser admitidas como casos que, luego de un procedimiento ante la misma Comisión, pueden ser presentados por esta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica. Las decisiones de la Corte IDH tienen carácter vinculante para los Estados. Las peticiones ante la CIDH pueden dar como resultado también soluciones amistosas y medidas cautelares o provisionales. En cuanto a las primeras, vinculantes únicamente para las partes, en algunos casos han recomendado medidas de reparación que incluyen la devolución de tierras¹¹ y, en otros, se han manifestado sobre el alcance de la consulta.¹² Respecto de las medidas cautelares o provisionales, la CIDH ha concedido medidas cautelares en numerosos casos a personas pertenecientes a grupos indígenas por razones asociadas a la consulta previa, especialmente cuando se presentan violaciones como la intimidación y los hostigamientos a líderes,¹³ los asesinatos¹⁴ y las desapariciones.¹⁵ Algunas de las medidas cautelares han sido pasos previos importantes a los pronunciamientos más detallados de la Corte Interamericana sobre el tema específico de la consulta, como fue el caso de las medidas expedidas a favor del pueblo Saramaka para evitar los daños relacionados a la extracción de recursos de sus territorios.¹⁶

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): La Corte IDH, establecida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene por objeto conocer cualquier caso concerniente a la interpretación y aplicación de sus disposiciones, y puede ejercer funciones consultivas sobre la interpretación de la Convención u otros tratados de derechos humanos vigentes en la región americana (arts. 62(3) y 64). Si en los casos que conoce decide que hubo violación de un derecho o libertad amparado por la Convención Americana, dispondrá que se garantice a la persona o grupo lesionado el goce de su derecho y, si fuera procedente, la reparación e indemnización (art. 63).

La Corte IDH se ha pronunciado sobre el derecho a la consulta previa en los siguientes casos: Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua;

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala, Solución Amistosa, 2003.

12 En la solución amistosa del caso Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras vs. Chile en 2004, la Comisión reconoció la necesidad de hacer una consulta para el seguimiento y control de las obligaciones ambientales de una represa.

13 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Margarita Pérez Anchiraco y otros, Comunidad San Mateo de Huanchor, Perú, 2006.

14 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Pueblo Indígena Wiwa, Colombia, 2005.

15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Sarayacu, Ecuador, 2003.

16 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Clanes Saramaka, Surinam, 2002.

comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay; comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay; el del pueblo Saramaka vs. Surinam y el del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.¹⁷ La resolución de estos casos se hizo bajo una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana,¹⁸ la cual ha tenido como fuentes las principales normas, informes y jurisprudencia internacional de protección a los pueblos indígenas (CIDH, 2009: 115 y 116).

La Corte IDH ha generado una importante jurisprudencia mediante el desarrollo del contenido de los derechos de los pueblos indígenas a partir del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, extendió la protección que corresponde al derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de dicha convención, a la propiedad comunal, incluyendo el uso de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas utilizan tradicionalmente. Por dicha razón, esa corte ha sostenido que “los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural” (Corte, 2007: párr. 85).

En dicho contexto, los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación que existe entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales. Esta es una manifestación concreta de la regla general, según la cual el Estado debe garantizar que “los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos”, teniendo en cuenta que esta consulta debe “estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado”. La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que son aplicables, asimismo, a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que generan un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas (CIDH, 2009: 108).

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas por ser estas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que los conforman (CIDH, 2009: 109).

La adopción en el derecho doméstico de las medidas legislativas, administrativas u otras que sean necesarias para delimitar, demarcar y titular o –de otra forma– aclarar y proteger el territorio en el cual el pueblo indígena tiene un derecho de propiedad comunal debe ser realizada mediante consultas plenamente informadas,

17 Todos son importantes en el sentido de que constituyen una fuente para desarrollar derechos clave de los pueblos indígenas. En particular, la sentencia del pueblo Saramaka vs. Surinam ha sido invocada frecuentemente dentro de los fundamentos de las decisiones de los tribunales nacionales, doctrina y propuestas normativas.

18 Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (norma de interpretación) y artículos 31(1) y 31(2) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (regla general de interpretación de los tratados).

de conformidad con sus prácticas consuetudinarias de uso de la tierra y sin perjuicio para otras comunidades indígenas. La Corte IDH ha exigido consultas previas y el logro de un consenso con los pueblos indígenas o tribales en casos de “elección y entrega de tierras alternativas, [y] el pago de una justa indemnización o ambos” (CIDH, 2009: 10).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta como forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a participar en los asuntos susceptibles de afectarlos deben “propender... [a] la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños”. El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos pro forma. Incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar argumentos objetivos y razonables para no haberlos tomado en consideración (CIDH, 2009: 112).

Es opinión de la Corte IDH que el cumplimiento del deber estatal de consulta se regule en el ordenamiento jurídico interno mediante medidas legislativas o administrativas, de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados. Sin embargo, la ausencia de regulación no exime al Estado de dicho deber. Los Estados deben aprobar una legislación “que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de índole política, económica y social que afecten a sus derechos y que incrementen su participación política en la adopción de decisiones a nivel nacional”. Para estos efectos, los Estados deben prescribir reglas y requisitos claros para el proceso de las consultas (CIDH, 2009: 117). El deber de los Estados es ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto sobre la base de los resultados de la consulta con los pueblos indígenas o, en su defecto, proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho (CIDH, 2009: 124).

En este sentido no cabe duda de que la apropiada comprensión de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ofrece un conjunto adicional de criterios que deberán considerarse en la aplicación del derecho a la consulta.

A. Caso Saramaka vs. Suriname (2007)

El 23 de junio de 2006, la CIDH presentó una demanda contra Surinam ante la Corte IDH. La demanda había sido presentada seis años antes por las autoridades tradicionales de la comunidad tribal Saramaka. La acusación se refería a que Surinam no había tomado las medidas necesarias para garantizar el uso de los territorios poblados tradicionalmente por el pueblo Saramaka. El Estado había otorgado concesiones para la explotación forestal y minera en este territorio, sin consultar previamente a la población afectada, sin efectuar estudios de impacto ambiental y social, y sin garantizar la participación en los beneficios de

las comunidades locales. Se habría violado, así, el derecho de propiedad de estos grupos. También se reclamó la falta de medidas legislativas y jurídicas para la protección de los derechos fundamentales de este grupo étnico.

En la sentencia, la Corte IDH invocó tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas como también las expresiones del entonces Relator Especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen. La Corte estableció que los saramakas no son pueblos indígenas en virtud de que, recién en el marco de la colonización en el siglo XVII, ellos fueron llevados como esclavos a Surinam; sin embargo, comparten importantes características con los pueblos indígenas, como lo son las tradiciones sociales, culturales y económicas comunes, que los diferencian de otros segmentos de la comunidad nacional, su identificación con su territorio tradicional y la administración (en parte) autónoma según normas, costumbres y tradiciones propias.

En virtud de las características mencionadas, la Corte Interamericana dictaminó que su jurisprudencia para pueblos indígenas también sería aplicable a los saramakas. Debido a que el pueblo Saramaka no es un pueblo indígena y Surinam no es un país suscriptor del Convenio 169 de la OIT, los derechos de esta comunidad tribal se derivaron de los tratados internacionales de derechos humanos y del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte argumentó que los saramakas, aun sin el reconocimiento estatal, tienen derecho a los recursos naturales que han utilizado tradicionalmente para evitar su extinción como pueblo. El Estado tendría, así, el deber de respetar, garantizar y proteger sus modos tradicionales de vida, la identidad cultural, la estructura social, el sistema económico, las costumbres, las tradiciones y sus creencias.

La Corte dispuso en su fallo que Surinam debía tomar medidas para prevenir que se repitieran violaciones a los derechos humanos de los saramakas.¹⁹ Este caso sienta un claro precedente para el derecho a la consulta en toda la región. La Corte estableció en el fallo que, en caso de proyectos que ocupen grandes superficies, con considerables impactos sobre la población local, el Estado no solo debería consultar a dicha población, sino que debería obtener su consentimiento.²⁰ Asimismo, aportó ejemplos de la gama de medidas estatales que requieren consulta previa cuando ordenó al Estado de Surinam que consultase con el pueblo Saramaka, “al menos, acerca de los siguientes seis asuntos” (CIDH, 2009: 10):

19 El Estado, en coordinación con los saramakas, les debe otorgar títulos de propiedad colectivos y la tierra respectiva debe ser demarcada. Previo a ello, el Estado no puede adoptar ninguna medida en este territorio sin el consentimiento previo, libre e informado, y debe evitar posibles actividades de otros actores privados en dicho territorio. Las concesiones ya otorgadas deben ser nuevamente revisadas a la luz de la decisión de la Corte, con el fin de decidir si se requieren cambios para asegurar la supervivencia de los saramakas. La legislación de Surinam debe ser reformada con el fin de garantizar los derechos de los saramakas. Deben adoptarse medidas legislativas y administrativas para garantizar el derecho de los saramakas al consentimiento informado y a la apropiada participación en los beneficios. El Estado también debe asegurar que en el futuro se ejecuten estudios de impacto ambiental y social a cargo de instituciones independientes y técnicamente competentes antes de que puedan ser otorgadas concesiones en el territorio de los saramakas. Sobre esta base, deben adoptarse medidas para minimizar los impactos negativos. Surinam debía indemnizar a los saramakas por un monto de USD 75.000 por daños materiales, y de USD 600.000 por daños inmateriales. Estos pagos debían efectuarse a un fondo de desarrollo a favor de los saramakas.

20 Ver http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

- El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio del pueblo Saramaka.
- El proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo Saramaka del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva, correspondiente a la comunidad que ellos integran.
- El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado.
- El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.
- En relación con los estudios previos de impacto ambiental y social.
- En relación con cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro del territorio Saramaka o relacionados con este.

B. Caso Sarayaku vs. Ecuador (2012)

El 19 de diciembre de 2003 la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku presentó una petición a la CIDH para que su caso fuese tratado. Se refería a la exploración y explotación de petróleo en el territorio del pueblo Kichwa sin haber consultado apropiadamente a las comunidades afectadas. Por primera vez, una delegación de magistrados de la Corte Interamericana viajó, en julio de 2012, a la región afectada para hacerse una idea de las repercusiones de las actividades y para hablar con los afectados. Se incriminó a la empresa petrolera por haber realizado gestiones directamente con los miembros de las comunidades sin haber tenido en cuenta sus instancias representativas con poder de decisión. Además, se habrían prometido proyectos sociales y puestos de trabajo a las comunidades con el fin de que estuvieran a favor del proyecto. Numerosos miembros de los sarayakus manifestaron su crítica respecto de que la empresa habría tratado de manipular y dividir a la población local. A partir de todo ello, la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku se opuso a las actividades planificadas.

En dicho orden de ideas, la Corte Interamericana incorpora por primera vez el concepto de identidad cultural y lo vincula a la “propiedad comunal” de los pueblos indígenas. Así, la sentencia indica que cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, deben respetar ciertas pautas (Corte, 2012: párr. 156). Por lo tanto, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos proveen las pautas para definir las restricciones admisibles, las que deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y, con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, no implicar una denegación de la subsistencia como pueblo. Además, tratándose de recursos naturales que se encuentran en el territorio de la comunidad indígena, se exige al

Estado verificar que dichas restricciones no impliquen una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena.

Por otro lado, en los fundamentos 178 y siguientes, la Corte Interamericana considera, a la luz de la normativa y jurisprudencia interamericana, la práctica de los Estados y la evolución del derecho internacional como los elementos esenciales del derecho a la consulta. Constituye, por cierto, una obligación de los Estados demostrar que se ha cumplido con cada uno de ellos. A saber: a) el carácter previo de la consulta; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) la consulta adecuada y accesible; d) el estudio de impacto ambiental; e) la consulta informada. En relación con los estudios de impacto ambiental aquí mencionados, la Corte indicó que estos estudios sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad indígena. Su objetivo no es únicamente tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.

Finalmente, la Corte establece que las actividades de la empresa petrolera violaron los derechos a la vida, a la integridad personal y a la propiedad comunitaria.²¹ El Estado ecuatoriano fue declarado responsable por violación a los derechos, por haber celebrado el contrato con la empresa sin haber realizado la consulta previa ni obtenido el consentimiento de la población afectada, y por no impedir que la empresa realizara sus actividades en territorio indígena. La Corte subrayó que en adelante no podrá realizarse ninguna actividad en Ecuador y en el territorio de los sarayaku sin llevar a cabo la consulta previa apropiada.²²

1.3. Otros organismos internacionales

Las instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, han fijado directrices y estándares para la aplicación obligatoria de la consulta previa a pueblos y comunidades indígenas que tienen dos tipos de implicaciones: condicionan los préstamos para determinados proyectos a su cumplimiento o sirven como mecanismos de autoevaluación de las actividades realizadas por los mismos organismos. Dichos pronunciamientos

21 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

22 La Corte Interamericana ordenó a Ecuador que el derecho a la consulta debía estar regulado en la legislación nacional, que debía capacitarse a los funcionarios estatales al respecto, que el Estado debía disculparse públicamente por la violación a los derechos humanos de los sarayaku y que la sentencia judicial debía ser difundida en los medios públicos. Por los daños materiales causados, Ecuador debía pagar USD 90.000 a la Asociación del Pueblo Kichwa de Sarayaku, los cuales se deberán invertir en proyectos de desarrollo. Por los daños inmateriales causados por las actividades, como el cambio negativo en las condiciones de vida, la identidad cultural y el territorio, la Corte IDH determinó el pago de USD 1.250.000 que debían ser transferidos a la Asociación. Estos pagos por concepto de indemnización han de servir al fomento del desarrollo autodeterminado, conforme a las prioridades de desarrollo de las comunidades del pueblo de Sarayaku. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

constituyen “derecho blando”, por lo tanto, no son jurídicamente vinculantes para los Estados, y su cumplimiento depende del control y monitoreo que hagan los mismos organismos. Sin embargo, resultan pertinentes por tres razones: porque dichos organismos suministran crédito a proyectos de desarrollo que pueden afectar directamente a los pueblos indígenas y sus territorios; la misión institucional de tales organismos tiene relación directa con el desarrollo económico y la pobreza y, por tanto, atañe a los pueblos indígenas; y sus posturas y políticas formales pueden servir como herramientas políticas para los pueblos indígenas y sus aliados, quienes pueden utilizarlas para ejercer presión sobre los organismos y los Estados en los cuales financian proyectos.

Por otro lado, la ventaja de estas directrices en relación con el derecho internacional es su grado de operatividad. Ellas traducen el derecho a la consulta para proyectos concretos de desarrollo y/o inversión y establecen instrucciones precisas de procedimiento. Por ejemplo, el Banco Alemán de Desarrollo (KfW) adoptó, en sus “Directrices de sostenibilidad”, normas sobre participación del público y sobre grupos indígenas y vulnerables (2011). Muchos bancos privados, entre ellos el KfW, también adhirieron a los Principios del Ecuador, un reglamento voluntario de los bancos para el cumplimiento de estándares ambientales y sociales en el ámbito de financiamiento de proyectos.

El Banco Mundial ha emitido varias políticas operacionales sobre su funcionamiento, algunas de las cuales establecen criterios para la realización de la consulta previa con pueblos indígenas en el marco de los proyectos de desarrollo financiados por el banco.

Por otro lado, la Corporación Financiera Internacional (CFI) –institución afiliada con el Banco Mundial– ha emitido varias recomendaciones sobre las prácticas del sector privado en cuanto a las consultas que realizan con los actores afectados por sus proyectos.

Asimismo, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) cuenta con una política operativa sobre pueblos indígenas que tiene como objetivo potenciar la contribución de dicha institución financiera internacional al desarrollo de los pueblos indígenas mediante el apoyo a los gobiernos nacionales de la región (BID, 2006: 6). La política contiene las siguientes dos series de directrices: a) apoyo al desarrollo con identidad y b) salvaguardar a los pueblos indígenas y sus derechos.

Actualmente, numerosas empresas petroleras, gasíferas y mineras expresan, por medio de posturas públicas y/o en sus declaraciones de compromiso para la observancia de las directrices sociales y ecológicas, que en el marco de sus actividades cumplirían con el principio de la consulta previa o del derecho de consulta previa, libre e informada (CPLI) (Voss y Greenspan, 2012).

Además existen guías que orientan la actuación de empresas y organizaciones con respecto a comunidades y poblaciones afectadas por sus proyectos. John Ruggie, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, las Empresas Transnacionales y Otras Empresas desde 2005 hasta 2011, elaboró los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”.²³ Este

23 Ver http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

documento influyó sobre otras guías, como el ISO 26000, que define líneas generales en materia de responsabilidad social establecidas por la Organización Internacional para la Estandarización. Estas normas transnacionales contienen diversas interpretaciones acerca de la realización de consultas con grupos afectados por actividades empresariales. Sin embargo, ni la guía formulada por Ruggie ni el ISO 26000 incluyen el derecho a la consulta previa, libre e informada o establecen que las empresas deberían llegar a acuerdos con los grupos afectados por sus proyectos (Vanclay y Esteves, 2012: 9). Además, todas estas normas son de referencia y no legalmente vinculantes.

2. La consulta previa, libre e informada

El principio de “libre, previo e informado” es un concepto integral del enfoque de la consulta a los pueblos indígenas. El artículo 6 del Convenio 169 establece que se trata de una disposición básica, sobre la cual recae la normatividad e interpretación que al respecto se ha desarrollado, en términos de la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR, 1989: párr. 6). Se trata de un artículo medular sobre el cual reposa la aplicación de las demás disposiciones. Obliga a los Estados parte a implementar procedimientos apropiados que permitan a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, ejercer el derecho a ser consultados sobre los diversos aspectos que recoge el Convenio. Si bien no señala el procedimiento, su segundo párrafo establece que debe realizarse de buena fe y responder de forma apropiada a las circunstancias. Se señala que la consulta tiene como finalidad lograr un acuerdo o el consentimiento, y que deberá ser aplicada sobre cualquier medida legislativa o administrativa que afecte directamente a los pueblos indígenas.

Por su parte, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tiene una redacción muy similar al 6.2 del Convenio 169; no obstante, la Declaración establece como objetivo de la consulta el “consentimiento libre, previo e informado”.

2.1. Elementos del consentimiento libre, previo e informado

Según la clasificación que hacen Benavente y Meza (2010: 58), las características más importantes del consentimiento libre, previo e informado son las siguientes:

- Libre: implica que no hay coerción, intimidación ni manipulación.
- Previo: implica que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos de consulta y consenso con los pueblos indígenas.
- Informado: implica que se suministre información que abarque, por lo menos, los siguientes aspectos:
 - a) La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto.
 - b) Las razones o el objeto del proyecto y/o actividad.

- c) La duración del proyecto y/o actividad.
- d) Los lugares de las zonas que se verán afectados.
- e) Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución.
- f) El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto, incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas.
- g) Procedimientos que puede entrañar el proyecto.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para ser previa, la consulta debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución (CIDH, 2009: 117). Este es un criterio clave, pues la decisión sobre la ubicación temporal del proceso de consulta en el marco de proyectos de inversión o medidas complejas es crucial para asegurar, de la mejor manera, la incorporación del punto de vista de los pueblos indígenas en las decisiones estatales correspondientes. Es preciso tener en cuenta que muchas veces las decisiones en un proyecto se dan en distintos niveles; algunas afectan a todo el proyecto y otras son de implementación, por ejemplo la construcción de un puente de obra que cruce terrenos comunales. Todas estas decisiones pueden afectar los derechos e intereses de los pueblos indígenas; es por esto necesario que la consulta sea un proceso permanente, siendo previa y adecuada en tiempo, naturaleza y sujeto, respectivamente.

En lo que respecta al hecho de que la consulta debe ser informada, esto significa que la información se debe proporcionar en forma clara, completa, en el idioma de la comunidad indígena y se debe corresponder con la medida que, en el caso de actividades extractivas o proyectos de desarrollo, contendrá el estudio de impacto ambiental. Estos estudios se constituyen en un elemento clave para la realización de un óptimo proceso de consulta, porque promueven la igualdad entre las partes, la manifestación de una opinión consistente y seria y la plena vigencia del principio de buena fe y confianza entre los involucrados en el proceso (Alva; 2014: 76). En el mismo sentido, la CIDH indica que la consulta es informada siempre que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos aquellos de carácter ambiental y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria, lo que descansa en una comunicación constante entre las partes (CIDH, 2009: 120).

A pesar de los importantes aportes del derecho internacional, la realización de procesos de consulta y la obtención del consentimiento libre, previo e informado son procesos complejos y conflictivos, pues los estándares establecidos muchas veces dejan un amplio margen de discrecionalidad al Estado en la toma de decisiones, que en la mayoría de los casos no ha resultado en procesos exitosos de consulta (Rico, 2009). Esto resulta problemático en tanto que la noción predominante de desarrollo que persigue la mayoría de Estados, como lo resalta Raquel Yrigoyen (2010: 15), “[h]a condenado como ‘retrasado’ o ‘primitivo’ a todo

aquel que no responda a una lógica de progreso lineal. Ha estereotipado como ‘inferiores’ a pueblos y personas, a través de técnicas racistas y sexistas, desde una supuesta superioridad construida para legitimar el colonialismo. Ha minusvalorado como ‘local o particular’ lo que no responde a la cultura occidental que, a sí misma, se considera universal. Y ha descalificado como ‘improductiva o estéril’ a toda forma de vida social, o uso de la tierra o relación con la naturaleza que no responda a la lógica de la producción de mercado”. Es así que para la aplicación efectiva del Convenio 169 sobre la finalidad de obtener un consentimiento libre, previo e informado, se necesita la creación de instituciones fortalecidas a nivel estatal y de una organización fortalecida de los pueblos indígenas, que garanticen la construcción de un diálogo y entendimiento a largo plazo.

3. Consulta, consentimiento y veto

3.1. ¿Consulta o consentimiento?

Consulta y consentimiento, ambos son derechos autónomos y están regulados en el Convenio 169 y en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. La consulta abre un espacio de diálogo en el cual los pueblos indígenas tienen la posibilidad de expresar su posición y el Estado de considerar sus opiniones, aunque sean contrarias a la medida propuesta. Es decir, la consulta promueve que el gobierno atienda a los verdaderos requerimientos de los pueblos indígenas afectados, que reflexione sobre ellos y que emita una decisión fundada en caso de que decida ejecutar la medida a pesar de su negativa u observaciones (CIDH, 2009: párr. 285). En el consentimiento, el estándar es más alto en la medida en que fija como condición que los pueblos y comunidades den previamente su *consentimiento* libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecte; y, en el supuesto de que los pueblos indígenas decidan no otorgarlo, se sostiene el deber de los Estados de respetar esta negativa (ONU, 2012: párr. 26).

Estos casos –en los cuales es necesario el consentimiento– se fundamentarán en la protección de la propia subsistencia del pueblo indígena. Siendo así, “el requisito de consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión con el derecho a la vida, la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales” (CEACR, 2009). De esta manera, en la actualidad existen tres supuestos identificados en los cuales se deberá obtener el consentimiento de los pueblos consultados: a) en caso de desplazamiento forzoso (artículo 12(1) del Convenio 107; artículo 16(2) del Convenio 169; artículo 10 de la Declaración), b) en caso de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras de los pueblos indígenas (artículo 29(2) de la Declaración, artículo 6 del Convenio 169, que reconoce como único fin de la consulta previa llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas; artículo 19, que añade el carácter “previo e informado”; artículo 32 de la Declaración, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a que se respete su propia visión y estrategias de desarrollo para cualquier plan, programa o proyecto), y c) en los casos de ejecución de planes de

inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de gran escala (artículo 28 de la Declaración).

El derecho al consentimiento está siendo desarrollado; de esta manera, la Corte IDH lo ha distinguido del derecho a la consulta considerándolo como una salvaguarda reforzada de derechos esenciales, necesarios para asegurar la existencia de los pueblos indígenas (CIDH, 2009: párrs. 286-287) ante el impacto de los planes de desarrollo o de inversión a gran escala sobre sus territorios, tierras y recursos naturales. El nivel de tal impacto será determinante para que el consentimiento sea exigible (CIDH, 2009: párr. 330). En suma, el requerimiento del consentimiento variará de acuerdo con la importancia, índole y repercusión que pueda tener la medida sobre los derechos y la supervivencia de los pueblos indígenas (ONU, 2009: párrs. 22-25). El relator James Anaya sostiene que la importancia de lograr el consentimiento variará según las circunstancias e intereses que estén en juego. Si existe la posibilidad de que la medida ponga en peligro el bienestar físico o cultural básico de la comunidad, entonces se establecerá una presunción sólida que prohibirá proceder con la medida (ONU, 2009a: párr. 47). En caso de que no existiese tal peligro y si aún la comunidad no hubiera manifestado su consentimiento, el Estado podrá proceder con la medida sobre la base del interés público y tomando las precauciones del caso para mitigar cualquier impacto nocivo a la comunidad.

Según diversos organismos de derechos humanos, los casos en los cuales los pueblos indígenas deben otorgar su consentimiento están relacionados a la utilización de sus territorios para el desempeño de actividades extractivas, los traslados forzados, la distribución de beneficios de estas actividades, el establecimiento de parques o reservas naturales²⁴ (ONU, 2010: párr. 34) o en los que se pretendan utilizar sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales.²⁵

El consentimiento es considerado como un derecho y como un principio y su ejercicio es demandado con mayor fuerza por las organizaciones indígenas en los foros internacionales y en los espacios nacionales; incluso se ha llegado a afirmar que la consulta y la participación son componentes fundamentales de un proceso de consentimiento. El actual relator sobre derechos de los pueblos indígenas James Anaya en el documento²⁶ propone seis principios, que pueden ser atendidos por los países de acuerdo con sus propias condiciones y tal como lo establece el artículo 34 del Convenio 169: 1) debe realizarse con carácter previo; 2) no debe agotarse con la mera información; 3) debe ser de buena fe; 4) debe ser adecuada y realizarse a través de las instituciones representativas indígenas; 5) debe ser sistemática y transparente, y 6) debe determinarse su alcance (Anaya, 2009: 5-11).

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58, 24 de diciembre de 2009, párrs. 18, 25 y 221.

25 Artículo 8(j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas.

26 "Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile".

3.2. La consulta y el poder de veto

La OIT no ha establecido que los pueblos indígenas tengan derecho a veto; esto quiere decir que, si no hay acuerdo o consentimiento, el Convenio 169 no otorga a los consultados un derecho a veto que supere la soberanía del Estado, por lo que queda en este la decisión final. Sin embargo, ello no debe interpretarse como sinónimo de la desvalorización de los acuerdos a los que se haya llegado, ni de la firmeza de los requerimientos para que sea genuinamente libre, previa e informada. Si se ha logrado un acuerdo o el consentimiento, este sí es vinculante. También lo sería si no hubiera acuerdo, pues es obligatorio que el Estado tome en cuenta la realidad que se vive en el pueblo consultado al momento de tomar una decisión, y que esta sea adecuadamente motivada, es decir, debe explicar por qué la adopta pese a la negativa de los pueblos indígenas.

Por su parte, el relator especial James Anaya ha afirmado que “Hablar de un derecho de veto en tal sentido, cuando se trata de asuntos que puedan ser de interés legítimos no solo por la parte indígena sino también para la sociedad nacional en general, no es coherente con la norma de consulta participativa que se incorpora en la normativa internacional” (Anaya, 2010: pt. 1).

La consulta permite al Estado conocer las verdaderas necesidades de los pueblos indígenas y contar con herramientas que lo lleven a incorporar ese enfoque al momento de evaluar una medida. Por ello, la consulta, antes que por su resultado, es valiosa por el proceso mismo, por la construcción del diálogo; aunque deberían establecerse consecuencias penales y/o administrativas si el Estado no tomara una decisión adecuada ni exigiera que las observaciones fuesen sustentadas para dar legitimidad a una decisión.

4. Algunos temas vinculados a la consulta

4.1. Los pueblos indígenas y los pueblos tribales

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, la categoría “pueblos indígenas” se encuentra diferenciada de otras categorías, así como la de “pueblos tribales”. Por esta razón, es necesario identificar los criterios con los cuales se puede designar como indígena o tribal a un determinado grupo humano.

En principio, no existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el derecho internacional y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria a efectos de proteger sus derechos humanos (OIT, 2009: 9). Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de América y del resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva. Si bien ni los instrumentos interamericanos de derechos humanos ni la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección han determinado con exactitud los criterios para constituir un “pueblo indígena”, se han consagrado criterios relevantes en otros instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y otros (OIT, 2008: 8 y ss.).

El artículo 1.1.(b) del Convenio 169 de la OIT dispone que dicho tratado se aplicará “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Por otro lado, el artículo 1.2 del mismo Convenio establece que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

En la Guía de Aplicación del Convenio 169, la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen: 1) la continuidad histórica, por ejemplo, se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; 2) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región, y 3) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la autoidentificación colectiva en tanto pueblo indígena (OIT, 2009: 9).²⁷

Otro estudio, del Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de *indígena* incluyen: 1) prioridad en el tiempo con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; 2) la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas; 3) la autoidentificación, así como el reconocimiento por otros grupos o por las autoridades estatales en tanto una colectividad diferenciada, y 4) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no. Estos factores, advierte el estudio, no constituyen ni pueden constituir una definición inclusiva, sino que son más bien factores que pueden estar presentes en mayor o menor grado en distintas regiones y contextos nacionales y locales, por lo cual pueden proveer guías generales para la adopción de decisiones razonables en la práctica (ONU, 1996: párrs. 69-70). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a su vez, opta por no definir a los pueblos indígenas beneficiarios de sus disposiciones; no obstante, en su artículo 33.1 establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

Asimismo, en relación con la categoría de pueblo tribal, podríamos afirmar que este es “un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos

²⁷ Según se establece en el artículo 1.2 del Convenio 169, el elemento subjetivo es un criterio fundamental para la clasificación de un grupo como indígena. El Convenio combina ambos grupos de elementos para llegar a una determinación en casos concretos.

en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones” (Corte, 2007: párr. 79). Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1.1(a) del Convenio 169.

Al igual que con los pueblos indígenas, la determinación de cuándo un grupo en particular se puede considerar “tribal” depende de una combinación de factores objetivos y subjetivos. Según ha explicado la OIT, los elementos objetivos de los pueblos tribales incluyen: 1) una cultura, organización social, condiciones económicas y forma de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional, por ejemplo, en sus formas de sustento, lengua, etc., y 2) tradiciones y costumbres propias y/o un reconocimiento jurídico especial. El elemento subjetivo consiste en la identificación propia de estos grupos y de sus miembros como tribales. Así, un elemento fundamental para la determinación de un pueblo tribal es la autoidentificación colectiva e individual en tanto tal. El criterio fundamental de autoidentificación, según el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, es igualmente aplicable a los pueblos tribales (OIT, 2009: 9).

Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus miembros. Para la CIDH, “el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluso el derecho a la posesión colectiva de la propiedad” (Corte, 2007: párr. 78).

4.2. La interrelación del derecho a la consulta con otros derechos

La interrelación del derecho a la consulta con otros derechos se puede analizar en tres niveles: en relación de género-especie con el derecho a la participación política, como mecanismo procedimental y en la interrelación del derecho a la consulta con el llamado “derecho al desarrollo”.

En relación con el primer punto, la Corte ha desarrollado una importante jurisprudencia respecto de la participación de las comunidades indígenas en toda toma de decisiones sobre sus tierras, participación que requerirá, a su vez, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos o comunidades indígenas. Al respecto, tal como señala Ruiz (2007: 225), “debe garantizarse la representación de los grupos étnico culturales en todo organismo que pueda interpretar o modificar sus competencias o derechos” y precisa que ello no se agota en la representación en instancias estatales, pues “los pueblos indígenas tienen, además, el derecho a que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que sean de su interés”. Solo de esta forma se les permitirá “hablar por sí mismos[,] participar en el proceso de toma de decisiones [...] y que su contribución, además, [sea] beneficiosa para el país en que habitan” (Ruiz, 2007: 226). Por otro lado, la consulta previa no solo afecta el derecho de propiedad; si la consulta estuviera vinculada a medidas educativas, la interrelación se presentaría entre el derecho a la educación, participación e identidad cultural.

De esta manera, el derecho a la consulta resulta un derecho procedimental que hace viable el ejercicio de otros derechos indígenas (Clavero, 2012). Mantiene una marcada interdependencia con otros derechos que no pueden interpretarse de forma aislada, toda vez que ello es incompatible con la

naturaleza interdependiente e indivisible del conjunto de derechos (Ruiz y Roel, 2011: 37 y 133).

El derecho a la consulta adquiere roles sustantivos porque con su ejercicio se ve tutelada la supervivencia de los pueblos indígenas, presupuesto de todos sus demás derechos (Benavente y Meza, 2010: 67). Pero además, en tanto derecho en sí mismo, el derecho a la consulta debe respetar el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación. Asimismo, debe anotarse la necesidad de otorgar a los pueblos indígenas toda la información necesaria para que puedan tomar posición, brindándoles un adecuado acceso a la información. Este adecuado acceso implica también el tiempo suficiente para elaborar la información, asesorarse técnicamente y tomar decisiones internas estratégicas y sustantivas.

En segundo lugar, es importante recordar que las garantías del debido proceso se extienden a todo acto emanado del Estado que pueda afectar derechos. Ello en la medida en que la finalidad de un sistema o mecanismo de protección de derechos no tendría un efecto útil (*effet utile*) si no se incluyeran los diversos procedimientos que pudieran afectar los derechos humanos. Esto se explica por la necesidad de brindar salvaguardas fundamentales a todo procedimiento en el que potencialmente se afecten derechos (Benavente y Meza, 2010: 85).

Finalmente, bajo el paradigma del derecho al desarrollo, es innegable el papel que juega la consulta en materia de derechos de los pueblos indígenas. De acuerdo con el preámbulo de la Declaración sobre el derecho al desarrollo,²⁸ este se configura como derecho humano inalienable, entendiéndolo como el “proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan”. En el mismo sentido, el artículo 1 de la Declaración lo postula como un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales; a contribuir a ese desarrollo; y a disfrutar de él.

En este contexto, el desarrollo como derecho humano apuesta a ser un proceso que conlleve no solo el crecimiento económico, sino algo más amplio, llamado “bienestar general”, concepto íntimamente relacionado con los de “equidad” y “justicia”. Se trata, por tanto, de un proceso dinámico en el que los elementos que constituyen el desarrollo son interdependientes. Sengupta (CDH, 1999: párr. 67) también ha descrito este proceso como la mejora de un “vector de los derechos humanos” compuesto por varios elementos. Cada elemento del vector es un derecho humano, como lo es a su vez el propio vector en la medida que el derecho al desarrollo forma parte integrante de los derechos humanos. De esta manera, la mejora en la realización del derecho al desarrollo se definiría como la mejora de todos los elementos del vector (es decir, de los derechos humanos) o, como mínimo, de uno de sus elementos. Asimismo, dado que los derechos humanos

28 Ver resolución 41/128 de la Asamblea General, del 4 de diciembre de 1986.

son inviolables y que entre ellos no existe prelación, la mejora de cualquiera de los derechos no puede menoscabar a otro. En razón de ello, la condición para mejorar el derecho al desarrollo es fomentar o mejorar la realización de un número mínimo de derechos sin deteriorar o violar los demás.

En este marco teórico, donde el desarrollo se alcanza a partir del disfrute pleno de todo el catálogo de derechos, la consulta emerge, en su doble carácter de derecho sustantivo e instrumental, como la garantía necesaria para que las medidas adoptadas en aras del desarrollo de los pueblos indígenas sean efectivas y genuinas.

4.3. El alcance territorial y de recursos en la consulta

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros se extienden sobre la superficie terrestre, y sobre los recursos naturales que están en esa superficie y en el subsuelo. Integralmente, las tierras y los recursos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de “territorio”, tal como lo ha confirmado la Corte Interamericana (Corte; 2007, nota al pie 63).²⁹ El Convenio 169, en su artículo 13.2, dispone en términos similares que “la utilización del término ‘tierras’ (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

La CIDH ha valorado positivamente la incorporación legislativa de “un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso”(CIDH, 2009b: párr. 160), por considerar que “esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general” (CIDH, 2009b: párr. 160). La ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena no se restringe al núcleo de sus casas de habitación; “por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural” (Corte, 2005: párr. 120(h)). En esta misma medida, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines” (CIDH, 2004: párr. 129); los derechos de los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo (Corte, 2007: párr. 114).³⁰

Por otro lado, con respecto a los recursos naturales, estos se definen como sustancias que existen naturalmente en la tierra. Los recursos naturales son valiosos

29 Para la Corte Interamericana, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente.

30 La Corte Interamericana ha explicado en este sentido que “...el alcance del ‘respeto’ al derecho al territorio de los miembros [de un pueblo indígena o tribal] [no se limita] a, únicamente, sus ‘aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas’. Dicha limitación no tiene en cuenta la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no solo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas”.

para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o se renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez que han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales. En este sentido, se consideran de vital importancia para la vida y el desarrollo de los pueblos, por lo que también les corresponde un margen de protección y, cuando estén por verse afectados, es necesario hacer una consulta sobre ellos.

4.4. Los aspectos de la reparación

La violación del derecho a la consulta previa, ya sea por la realización de una consulta inadecuada como por la omisión completa de una consulta a la población afectada por una medida o proyecto, resulta en una obligación de reparar a las víctimas de dicha violación. La obligación general de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos está establecida en diferentes instrumentos del derecho internacional y adquiere características propias cuando se trata de reparar a pueblos y comunidades indígenas y a sus miembros por violaciones a sus derechos.

a) Deber general de reparar: el principio general de derecho internacional del deber de reparar los daños causados por violaciones del derecho internacional quedó establecido desde 1928, con un fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el caso *Usine de Chorzow*. En este, se afirmó que “es un principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada” (CIPJ, 1927: 29).

La consiguiente responsabilidad de los Estados de reparar las violaciones que cometan ha sido afirmada durante décadas por órganos e instrumentos internacionales y regionales como uno de los pilares fundamentales del derecho internacional. De acuerdo con los principios y directrices básicos sobre reparación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, “los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario” (ONU, 2005b: principio 15). Este instrumento entiende por “víctima de una violación (...) a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario” (ONU, 2005b: principio 8).

El deber general de reparar también está contemplado en varios instrumentos de derecho internacional, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles

y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ONU, 1966: art. 2). Esta última establece el deber del Estado de reparar de la siguiente manera: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (OEA, 1969: art. 63.1).

Por su parte, la Corte Interamericana también ha cristalizado y afirmado el deber de reparar a través de una serie de fallos que han indicado que “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los pilares fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo ha reconocido esta Corte (...) y la jurisprudencia de otros tribunales” (Corte, 1989: párr. 25). Adicionalmente, la Corte Interamericana ha destacado que el Estado no puede eludir esta responsabilidad de reparar basándose en su derecho interno (Corte, 2005: párr. 181).

b) Formas de reparación: En el derecho internacional, se han desarrollado diferentes medidas de reparación con objetivos distintos, tanto para daños económicos como para aquellos que vulneran la dignidad u otros derechos de las personas o grupos. Existen cinco medidas de reparación pecuniaria y no pecuniaria: 1) la indemnización, que busca reparar los perjuicios “económicamente evaluables”, tales como los daños materiales, morales, pérdida de oportunidades, lucro cesante, gastos en asistencia jurídica, entre otros; 2) la restitución, que busca el restablecimiento de la situación de la víctima anterior a la violación de sus derechos; 3) la rehabilitación, que se basa en servicios médicos, psicológicos, jurídicos y sociales; 4) la satisfacción, que cuenta con varias medidas, como aquellas que se deben tomar para hacer cesar la violación o lograr la revelación de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas y los cadáveres de personas asesinadas, el restablecimiento de la dignidad de las víctimas a través del reconocimiento público, las conmemoraciones y homenajes a las víctimas y la aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones, y 5) las garantías de no repetición, de las cuales hacen parte las medidas encaminadas a lograr un control efectivo sobre las autoridades, sean civiles o militares, el fortalecimiento del sistema judicial, la revisión y reforma de leyes, la educación, la promoción de códigos de conductas y normas éticas, entre otras (Rodríguez, Morris y otros, 2010: 89).

Por último, es importante hacer una aclaración sobre la relación entre el derecho a la reparación, por un lado, y el derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios de la explotación económica, por el otro. Aunque en algunas ocasiones la Corte Interamericana ha manifestado que la participación en beneficios puede hacer parte de la reparación,³¹ se trata de derechos independientes. Por tanto, no es necesario que exista un deber de reparar para que el pueblo afectado tenga derecho a participar de los beneficios. El Convenio 169 es enfático en

31 Ver, entre otros, Corte IDH, *Saramaka vs. Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.

separar ambos derechos, pues señala que los pueblos interesados “deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (OIT, 1989: art. 15.2).

LA LEY DE CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ Y SU REGLAMENTO

Durante los últimos años, la conflictividad social en el Perú aumentó considerablemente y su manejo inadecuado contribuyó a crear inestabilidad e inseguridad en el país. Según información de la Defensoría del Pueblo, sistematizada por el Instituto de Defensa Legal en el año 2010, de los conflictos sociales existentes en cada región del país, el 44% de las disputas activas y latentes correspondía a casos donde no se había realizado un proceso de consulta previa (DPLF/IDL/Seattle University School of Law, 2010: 46-48). Estas cifras evidenciaron la necesidad de adoptar una legislación que regulara el derecho a la consulta previa y que la consagrara como un requisito previo a la toma de decisiones administrativas o legislativas que afecten los intereses de los pueblos indígenas.

Entre los principales problemas relacionados con la falta de consulta previa a pueblos indígenas que desencadenaron conflictos, se encontraron el temor a una posible contaminación y deterioro del medio ambiente; la falta de acuerdos sobre las medidas que se adoptarían en este caso; las compensaciones económicas que se recibirían; la magnitud de la afectación de los territorios; los posibles daños a la salud; el uso del agua; la responsabilidad de las empresas y del Estado frente a estos problemas y la falta de mecanismos para hacer valer la consulta, así como el incumplimiento de los compromisos adquiridos por las empresas con los pueblos indígenas.

1. Los primeros pasos, una mirada a los inicios

1.1. Los orígenes del conflicto

En el Perú, los pueblos indígenas amazónicos¹ han visto cómo sus condiciones de vida se han ido deteriorando a medida que la sociedad nacional ha incursionado

¹ Los pueblos amazónicos son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Incluyen a las comunidades nativas y a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. Se diferencian, así, de los pueblos andinos, que son pueblos originarios con identidad y organización propia, que mantienen todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, y abarcan las comunidades campesinas de la sierra y de la costa.

en sus territorios tradicionales a través de colonizaciones agropecuarias o especulativas, la libre explotación de los recursos naturales, la construcción de vías de penetración y otras perturbaciones. La destrucción de la Amazonía por la vía de una profusión de proyectos definidos como iniciativas para el desarrollo de interés nacional es alarmante (Dourojeanni y otros, 2009).

Esto condujo a un notorio deterioro de su seguridad alimentaria y afectó gravemente lo que hoy los pueblos indígenas definen como “el antiguo buen vivir”. Además, los servicios implementados por el Estado en educación y salud han contribuido a profundizar los efectos disolventes que en las culturas indígenas han tenido las presiones culturales de estos proyectos externos a ellos.

En los últimos quince años, el ritmo de otorgamiento de concesiones petroleras y gasíferas en todo el territorio amazónico se ha acelerado. Se ha lotizado² el 75% de la Amazonía peruana y se han concedido lotes petroleros por 56 millones de hectáreas. A partir del año 2006, las comunidades indígenas comenzaron a reaccionar a estos proyectos y decretos legislativos formulados por el poder Ejecutivo de manera inconsulta. Uno de los casos paradigmáticos es el de los Awajún³ y Wampis,⁴ en cuyo territorio se dieron los acontecimientos del 5 de junio de 2009, que se describirán más adelante.

Por otro lado, el discurso del “Perro del Hortelano”, formulado en octubre y noviembre de 2007 por el entonces presidente Alan García, puede ser pensado como el momento en que “se azuzan” las tensiones con los pueblos indígenas amazónicos. Allí, comparaba las comunidades nativas y campesinas con el “perro del hortelano”, a las que consideraba como reliquias que obstaculizaban el desarrollo del Perú. Asimismo, proponía liberar las tierras ociosas de los comuneros “en grandes lotes” para ponerlas en manos de inversionistas capaces de hacerlas producir.

En lógica consumación del anuncio presidencial, el Gobierno formuló un conjunto de normas, conocidas como el paquetazo del TLC⁵ al amparo de la facultad legislativa otorgada por el Congreso de la República para facilitar la implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos, pero excediendo largamente el objetivo que justificó la delegación de poderes. En ese contexto, los decretos promulgados no solo no fueron consultados, sino que, como respuesta a las fuertes reacciones de los diferentes sectores rurales, fueron ocultados de manera sistemática, incluso al propio Congreso de la República,

2 Situación sin un proceso de consulta previa a los pueblos indígenas.

3 El pueblo aguaran o awajún, es una etnia de la selva amazónica peruana. Los aguarunas descienden de los fieros jíbaros, guerreros formidables que defendieron incansablemente su libertad y que, por lo mismo, se mantuvieron durante mucho tiempo fuera del alcance y el conocimiento del hombre occidental. Así, se enfrentaron a las invasiones incaicas, que no lograron someterlos. Tampoco los pudieron adoctrinar los sacerdotes, especialmente jesuitas y dominicos, muchos de los cuales murieron en el intento.

4 Los pueblos wampis habitan la región en torno a la Zona Reservada Santiago Comaina; pertenecen a la gran nación jíbara, ubicada en ambos lados de la frontera del Perú con Ecuador.

5 En junio de 2008, el boletín oficial del Gobierno sacó una de las ediciones más voluminosas de su historia, que contenía decenas de decretos legislativos promulgados por el Ejecutivo, entre ellos el paquete de once leyes que afectaban a la Amazonía, bautizados por los “perros del hortelano” –para García– como la “ley de la selva”.

hasta el mes de junio de 2008, cuando se emitieron ya de manera definitiva. De este modo, se trataba de un terreno abonado para el conflicto y las organizaciones indígenas empezaron a planificar un paro nacional en respuesta.

Hasta el 25 de mayo de 2009, la Policía Nacional del Perú (PNP) había elaborado un Plan General de Operaciones (PGO) que tenía como objetivo reprimir las acciones de lo que sería el “Paro Amazónico 2009”. El punto de concentración de los manifestantes fue, hasta el 25 de mayo, la zona de la Estación de Bombeo N° 6 de Petroperú del Oleoducto Norperuano. Las comunidades awajún y wampis decidieron bloquear un tramo de la carretera Fernando Belaúnde Terry, entre los kilómetros 200 y 202 en la denominada zona de la “Curva del Diablo”, a partir del día 26 de mayo para visibilizar la protesta y presionar al Congreso a ocuparse de la inconstitucionalidad de los decretos.⁶

El día 2 de junio de 2009, después de que se supo que la Comisión de Constitución del Congreso no abordó el tema de los decretos, hubo un preacuerdo de repliegue a la Estación N° 6, localidad en la que había permanecido un núcleo de manifestantes. El 3 de junio de 2009, miembros de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) se reunieron con diversas bancadas del Congreso, con resultados positivos, para lograr un compromiso que permitiera levantar el paro. Sin embargo, el procedimiento adoptado y el frágil argumento empleado para eludir la demanda de anulación de los decretos legislativos no dejaba dudas acerca de que el movimiento indígena se vería obligado a persistir en su demanda.

Se sabe que en la tarde del jueves 4 de junio había gran inquietud tanto en la zona bloqueada de la carretera como en las ciudades de Bagua Grande, Bagua y en Jaén, localidades donde la noticia había generado fuertes reacciones de solidaridad con los indígenas ante la inminencia de un operativo que las autoridades no parecían estar dispuestas a detener a favor de una solución no confrontativa. A lo largo del 4 de junio, los coordinadores de los grupos comunales pasaron la tarde haciendo consultas a los miembros apostados en la carretera para ver si se aceptaba adelantar el retiro y sostener en la noche una reunión del Comité de Lucha. Dicha reunión se realizó a partir de las 10 pm, cuando se habría ratificado con unanimidad la decisión de replegarse libremente (Comisedh, 2013: 99).

1.2. Los sucesos en Bagua

a) La Curva del Diablo: El operativo de la policía fue programado para iniciarse a las 5 am. Ante esta situación, distintos grupos de indígenas tomaron la iniciativa de subir a los cerros para disuadir un ataque de la policía. Sin embargo, el ascenso de estos manifestantes fue interpretado por la policía como un ataque, a

⁶ Esta fue la actitud con que los comités comunales acudieron luego al bloqueo de la Curva del Diablo. El padre de uno de los primeros awajún fallecidos en el cerro señala que, antes de partir hacia la Curva del Diablo, su hijo Jesús le dijo que iba “cantidad de gente para que deroguen la ley (...) sabiendo que con buena manera vamos a solucionar el problema (...) buenamente para regresar” (*Reunión de la Comisión en Santa María de Nieva (N° 4), 09.10.09*. Audios de la Comisión). El 15 de mayo de 2009, después del desalojo, los representantes del Comité de Lucha de Amazonas y la Dirección Nacional de Operaciones Especiales (DIROES) firmaron un acta de compromiso para evitar las agresiones de parte de las fuerzas policiales (<http://www.servindi.org>).

pesar de que estaban a pecho descubierto y en un lugar abierto, sin posibilidad de protección. Cuando los manifestantes llegaron al cerro, fueron disuadidos por la policía con disparos de gas; un efectivo que parecía dirigir el grupo les gritó “¡márchense!” y los amenazó con emplear los AKM que todos esos efectivos policiales llevaban consigo. Ante esto y en respuesta, los manifestantes empezaron a tirar piedras (Comisedh, 2013: 112). Momentos más tarde, se escucharon tiros de fusil que provocaron la muerte de un manifestante awajún y otros dos heridos (Comisedh, 2013: 114).

Una columna terrestre que comprendía 321 efectivos, dos vehículos blindados y un helicóptero fueron parte del operativo policial, donde no hubo siquiera intervención de los fiscales. La reacción enardecida de la población sobrepasó a los dirigentes indígenas, además de que el ejército no cumplió con sus instrucciones de dar seguridad.

La magnitud del impacto en las comunidades al recibir las noticias de los hechos hizo que un número grande de población y manifestantes llegara desde distintos lugares para dar muerte violenta a los efectivos policiales de la División Nacional de Operaciones Especiales (DINOES, perteneciente a la PNP) que se encontraban allí.

Esto responde a la lógica de la “venganza” de la cultura awajún y wampis. De acuerdo con ella, “si se hace daño a uno de los nuestros”, solo se restablece el grupo si se actúa sobre aquellos a quienes se considera responsables y sobre sus “familiares”.

b) Las Baguas: El paro indígena de 2009 es una consecuencia de los sucesos relatados y encontró simpatía en varias de las ciudades de la Amazonía. Bagua y Bagua Grande, donde vive mayoritariamente población originaria de los departamentos contiguos, comerciantes y agricultores, fueron especialmente solidarias con esta situación.

La balacera en Bagua. El año anterior, se habían generado fuertes enfrentamientos entre la población y la policía.⁷ Fue así como, en la Plaza de Armas de Bagua, se llevaron adelante las primeras colisiones. Abel Ticlia Sánchez, un joven que se encontraba desarmado, fue la primera víctima, producto de los disparos policiales. Otro de los muertos en la ciudad fue Jorge Ángel Pozo Chicana; vivía muy cerca de la Plaza de Armas de Bagua y, al querer salir de su casa con su esposa e hijo, porque el aire se había hecho irrespirable debido a los gases lacrimógenos, fue alcanzado por un tiro en el abdomen. A esto se suman numerosos civiles heridos de bala. La tercera muerte en Bagua fue de un indígena, Felipe Sabio, quien procedía de la comunidad awajún de Wawás (distrito Imaza).

La balacera en Bagua Grande: El operativo de desalojo no previó acciones de ningún tipo, posiblemente porque esta ciudad tiene menos vínculos económicos, políticos y culturales que Bagua respecto del territorio awajún y wampis. Tal como sucedió en Bagua, la llegada de los primeros civiles heridos de bala causó conmoción y se produjo una concentración de población en la Plaza de Armas. Se trataba de una minoría, aparentemente espontánea, y que no poseían armas. Sin

⁷ Enfrentamientos que, seguramente, han contribuido a la solidaridad con los acontecimientos relatados.

embargo, esto no impidió la existencia de dos civiles muertos y varios pobladores heridos, algunos de gravedad.

Como consecuencia de todos los hechos del 5 de junio de 2009, fallecieron 33 personas (23 policías, cinco pobladores y cinco indígenas), 83 fueron detenidas y 200 resultaron heridas (Defensoría del Pueblo, 2009a: 8-13).

2. La Ley de Consulta Previa en el Perú

El 24 de agosto de 2011, el recién estrenado Congreso de la República, y con Ollanta Humala a cargo de la presidencia, aprobó la Ley de Consulta Previa con 113 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención. Todavía estaba muy presente el mensaje con el que el jefe de Estado había ganado las elecciones e iniciado su mandato: que su gobierno iba a poner en marcha una gran transformación que incluiría medidas importantes para acabar con la exclusión a la población indígena que, en porcentaje importante, lo había reconocido como su candidato.

Es así como, en Imacita (a 110 km de la ciudad de Bagua), uno de los puntos neurálgicos del paro indígena, el 6 de septiembre de 2011 el presidente Humala promulgó la Ley de Consulta Previa de Pueblos Indígenas y Originarios. Había que comenzar a reparar la herida y la gente de Imacita, Bagua, Uctubamba y de todas las provincias amazónicas del país reconoció en la aprobación de la ley de consulta que en verdad estaban cambiando las cosas.

2.1. La Ley N° 29.785: Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El Perú fue el primer país del mundo en promulgar una ley que ordena que las comunidades indígenas deban ser consultadas antes de que el Estado adopte medidas que pudiesen afectarlas directamente. Si bien Perú fue uno de los primeros países de Latinoamérica en ratificar el Convenio 169 (después de que lo hicieran México, Colombia, Bolivia, Costa Rica y Paraguay), en la práctica nunca aplicó los artículos que establecían el derecho a la consulta previa a pesar de que, entre 1997 y 2011, la propia OIT emitió 10 observaciones individuales al Estado peruano instándolo a que cumpliera con ese compromiso y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pidió en el año 2000 que todo proyecto de explotación de recursos naturales en área indígena o que afectara el hábitat o la cultura de pueblos indígenas les fuera consultado.

a) Los actores del proceso: Como en cualquier proceso político trascendente para el país, la implementación de la consulta previa cuenta con un reparto de actores implicados que tienen sus propios intereses y puntos de vista.

Las organizaciones de los pueblos indígenas son uno de los pilares. La Ley N° 29.785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú (en adelante. la ley o Ley de Consulta Previa), establece que

debe ser consultado el pueblo indígena que pudiese ser afectado por la medida administrativa o legislativa que adopte el Estado. El pueblo indígena respectivo participa en el proceso de consulta mediante sus instituciones y organizaciones representativas, elegidas conforme a sus usos y costumbres tradicionales. La ley repite los criterios establecidos en el Convenio 169, pero establece otros adicionales. Así, respecto del criterio objetivo, se señala:

- Descendencia *directa* de las poblaciones originarias del territorio nacional. Se agrega el adjetivo “directo”.
- Estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que tradicionalmente usan u ocupan.
- Instituciones sociales y costumbres propias.
- Patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional.

A partir de una comparación entre el Convenio 169 y la Ley de Consulta Previa peruana, los criterios objetivos exigidos por la ley no necesariamente lo serían para el derecho internacional de los pueblos indígenas, con lo que se estarían contraviniendo de alguna manera las normas del Derecho Internacional. Cabe recordar que, según el artículo 35 del Convenio 169, se deberá interpretar esta norma del modo que resulte más favorable a los derechos de los pueblos indígenas, dando preferencia a los criterios menos restrictivos.

A su vez, otro participante resulta ser el Estado mismo. Tanto para realizar la consulta como para promoverla y asegurar la participación efectiva de los pueblos indígenas, la ley plantea además la figura del órgano técnico del Poder Ejecutivo especializado en materia indígena, función asignada al Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, que tendrá como funciones:

- Concertar, articular y coordinar la política estatal de implementación del derecho a la consulta.
- Brindar asistencia técnica y capacitación previa a las entidades estatales y los pueblos indígenas u originarios, así como atender las dudas que surjan en cada proceso en particular.
- Mantener un registro de las instituciones y organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios e identificar las que deben ser consultadas respecto de una medida administrativa o legislativa.
- Emitir opinión, de oficio o a pedido de cualquiera de las entidades facultadas para solicitar la consulta, sobre la calificación de las medidas legislativas o administrativas proyectadas por las entidades responsables, sobre el ámbito de la consulta y la determinación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados.
- Asesorar a la entidad responsable de ejecutar la consulta y a los pueblos indígenas u originarios que son consultados en la definición de su ámbito y características.
- Elaborar, consolidar y actualizar la base de datos relativa a los pueblos indígenas u originarios y sus organizaciones representativas.
- Registrar los resultados de las consultas realizadas.
- Mantener y actualizar el registro de facilitadores e intérpretes idóneos de las lenguas indígenas u originarias.

b) Las medidas que deben ser consultadas: La ley no desarrolla el detalle de las normas legislativas o administrativas que deben ser consultadas. No obstante, en el texto de su artículo 2 extiende el ámbito de las medidas por consultar a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente a dichos derechos.

El reglamento de la ley (que se desarrolla líneas abajo) ha agregado detalles al respecto, pues considera que deben ser consultadas las normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto o el que autorice a la administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Del mismo modo, se podrán consultar las medidas legislativas y normas con rango de ley como resoluciones legislativas, decretos legislativos y ordenanzas regionales o municipales. En cambio, los decretos de urgencia, en tanto limitados a materia financiera o económica, no podrían modificar derechos colectivos, por lo que no requerirían ser consultados.

c) Cuándo debe realizarse la consulta: Esta prerrogativa de los pueblos ha sido recogida por el artículo 9 de la Ley del Derecho a la Consulta Previa. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha señalado que puede haber excepciones al carácter previo de la consulta sobre una determinada medida legislativa o administrativa (TC, 2010: párr. 36). Sin embargo, no señala cuáles serían esas excepciones al derecho de consulta ni justifica la posible creación de excepciones no establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual abre un espacio jurídico peligroso para la integridad de este derecho. Si la consulta no se realiza de manera previa, simplemente nos encontraríamos frente a una vulneración del derecho, viéndose el Estado obligado a cumplir con su deber de reparar.

d) Etapas del proceso de consulta: La ley establece un conjunto de etapas mínimas. La normativa de desarrollo de la ley o los acuerdos adoptados durante algún proceso particular podrían agregar algunas nuevas. Ellas son:

- Identificación de las medidas objeto de la consulta: es la entidad estatal la que debe identificar, bajo su responsabilidad, las medidas legislativas o administrativas que tengan una relación directa con los derechos colectivos; sin embargo, organizaciones representativas de los pueblos indígenas pueden pedir que se les consulte alguna medida que crean los afecte directamente.
- Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados: la entidad estatal promotora de la medida a consultar identificará a los sujetos a consultar.
- Publicidad de la medida legislativa o administrativa: las entidades promotoras de la medida a consultar deben ponerla en conocimiento de los representantes de los pueblos indígenas a consultar.
- Información sobre la medida legislativa o administrativa: la entidad estatal deberá brindar información de la medida a consultar a los pueblos indígenas desde el inicio del proceso.
- Evaluación interna de las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios: los representantes de los pueblos indígenas deben contar

con un plazo razonable para analizar la medida a consultar y los alcances que esta tiene en relación con sus derechos.

- Proceso de diálogo intercultural: se deben tomar en cuenta las sugerencias y recomendaciones que los pueblos indígenas formulen; todas las opiniones del diálogo deben quedar en un acta de consulta.

- Decisión: por último, la decisión final sobre la medida consultada la tiene la entidad estatal competente; sin embargo, dicha decisión debe estar debidamente motivada. De haber llegado a un acuerdo entre las partes, este tiene que ser de carácter obligatorio para ambas partes.

e) Principios de la consulta previa: La Ley de Consulta Previa dispone que la consulta debe hacerse respetando los siguientes principios desarrollados en el Convenio 169: oportunidad; interculturalidad; buena fe; flexibilidad; plazos razonables; ausencia de coacción o condicionamiento en el proceso de consulta y en los mecanismos de coordinación, e información oportuna (y apropiada) disponible para los pueblos indígenas u originarios.

f) Efectos de la consulta previa: Si bien el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre el carácter vinculante del resultado de un proceso consultivo, la Ley del Derecho a la Consulta Previa señala:

Artículo 15. Decisión

La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente. Dicha decisión debe estar debidamente motivada e implica una evaluación de los puntos de vista, sugerencias y recomendaciones planteados por los pueblos indígenas u originarios durante el proceso de diálogo, así como el análisis de las consecuencias que la adopción de una determinada medida tendría respecto a sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente en los tratados ratificados por el Estado peruano.

El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes. En caso de que no se alcance un acuerdo, corresponde a las entidades estatales adoptar todas las medidas que resulten necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios y los derechos a la vida, integridad y pleno desarrollo. Los acuerdos del resultado del proceso de consulta son exigibles en sede administrativa y judicial.

3. El reglamento de la Ley de Consulta Previa en el Perú

3.1. Decreto Supremo N° 001-2012-MC, reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú

El reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú (en adelante, el reglamento) se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 3 de abril de 2012; así se ponía en vigencia la norma procedimental que establece las reglas de juego para los procesos de consulta. El reglamento describe una serie de procedimientos que complementan la ley peruana de consulta previa e indican su ámbito de aplicación. Se aplica en: 1) las medidas administrativas que dicte el Ejecutivo mediante las distintas entidades que lo conforman; 2) las medidas legislativas, entendiéndose como tales a los decretos que se emitan

conforme con el artículo 104 de la Constitución, y 3) las medidas administrativas mediante las cuales se aprueban los planes, programas y proyectos de desarrollo (Congreso de la República, 2012: 57).

Por otro lado, el reglamento reconoce que el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura es la entidad estatal encargada de implementar el derecho a la consulta. Además, entre otras funciones, elabora, consolida y actualiza la base de datos oficial sobre los pueblos indígenas y lleva el registro de sus respectivas organizaciones; lleva el registro del resultado de las consultas realizadas y brinda asesoría a la entidad responsable de ejecutar la consulta (Congreso de la República, 2012: 37).

Sin embargo, lo más importante de este reglamento es que señala que, de alcanzarse un acuerdo en el proceso de consulta, sea este parcial o total, tendrá un carácter de obligatorio y vinculante entre las partes, es decir, entre el Estado y los pueblos indígenas. Asimismo, señala que, si no se llegase a ningún acuerdo, la entidad encargada de llevar a cabo el proceso de consulta podría emitir dicha decisión consultada, pero siempre tomando en cuenta las medidas necesarias para garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sus vidas y derechos conexos.

Finalmente, si bien es cierto que establece pautas para llevar a cabo la consulta previa, como veremos más adelante, también presenta vacíos y contradicciones que representarían violaciones a los derechos de los consultados en beneficio de la posición del Estado y/o terceros.

3.2. El proceso de consulta previa del reglamento

A) Los acuerdos del acta final

El 5 de marzo de 2012, y como conclusión de una etapa de diálogo entre el gobierno, organizaciones indígenas, instituciones de la sociedad civil y los sectores públicos y privados; los representantes de los viceministerios, de la Confederación de Nacionalidades Amazónicas del Perú (CONAP) y de la Confederación Campesina del Perú (CCP) suscribieron un acta final que recoge los puntos consensuados y las observaciones en los aspectos en los que no se lograron acuerdos.

Al respecto, se debe tener en cuenta que este proceso de diálogo era un proceso de consulta en sí mismo sobre el reglamento; por lo tanto, se debe aplicar lo estipulado en el artículo 15, párrafo segundo, de la Ley de Consulta Previa, que señala: “El acuerdo entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios, como resultado del proceso de consulta, es de carácter obligatorio para ambas partes”. A pesar de esto, el texto final del reglamento contiene cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas en el acta final.

En el artículo 5(a) se ha introducido un texto nuevo en la parte final, que no fue discutido previamente con las organizaciones. Este agregado se recoge del artículo 23, inciso 3 (descripto líneas abajo), pero cambiando el contenido. El texto varía el “deber” de la entidad promotora para enriquecer su propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas por una simple “búsqueda” de que esta decisión se enriquezca con dichos aportes. Este cambio supone una disminución de los deberes de las entidades promotoras respecto de considerar los aportes de

los pueblos indígenas y, además, supone una falta de valoración e importancia de su opinión, aun en situaciones en las que no se consiguió un acuerdo.

La modificación del artículo 9 del reglamento pone en riesgo la participación efectiva y oportuna de los pueblos indígenas en el proceso de consulta. Regula el derecho de petición de los pueblos indígenas en el supuesto de no haber sido incluidos en el proceso de consulta, y la parte final del inciso 2 de este artículo establece el efecto de la apelación en caso de que el pedido haya sido denegado. En el acta final, el acuerdo señalaba que la apelación tenía “efecto suspensivo”, es decir, que el proceso se suspendería hasta contar con una decisión final. De esta manera, se buscaba garantizar la participación en todo el proceso del pueblo o los pueblos que solicitaran su incorporación y evitar hechos consumados muchas veces irreparables. Sin embargo, el reglamento cambia esta posibilidad y se cambia el acuerdo, se señala que la apelación debe realizarse “sin efecto suspensivo”. En términos prácticos, el pueblo indígena que sea incorporado al proceso, después de la decisión final obtenida por apelación, deberá aceptar el proceso de consulta en el estado en el que se encuentre en ese momento. Si consideramos lo corto e inflexible de los plazos, con suerte llegará a incorporarse unos días antes de que termine la consulta.⁸

Asimismo, se han realizado supresiones, como la del artículo 20.6 en lo que se refiere al límite temporal de la etapa de diálogo.

En el artículo 23.3 se ha eliminado el texto íntegro de un inciso que contemplaba el supuesto de la existencia de un acuerdo parcial y, por lo tanto, el deber de la entidad promotora de enriquecer su propuesta con los aportes de las organizaciones indígenas –si bien esto está contemplado en general en el artículo 5(a), ya no como obligación (debe), sino como intención (búsqueda)–.

Otra supresión es la del artículo 27.4, en el que se recorta la posibilidad de realizar consultas de reglamentos de leyes ya consultadas.

El Estado no incorpora la totalidad de los acuerdos tomados en el proceso de consulta previa del reglamento, transgrediendo así el mandato expreso de la Ley de Consulta y violando derechos constitucionales. Tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, “El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa (...) iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta (...)” (TC, 2010: párr. 37).

B) El nuevo articulado sin consulta

El artículo 6 del Convenio 169 establece que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, estos deben ser consultados. Dichas consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con el fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. En este sentido, la existencia de medidas que generen una afectación directa motiva los procesos de consulta y, por lo tanto, se convierten en el eje de una consulta determinada.

⁸ En caso de que se adopte la decisión final sobre la medida antes del pronunciamiento sobre la apelación, el único recurso disponible es solicitar la nulidad de la medida, buscando que se reinicie todo el proceso. Esa vía no parece garantizar efectivo el derecho a la consulta, tal como se podría lograr con el carácter suspensivo de la apelación.

Por otro lado, conforme al fundamento 21 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00022-2009-PI, dichas medidas son las que regularán exclusivamente aspectos relevantes de los pueblos indígenas (una ley o reglamento cuyo contenido regula únicamente sus derechos o intereses) o regularán una materia con carácter general, pero necesitan precisar algunas disposiciones relativas a estos pueblos. De acuerdo con esto, podemos concluir que el Decreto Supremo N° 001-2012-MC que regula el reglamento de la Ley de Consulta Previa es una norma que se ajusta al supuesto de la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, debiendo ser sometida a un proceso de consulta, ya que en su integridad regula un derecho colectivo indígena. A ello debemos sumar que, conforme a los fundamentos 37 y 38 de la referida sentencia del Tribunal Constitucional, se ha previsto que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta incluye, entre otros, el derecho de poder contar con el acceso a las medidas que se quieren normar; se precisa, además, que la adopción de medidas sin la correspondiente consulta previa supone la afectación de este derecho. En esa línea de ideas, toda disposición que finalmente ha sido adoptada en el reglamento ha debido ser consultada tomando en cuenta su naturaleza, puesto que se trata de una norma que regula íntegra y exclusivamente supuestos relacionados con los pueblos indígenas.

Por lo anteriormente mencionado, la etapa de decisión del proceso de consulta del reglamento debió efectuarse en función de las propuestas presentadas por las organizaciones indígenas, las cuales ejercieron su derecho a la consulta previa. Con o sin acuerdo con el Estado, la finalidad de la consulta previa es no afectar los derechos de los pueblos indígenas. Adoptar medidas que no formaron parte del proceso de consulta, cuanto menos, supone un atentado en contra del principio de buena fe previsto en el Convenio 169 y en la Ley de Consulta Previa. Asimismo, las medidas adoptadas y que no fueron sometidas al proceso de consulta –independientemente de si estarían buscando beneficiar o no a dichos pueblos– se convierten en inconstitucionales, puesto que suponen la negación del ejercicio del derecho a la consulta libre, previa e informada.

A continuación, se detallan los artículos que no fueron sometidos al proceso de diálogo previo y que, sin embargo, forman parte del texto del reglamento aprobado (DS N° 001-2012-MC):

- 1, 1.5: Señala que el proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdos entre las partes.
- 2, 2.3: Prevé la necesidad de un informe previo y favorable del Viceministerio de Interculturalidad para los procesos de consulta de los gobiernos regionales y locales.
- 3(n): Señala la definición de representante de un pueblo indígena.
- 5(j): Dispone que la obligación de informar que le corresponde al Estado se realice únicamente con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.
- 10, 10.4: Establece el plazo para que los pueblos indígenas designen a sus representantes; su segundo párrafo no fue incluido en el proceso de consulta.

- 24: Establece el plazo máximo para desarrollar el proceso de consulta.
- 27, 27.3: Establece que el proceso de la consulta se realiza mediante las organizaciones representativas asentadas dentro del ámbito geográfico de la medida.
- 27, 27.6: Desarrolla el supuesto de consulta indígena para los proyectos de decretos legislativos.

Asimismo, la 12ª disposición complementaria, transitoria y final establece que:

- no se consultarán medidas administrativas complementarias
- la coordinación de procesos de promoción de la inversión privada
- no será necesaria la consulta de una medida administrativa sobre el reinicio de una actividad
- no será necesaria la consulta en casos de construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación y provisión de servicios públicos
- costos de la consulta los asumirá la entidad promotora correspondiente.

3.3. El contenido del reglamento

A) La vulneración de la autonomía de gobiernos regionales y las atribuciones del Viceministerio de Interculturalidad

El artículo 2 de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales y el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades precisan que ambas instancias de gobierno gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Los gobiernos locales y los gobiernos regionales –en atribución de sus funciones– dictan medidas de manera permanente, de modo que algunas de estas normas podrían afectar los derechos de los pueblos indígenas de su jurisdicción y, por lo tanto, deberían ser consultadas a través de procesos de consulta impulsados por estas instancias de gobierno.

Asimismo, no considerar la participación de los pueblos indígenas en áreas como salud, educación, medio ambiente, producción, etc. –competencia de los gobiernos descentralizados–, y/o no considerar los derechos colectivos sobre estas materias –como el derecho a la consulta– significaría una violación a las normas del Convenio 169 y al artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política.

El artículo 2, acápite 2.3, del reglamento de la Ley de Consulta optó por señalar que “Los gobiernos regionales y locales solo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad (...)”. En este sentido, el artículo 2.3 del reglamento de la Ley de Consulta constituye un obstáculo para el propio Estado, pues impide que a través de sus diferentes niveles de gobierno cumpla su rol de garante y responsable de implementar y hacer cumplir las disposiciones del Convenio 169: “Artículo 2.1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

Con este dispositivo (acápite 2.3 del reglamento de la ley), se vulnera la autonomía de los gobiernos regionales y locales reconocidos en los artículos 191 y 192.6 de la Constitución; se viola el principio constitucional de jerarquía normativa, contenido en los artículos 51 y 138 (2º párrafo) de la Constitución, y se modifican normas del bloque de constitucionalidad a través de un decreto supremo,

acto que es inconstitucional, ya que al ser una norma de rango constitucional no puede ser modificada por un Decreto Supremo como el reglamento de la Ley de Consulta (DS N° 001-2012-MC).

Por otra parte, el Gobierno ha ejercido la potestad reglamentaria de manera inconstitucional al violar el artículo 118.8 de la Constitución. Según lo establecido en el artículo 2.3 del reglamento, este excede lo establecido en la Ley de Consulta (Ley N° 29.785), dado que esta facultad no se considera en ella; en tal sentido, se viola el artículo 118.8 de la Constitución, que establece que es atribución del presidente de la República “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. Una restricción como la contenida en el artículo 2.3 del reglamento debió haberse discutido y aprobado a través de la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura y no del reglamento, conforme señala el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley N° 29.158).

B) A partir de qué momento se realiza la consulta

Mientras que el artículo 2 del reglamento establece su ámbito de aplicación, el artículo 3 define las medidas administrativas del primer supuesto.

El reglamento no es claro con respecto a cuándo debe realizarse la consulta en el caso de las medidas administrativas que aprueban el aprovechamiento de los recursos naturales. De acuerdo con los artículos 3(i) y 6 del reglamento, se interpreta que la consulta se desarrollaría únicamente durante la elaboración de los estudios de impacto ambiental. Tampoco es claro sobre si se cumplirá para todos los casos de aprovechamiento de recursos naturales, renovables y no renovables. Esto no solo sucede porque cada sector de gobierno tiene una legislación especial con respecto al desarrollo del estudio de impacto ambiental, sino porque el reglamento no aclara esta situación, tan solo menciona las opciones sobre las que discrecionalmente decidirá cada ente de gobierno al momento de regular la consulta en dicho sector. Ante la falta de claridad del reglamento de consulta, los sectores de gobierno tendrán la discrecionalidad de ajustar este derecho a la legislación de cada uno de ellos para viabilizar la inversión, restringir los posibles efectos de este derecho e impedir cualquier variación de la decisión estatal de otorgar un derecho.

C) Decimosexta disposición. Notificaciones adecuadas culturalmente

A lo largo del reglamento, se mantiene la lógica de cualquier norma nacional, dejando de lado la especificidad de una norma para pueblos indígenas, asumiendo que estos tienen iguales oportunidades de acceso a la información que cualquier ciudadano que vive en centros urbanos. Por ello se establece que las notificaciones serán realizadas a través del diario oficial *El Peruano* y las diversas páginas web, lo que no responde a una realidad rural y atenta contra el derecho de acceso a la información.

D) La consulta previa a pueblos indígenas en aislamiento voluntario

En el caso de los pueblos indígenas en aislamiento o en contacto inicial conforme

al artículo 2 de la Ley N° 28.736,⁹ el aislamiento supone no haber desarrollado relaciones sociales de manera sostenida con el resto de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, se debe presumir y respetar la voluntad de estos pueblos de discontinuarlas. El contacto inicial implica que un pueblo indígena o parte de él se encuentra en el comienzo de un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional.

Cabe mencionar que el régimen de protección previsto en dicha ley –artículos 1 y 4(a) y (b)– establece la necesidad de preservar la vida y salud de estos pueblos, pues es en ese marco que se presume su vulnerabilidad ante enfermedades transmisibles, debiendo respetarse lo decidido por ellos en torno a su relacionamiento con la sociedad y el Estado. Es en ese marco que la ley que regula la protección de estos pueblos (artículo 5) prevé la intangibilidad de las reservas indígenas. No obstante, este mismo artículo establece la excepción en caso de que exista en ellas algún recurso natural cuya explotación resulte de necesidad pública para el Estado, debiendo procederse de acuerdo con la ley. En ese sentido, el reglamento de la Ley de Consulta –a través de su novena disposición final– ha modificado el reglamento de la Ley para la Protección de los Pueblos en Aislamiento o Contacto Inicial, otorgándole la facultad al Ministerio de Cultura de emitir una opinión técnica previa vinculante sobre los estudios de impacto ambiental requeridos conforme a ley.

El derecho a la consulta para las poblaciones en aislamiento o contacto inicial debe entenderse como un derecho en suspenso, que será ejercido cuando estas poblaciones decidan dejar tal condición. En estos casos, ya la medida podría estar implementada o en implementación, con lo que se podrían estar vulnerando sus derechos. Y en caso contrario, se los podría estar forzando a dejar su condición de aislamiento. Así, esta imposibilidad de consulta implica también que toda medida que pueda afectarlos no contará con ella como requisito para su adopción; si no se realiza la consulta, la medida adoptada deberá considerarse inválida e inconstitucional. Ello no excluye el ejercicio del derecho a la consulta por parte de la población indígena que no se encuentra en aislamiento o contacto inicial; no obstante, la medida que se adopte como producto de esta consulta no debe ni puede afectar derechos de sus pares que sí se encuentran en esa condición. Es en este sentido que debe configurarse el contenido de las opiniones que deba emitir el Viceministerio de Interculturalidad.

E) La obligación de informar por parte del Estado

De acuerdo con el artículo 5(j) del reglamento, la obligación del Estado de informar a un pueblo indígena se concreta a través de las organizaciones representativas que participen en el proceso de consulta. En este sentido, la etapa de información exige una manifestación concreta y proactiva del Estado respecto del contenido de las medidas que él mismo pretende disponer, como su concededor y en beneficio del correspondiente pueblo indígena. Ello siempre en coordinación

⁹ Ley para la Protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento o Contacto Inicial, Ley N° 28.736.v

con las organizaciones representativas a fin de precisar los temas y métodos que serán usados para el conocimiento de la medida.

Frente a esto, el literal (e) del artículo 5 precisa que la consulta como derecho implica necesariamente que el pueblo indígena sea informado; ello, recordando que no existen derechos sin Estado, supone una actuación directa y especializada por parte de este último.

Por este motivo, la necesidad de información que se genera en los pueblos indígenas frente a una medida estatal propuesta no puede darse por satisfecha con la sola participación de sus organizaciones representativas, sino que debe suponer actos que, en coordinación con tales organizaciones, impliquen una facilitación del contenido de las medidas que el propio Estado viene promoviendo en beneficio de los miembros del o de los pueblos indígenas involucrados. Así, la delimitación de la actuación estatal únicamente en función de las organizaciones representativas, prevista en el reglamento de la Ley de Consulta, no debe aplicarse para la etapa de información, ya que resulta necesario que el Estado disponga medidas que faciliten la información de los propios pueblos indígenas.

F) Medidas que no serán consultadas

Se prevén dos instancias:

- Obras públicas: La decimoquinta disposición complementaria, transitoria y final del reglamento establece: “La construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la necesaria para la provisión de servicios públicos que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos al procedimiento de consulta previsto en el reglamento”. Esto quiere decir que las obras que el Estado considere son realizadas a favor de los pueblos indígenas no se consultarán. Sin embargo, el artículo 6 del Convenio 169 señala que se debe consultar toda medida que impacta directamente en los pueblos indígenas.

- Decretos de urgencia: De acuerdo con el artículo 5(1) del reglamento, no se consultarán las decisiones estatales de carácter extraordinario dirigidas a enfrentar situaciones temporales. En principio tiene sentido que no deban consultarse los decretos de urgencia si tenemos en cuenta que estas normas son de carácter transitorio y se dan de forma extraordinaria y en situaciones de urgencia. Sin embargo, la forma en la que se utilizan los decretos de urgencia en el Perú cambia esta regla general, pues a través de esta facultad supuestamente extraordinaria, el Gobierno aprueba normas que no quiere que sean revisadas por el Congreso de la República o que no reúnen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de esto es el famoso decreto de urgencia aprobado por el Gobierno de Alan García, que exoneraba de estudio de impacto ambiental a los megaproyectos y que fue finalmente declarado inconstitucional.

G) La aplicación de la consulta en el tiempo

El artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2012-MC establece que el reglamento solo se aplica a los actos administrativos y normativos posteriores a la entrada en vigencia de este decreto supremo. Esto significa que las decisiones normativas

y administrativas adoptadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Convenio 169 no serán objeto de procesos de consulta, desconociendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que el derecho a la consulta es exigible desde febrero del año 1995.

H) Nulidad para medidas no consultadas

El Estado no tiene un poder ilimitado. El artículo 45 de la Constitución es claro; el poder se ejerce en el marco de las competencias legalmente reconocidas. Si el poder se ejerce por fuera de estas competencias, este será nulo (artículo 46 de la Constitución, 3^{er} párrafo). Todo acto administrativo (por ejemplo, una concesión minera) emitido con posterioridad al año 1995 y que afecte a los pueblos indígenas tendrá un vicio de nulidad. El artículo 5(n) del reglamento evita pronunciarse sobre la validez del acto administrativo no consultado. Se reconoce el derecho a la consulta, pero no se menciona nada respecto de la validez de los actos que no han respetado este derecho.

LA SITUACIÓN DE LAS COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS FRENTE A LA CONSULTA PREVIA EN EL PERÚ

El Perú es un país multicultural y pluriétnico y su población, de más de 29 millones de habitantes, cuenta con más de ocho millones de personas que se autoidentifican como indígenas. La diversidad cultural de los pueblos originarios se refleja en la presencia de más de 60 grupos étnicos pertenecientes a 1786 comunidades indígenas, ubicadas en 11 departamentos, tales como: quechuas, aymaras, aguarunas, ashaninkas y otros pueblos indígenas amazónicos (CIDH, 2000a: párr. 1).¹ En la Amazonía peruana, ancestralmente se asienta la población indígena perteneciente a por lo menos trece familias lingüísticas.² Sin embargo, todavía no existe un criterio oficial uniforme respecto del término “pueblos indígenas” ni respecto de quiénes quedan comprendidos en la protección del Convenio 169 (DAR, 2010: 47). Además, el Gobierno ha asumido distintas posturas, tanto a nivel nacional como internacional, y les ha dado un trato diferente según se encuentren en la Amazonía, en la sierra o en la costa del país (DAR, 2010: 47).

Sin embargo, se puede establecer, mediante el análisis de distintas normas internas, que el Estado peruano reconoce como pueblos indígenas a aquellos que se encuentren organizados en comunidades nativas o campesinas o habiten en reservas indígenas reconocidas (DAR, 2010: 67). Debido a la confusión derivada de la dispersión de normas y a los discursos estatales encontrados, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR, 2009) le solicitó al Gobierno que desarrolle, en consulta con las organizaciones indígenas nacionales, un criterio unificado sobre cuáles son los pueblos indígenas que deben ser cubiertos por el Convenio 169, incluidas las comunidades campesinas y nativas.

Para responder a dicha inquietud, Perú informó a la Comisión de Expertos de la OIT que contaría con un Proyecto de Ley Marco de los Pueblos Indígenas

1 Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú. “Los derechos de las comunidades indígenas”, Instituto Nacional de Estadística e Informática, Dirección Nacional de Censos y Encuestas, Resumen Ejecutivo. Resultados definitivos de los censos en comunidades indígenas de la Amazonía peruana, elaborado con base en la información obtenida de los Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda y del II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana, enero de 2009. El censo realizado en 2007 en 1786 comunidades amazónicas registró una población indígena amazónica de 332.975 habitantes y recogió información sobre 51 etnias de las 60 existentes en la Amazonía.

2 Ídem.

u Originarios del Perú,³ el cual contendría una definición de pueblos indígenas u originarios, y que tomaría en cuenta, entre otros criterios, el autoreconocimiento o la conciencia de grupo de poseer una identidad indígena u originaria como elemento subjetivo para determinar quiénes pueden ser considerados tales. En este sentido, el Estado informó que el Convenio 169 se aplicaba a las denominadas comunidades campesinas y a las comunidades nativas, así como a los indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y a quienes se autoidentifican como descendientes de las culturas ancestrales asentadas en las zonas de costa, sierra y selva peruana. Respecto de la información proporcionada por el Estado, la Comisión de Expertos de la OIT criticó que entre los elementos objetivos de la definición prevista en el proyecto de ley apareciera la referencia a que estos pueblos “se encuentran en posesión de un área de tierra”, requisito que no está contemplado en el Convenio 169.

1. Los pueblos indígenas en la legislación peruana previa a la Ley de Consulta Previa

Los pueblos indígenas fueron la población mayoritaria durante gran parte de la historia del Perú. A pesar de ello, históricamente esta población mayoritaria fue víctima de ataques de todo tipo y de discriminación permanente, lo cual no permitió que disfrutaran de todos sus derechos o incluso del reconocimiento pleno de su ciudadanía. La legislación peruana reguló la cuestión indígena desde el momento de la independencia,⁴ aunque no lo hizo desde un diálogo intercultural, sino desde una perspectiva asimilacionista y en desmedro de la identidad, respeto de la cultura y, en general, de los derechos de los pueblos indígenas (Contreras, 2005: 81).⁵ Hasta la promulgación de la Ley de Consulta Previa en septiembre de 2011, no existió una regulación que fuera aplicable a todos los pueblos indígenas en el Perú. Por el contrario, hasta ese momento, las referencias en la legislación peruana estuvieron dispersas en diferentes normas, dando diversas calificaciones. Los pueblos indígenas o algunos de ellos o sus formas organizativas han recibido al menos cuatro nombres diferentes en la legislación peruana: comunidades campesinas, rondas campesinas, comunidades nativas y pueblos en situación de aislamiento voluntario. Estas diferenciaciones existen por la propia evolución histórica del país y por la relación del ordenamiento jurídico nacional con cada uno de estos grupos (Salmón, 2011: 279-281).

1.1. Las comunidades campesinas

Las comunidades campesinas tienen reconocimiento constitucional en el capítulo VI del Título III y, específicamente, en el artículo 89 de la Constitución de 1993, el cual reconoce el respeto de su identidad cultural. Además, legalmente tienen

3 Tiempo después se convertiría en la Ley de Consulta Previa en el Perú.

4 El general don José de San Martín proclamó el decreto supremo del 27 de agosto de 1821, en el que abolía el tributo indígena y declaraba a los indios ciudadanos del Perú.

5 Algunos ejemplos de leyes contrarias a los derechos indígenas pueden ser el art. 45 del Código Penal de 1924.

reconocimiento en la Ley General de Comunidades Campesinas, promulgada en 1987⁶ y reglamentada en 1991.⁷

La Ley General de Comunidades Campesinas las define en su artículo 2 como “organizaciones con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua”. Si bien en la ley no se hace referencia al término “pueblos indígenas”, se menciona que se deben respetar y proteger los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades. Además, dispone que se debe propiciar el desarrollo de su identidad cultural, con lo que se entiende que se reconoce la diversidad cultural. Aunque la ley no hace referencia a ello, usualmente se entiende que las comunidades campesinas comprenden los pueblos indígenas que habitan en la sierra peruana (Figallo, 2005: 1084). Históricamente, las comunidades campesinas, sobre todo desde la reforma agraria de 1969, han sido las agrupaciones indígenas de mayor contacto con el mundo urbano. Además, su población fue parte importante de las grandes migraciones del siglo xx. Sin embargo, no todas las comunidades campesinas son pueblos indígenas, dado que algunas de ellas pueden no cumplir con los criterios que el Convenio 169 señala. No obstante, en la mayoría de los casos sí cumplirían con dichos requisitos.

Los pueblos indígenas que integran las comunidades campesinas son principalmente poblaciones quechuas o aymaras. Dado que existen pocos datos estadísticos al respecto, a estos pueblos se los identifica principalmente por la lengua que hablan. Según el censo del 2007 realizado en el Perú, existen 3.360.331 quechuahablantes (el 13% de la población nacional) y 443.248 personas que hablan aymara como lengua materna. Sin embargo, mucha de esta población se encuentra en zonas urbanas. Así, alrededor del 45,7% en el caso quechua y 43% en el aymara habitan en zonas urbanas, lo que conlleva a que por lo menos cerca de la mitad de las personas que tienen como lengua materna el quechua o el aymara no residan en las comunidades campesinas (Salmón, 2012: 85). Sin embargo, debe señalarse que las comunidades campesinas indígenas representan una porción muy amplia del territorio no urbano del Perú.

La regulación de las comunidades campesinas respondió a un intento de integrar a las poblaciones indígenas en la economía de mercado. De este modo, se buscó asimilar al indígena en la cultura occidental transformándolo en campesino. Sin embargo, aun en la actualidad, muchas de las comunidades campesinas cumplen con todos los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, para que se las considere pueblos indígenas (Bustamante, 2004: 123).

1.2. Las rondas campesinas

Las rondas campesinas tienen reconocimiento constitucional en el artículo 149 de la Constitución de 1993, el cual señala que apoyarán a las comunidades campesinas y nativas para ejercer competencias jurisdiccionales. Además, se encuentran

6 Ley N° 24.656. Ley General de Comunidades Campesinas, publicada el 14 de abril de 1987.

7 Decreto Supremo 008-91-TR. Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, publicado el 15 de febrero de 1991.

reguladas por la Ley N° 27.908, Ley de Rondas Campesinas, publicada el 7 de enero de 2003, cuyo reglamento fue dado por el Decreto Supremo 025-2003-JUS. Si bien la ley es la que reconoce la personería jurídica de las rondas campesinas, es el reglamento el que las define, haciendo una diferenciación de acuerdo con la ubicación geográfica en la que se encuentren. De esta manera, el artículo 2 del reglamento establece que son rondas campesinas “las organizaciones sociales integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural”. Asimismo, son rondas comunales “las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas”. Las rondas campesinas son una forma de organización peculiar dentro del ordenamiento nacional. Su origen se dio en la sierra norte del país como respuesta a los problemas que conllevaron las reformas de la segunda mitad del siglo xx (Yrigoyen, 2002: 31). Entre ellos se encontraban principalmente el abigeato y la falta de presencia del Estado en las zonas rurales de la sierra peruana. Si bien las rondas campesinas aparecieron en las últimas décadas, su sustento se encuentra en la cosmovisión de los pueblos indígenas y en su derecho consuetudinario. De esta manera, muchos de los miembros de las rondas campesinas son pobladores indígenas y su ámbito de acción son sus propias tierras ancestrales.

Las rondas campesinas son una “forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local, interlocución con el Estado y articulación supra-local” (Yrigoyen, 2002: 31). En ese sentido, las rondas campesinas responden a sus funciones como entes de resolución de conflictos. El grado de expansión e importancia que las rondas han alcanzado en el territorio nacional las ha transformado en actores de suma importancia; tanto es así que el pleno jurisdiccional penal de 2009⁸ les otorgó la potestad jurisdiccional sobre la base de una interpretación del artículo 149 de la Constitución. Dicha decisión se dio a pesar de que a partir de una lectura literal de dicho artículo no se llega a esa interpretación.

Las rondas campesinas como forma organizativa y jurisdiccional no siempre se encuentran circunscriptas a una comunidad campesina específica; muchas veces trabajan con un conjunto de estas o sin mantener una relación directa con la organización comunal. A pesar de ello, en la mayoría de los casos sí son los pobladores indígenas quienes las componen y su actuación se basa en los usos y costumbres tradicionales.

1.3. Las comunidades nativas

Las comunidades nativas tienen un reconocimiento constitucional en los artículos 89 y 149, los cuales les otorgan personería jurídica y potestad jurisdiccional. La ley que regula las comunidades nativas es el Decreto Ley N° 22.175 que fue publicado el 10 de mayo de 1978,⁹ mientras que su reglamento es del 12 de abril

8 Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116. 13 de noviembre de 2009.

9 Decreto Ley N° 22.175. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, publicada el 10 de mayo de 1978.

de 1979.¹⁰ La Ley de Comunidades Nativas es el marco legislativo de pueblos indígenas más antiguo dentro de los aún vigentes, y responde a un contexto muy diferente del actual. Sus artículos no tienen como objetivo regular las comunidades nativas, sino promover la colonización de los territorios de la selva y desarrollarlos en el aspecto agrícola y ganadero.

De esta manera, la normativa peruana en materia de comunidades nativas responde a un enfoque asimilacionista que buscó incorporar a la región de la selva dentro de la idea occidental de mercado. No obstante, la ley tiene presente la identidad cultural de las comunidades nativas, al mencionar que tienen su origen en “los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”.¹¹ Además, a pesar del desfase temporal, la ley sí reconoce algunos derechos a las comunidades nativas, como la propiedad comunal, educación, jurisdicción en algunos temas, etcétera.

La ley desconoce los vínculos de los pueblos indígenas con su identidad, al señalar que serán miembros de las comunidades solo aquellos que viven allí y que quien decida irse, por más de doce meses, puede perder su calidad de comunero. En una regulación donde no se tiene presente el concepto de pueblo indígena y solo se legislaba basándose en la pertenencia a la comunidad, perder el título de comunero significaba perder muchos de los derechos que como pobladores indígenas deberían detentar.

Por último, es necesario tener presente que al referirse a los pueblos indígenas de la selva peruana se está hablando de una población cuantitativamente importante dado que, según el censo de 2007, son 332.975 los pertenecientes a 51 etnias de 13 familias lingüísticas distintas, siendo el pueblo asháninka el mayor (Benavides y otros, 2010: 24). A diferencia de los pueblos indígenas de la sierra, la mayoría de los pueblos indígenas de la selva se encuentran en el ámbito rural (88,5% de la población asháninka y 80,9% del resto de personas con otra lengua de la selva) (Benavides y otros, 2010: 27), lo que significa que mucha de esta población habita en las comunidades nativas.

1.4. Pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial

Los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial son otra forma de agrupación indígena y son, por razones obvias, los que tienen menos relación con el aparato del Estado. Si bien no tienen reconocimiento constitucional específico, gozan de los derechos de los pueblos indígenas establecidos tanto en el ordenamiento nacional como internacional.

Se debe resaltar que los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial no mantienen “una situación de no contacto con relación al resto de la sociedad,

10 Decreto Supremo 003-79-AA. Reglamento de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, publicado el 12 de abril de 1979.

11 Artículo 8 de la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva.

sino (...) una actitud mediante la cual estos pueblos se rehúsan a establecer relaciones permanentes con otros actores sociales, con el objetivo de garantizar su supervivencia física y cultural” (Defensoría, 2006: 50). Usualmente, estos pueblos se encuentran localizados en las cuencas altas de los ríos de la selva alta o en sus tributarios en la selva baja (Defensoría, 2006: 50).

Legalmente, los pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial se encuentran protegidos por la Ley N° 28.736 de mayo de 2006,¹² cuyo reglamento, el Decreto Supremo 008-2007-MIMDES, es de octubre de 2007.¹³ Esta ley fue la primera que ensayó una definición del término “pueblo indígena” en el ámbito nacional y señaló que se trata de “aquellos que se autoreconocen como tales, mantienen una cultura propia, se encuentran en posesión de un área de tierra (y) forman parte del Estado peruano conforme a la Constitución”.¹⁴

La ley define a los pueblos en aislamiento, como aquellos que “no ha[n] desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o que, habiéndolo hecho, han optado por discontinuarlas”.¹⁵ Mientras que los pueblos en contacto inicial son aquellos que han “comenzado un proceso de interrelación con los demás integrantes de la sociedad nacional”.¹⁶ Mediante esta ley y su reglamento también se regulan las reservas indígenas, las cuales son creadas para que se respete el derecho a la propiedad de los pueblos en aislamiento voluntario y contacto inicial. Asegurar el derecho de propiedad es importante porque mediante la protección del territorio de los pueblos indígenas se pueden proteger derechos como su vida, integridad, salud, vida cultural, entre otros (Corte, 2010: párrs. 214-217). Además, el Estado debe tener presente en todo momento la situación de vulnerabilidad en la que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o contacto inicial se encuentran.

2. Los titulares del derecho a la consulta según el derecho internacional aplicable al derecho interno peruano

El derecho a la consulta previa no es un derecho humano de alcance general (o universal). Por la forma como ha sido recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), se puede afirmar que no está atribuido a todos los seres humanos por el solo hecho de serlo (tal como el derecho a la vida, a la integridad física o a las libertades personales) o por ocupar alguna posición concreta pero abierta a cualquier persona (tal como los derechos políticos, las garantías judiciales o los derechos laborales), sino únicamente a una categoría especial

12 Ley N° 28.736, Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, publicada el 18 de mayo de 2006.

13 Decreto Supremo 008-2007-MINDES, Reglamento de la Ley para la Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, publicado el 5 de octubre de 2007.

14 Artículo 2(a).

15 Artículo 2(b).

16 Artículo 2(c).

(y cerrada) de sujetos colectivos: los pueblos indígenas y tribales. Para confirmarlo basta con realizar una lectura somera del ámbito de aplicación subjetivo del Convenio 169 que, a la letra, dispone que dicho instrumento internacional es de aplicación no a cualquier individuo o grupo de personas, sino solamente a los colectivos humanos que pueden ser calificados como indígenas o tribales (TC, 2011: fund. 22).¹⁷ Es por esta razón que es indispensable identificar a los sujetos titulares de este derecho.

2.1. Los criterios objetivos y subjetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En el DIDH no existe una definición inequívoca sobre el concepto pueblos indígenas y tribales. No obstante, tal como ha señalado la OIT, existen elementos objetivos y subjetivos que no sirven para determinar cuándo un grupo tiene esa condición (OIT, 2009: 9-10). En efecto, el Convenio 169, apelando a dichos criterios, tan solo se limita a describir los rasgos que deben satisfacer los pueblos mencionados a los efectos de determinar si les son aplicables o no sus disposiciones. Así, de acuerdo con dicho instrumento, se entiende lo siguiente:

a) Un pueblo es “indígena” si, de un lado, descende de las poblaciones que habitaban en el territorio de los Estados en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y, de otro, conserva todas, o parte, de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

b) Un pueblo es “tribal” si, de un lado, presenta condiciones sociales, culturales y económicas que le distinguen de otros sectores y, de otro, está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.

En ambos casos, además de estos criterios eminentemente objetivos, se añade un elemento que, en palabras del propio Convenio 169, debe ser considerado fundamental: autoconciencia del grupo de poseer una identidad indígena o tribal.¹⁸

Como se puede apreciar, para que un grupo sea considerado “indígena” se exige que descienda de las poblaciones originales de los Estados, es decir, que habitaban dichos territorios antes de la conquista o de la colonización. De acuerdo con la OIT, este requisito abarca los elementos “continuidad histórica” y “conexión territorial”. En tal sentido, se entiende que dichos pueblos tienen la condición de indígenas porque, al descender de los pueblos originarios, son sociedades anteriores a la conquista o la colonización (continuidad histórica) y porque sus ancestros habitaban el país o la región correspondiente (conexión territorial) (OIT, 2009: 9). Sin embargo, para que un grupo sea considerado “tribal” no se exige la presencia del requisito objetivo de la “descendencia”. Ello es así porque, como dijo la Corte IDH en el caso *Saramaka vs. Surinam*, un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares

¹⁷ Ver Artículo 1 del Convenio 169. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: “El derecho a la consulta no es un derecho individual. Es un derecho colectivo que se reconoce a los pueblos especificados en el artículo 1.1. del Convenio 169 de la OIT”.

¹⁸ Ver Artículo 1 del Convenio 169.

con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes (...), identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones” (Corte, 2007: párr. 79).¹⁹ Para formar parte del ámbito de aplicación subjetivo del Convenio 169, no es imprescindible que el grupo en cuestión proceda de las poblaciones oriundas u originarias de los Estados, siempre que la colectividad respectiva cumpla con los requisitos que la identifique como pueblo tribal.

Pero no solo eso, para el Convenio 169 el criterio de la autoconciencia es fundamental. La Corte IDH, en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, ha señalado que “no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica (...) de la comunidad”, ya que este proceso “es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía”, razón por la cual “la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en ese sentido presente la comunidad, es decir, la forma como esta se autoidentifique” (Corte, 2010: párr. 37). Vale decir, según esta jurisprudencia, el criterio de autoconciencia en realidad habría que entenderlo como “autoidentificación” y, por tanto, como sostiene la CIDH, que corresponde a cada pueblo identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado pueda rechazarla o controvertirla (CIDH, 2009: párr. 37).

Sobre la base de lo señalado en el párrafo precedente, es posible sostener que la calificación como pueblo indígena o tribal es algo que atañe fundamentalmente –o, incluso, exclusivamente– a cada pueblo o comunidad, sin que los Estados puedan interferir en el proceso o contestar su resultado. En apoyo de esta interpretación, puede citarse lo señalado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que, en todo su articulado, prescinde de los elementos objetivos y tan solo se limita a señalar que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme sus costumbres y tradiciones”.²⁰ Es decir, tomando como referencia solo la jurisprudencia de la Corte IDH, se puede concluir que se les reconoce a los propios pueblos (y no a sus miembros individualmente considerados) la potestad de decidir, según sus usos y costumbres, si son o no un sujeto colectivo con un identidad étnica indígena o tribal, a los efectos de ser considerados titulares del derecho a la consulta previa. Bastaría hipotéticamente con que el grupo respectivo se autocalificase indígena o tribal para automáticamente ser sujeto del proceso de consulta que será implementado por la autoridad estatal.

No obstante, si se consideran los instrumentos del DIDH vinculantes para el Estado peruano en materia de pueblos indígenas (fundamentalmente el Convenio 169 junto con la Convención Americana de Derechos Humanos debidamente interpretada por la Corte IDH), se llega a la conclusión de que la potestad de los pueblos indígenas y tribales de autoidentificarse como tales no puede suponer dejar de lado los criterios objetivos previstos en el Convenio 169. Efectivamente, como ha precisado la propia OIT, la cobertura de dicho

19 El pueblo Saramaka no es oriundo u originario de Surinam, ya que desciende directamente de los esclavos africanos que fueron llevados a la fuerza y que lograron escapar hacia los bosques del interior del país.

20 Ver Artículo 33, numeral (1).

instrumento internacional se basa en una combinación del elemento subjetivo con los objetivos y, como tal, en el hecho de que estos se complementan con aquel y viceversa (OIT, 2009: 10). Es decir, tienen que estar presentes ambos elementos para que un colectivo pueda ser considerado titular del derecho a la consulta. De buena lectura en conjunto de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Convenio 169, se desprende que los Estados no podrán contestar o rechazar la presencia del elemento subjetivo (ya que, tal como señala la Corte IDH, ello corresponde únicamente al pueblo en cuestión), pero sí están facultados para constatar el cumplimiento, al menos, de los elementos objetivos previstos en el Convenio 169. Dicho en otros términos, mientras que el primero no está sujeto a la evaluación por parte de la autoridad estatal, los segundos sí.

3. La problemática de la base de datos de oficial

El artículo 29 del reglamento establece lo siguiente:

Artículo 29°. Base de Datos Oficial

29.1 La Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas y sus organizaciones a que hace referencia la Ley constituye un instrumento de acceso público y gratuito, que sirve para el proceso de identificación de los pueblos indígenas. No tiene carácter constitutivo de derechos.

29.2 El Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de elaborar, consolidar y actualizar la Base de Datos Oficial. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Cultura se aprueba la directiva que la regula, incluyendo los procedimientos para la incorporación de información en ella, en particular la disponible en las distintas entidades públicas, así como para la coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La Resolución Ministerial se aprobará dentro de los treinta (30) días calendario de la entrada en vigencia del Reglamento.

29.3 Todo organismo público al cual se le solicite información para la construcción de la Base de Datos Oficial está en la obligación de brindarla.

Mediante la Resolución Ministerial 202-2012-MC, se ha aprobado la Directiva 03-2012/MC que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios,²¹ la cual señala, en lo que se refiere a las acciones de identificación de pueblos indígenas, lo siguiente:

a) que “los criterios objetivos incluyen lo siguiente: ‘continuidad histórica’, es decir permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado; ‘conexión territorial’, entendida como la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros de las poblaciones referidas”;²²

b) que “el criterio subjetivo se refiere a la autoidentificación de las personas que forman parte de un colectivo humano como pertenecientes a un pueblo indígena u originario del territorio nacional”,²³ y

21 La elaboración de dicha base de datos viene impuesta por el artículo 29 del reglamento.

22 Párrafo 7.1.3 de la Directiva 03-2012/MC.

23 Párrafo 7.1.4 de la Directiva 03-2012/MC.

c) que “la base de datos incorpora como elementos objetivos para el reconocimiento de un pueblo indígena los siguientes: lengua indígena, en tanto constituye una de las principales instituciones sociales y culturales de todo pueblo, y tierras comunales de pueblos indígenas, que establecen la existencia de conexión territorial. Ambos elementos, en conjunto, dan cuenta de ‘continuidad histórica’ desde tiempos anteriores al establecimiento del Estado”.²⁴

Como se puede apreciar, dicha Directiva no concuerda con los estándares internacionales examinados con anterioridad. Efectivamente, en el DIDH el elemento de identificación subjetivo hace referencia a la potestad de los pueblos mismos como colectividades (y no de sus miembros como individualidades) de decidir, según sus usos y costumbres, si son o no un sujeto colectivo con una identidad étnica indígena o tribal; criterio que, incluso, ha sido recogido por la Ley de Consulta Previa, que claramente señala que dicho requisito “se encuentra relacionado con la conciencia del grupo colectivo de poseer un identidad indígena u originaria”.²⁵ Ello es así porque, como ha resaltado la Corte IDH en el caso Saramaka, “la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes (...) comunales (...) por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo (...) el derecho a la personalidad jurídica (como pueblo indígena o tribal)” (Corte, 2007: párr. 164). Por tanto, es ilegal disponer, como hace dicha directiva, que la autoidentificación se predica con respecto a los miembros del sujeto colectivo que pretende ser reconocido como indígena u originario.

Definir la “continuidad histórica” como la “permanencia en el territorio nacional desde tiempos previos al establecimiento del Estado” podría dar pie a interpretaciones que alteraran el sentido de este criterio según los términos del Convenio 169. Como se mencionó con anterioridad, por la continuidad histórica se resalta el hecho de que un pueblo es indígena porque, entre otras cosas, desciende de una sociedad anterior a la conquista o la colonización. Si la exigencia de “permanencia... desde tiempos previos...” se entiende en ese sentido, es decir, que alude a ser un pueblo que permanece en el tiempo porque desciende de una sociedad anterior (“permanencia temporal”), creemos que no habría ninguna dificultad: simplemente dice con otras palabras lo que establece el Convenio 169. No obstante, en tanto la fórmula completa es “permanencia en el territorio nacional...” podría generarse una práctica administrativa inadecuada de degenerar la condición de pueblo indígena a aquellos colectivos que no permanecen en el área que ocupaban sus ancestros dentro de lo que hoy es el territorio nacional (“permanencia espacial, territorial o geográfica”); así se corre el riesgo de consagrar no el expolio al que históricamente fueron sometidos muchos pueblos indígenas (la formación de los Estados modernos ya se encargó de ello), sino el despojo de tierras al que, en muchas ocasiones, todavía siguen estando sometidos. No debe olvidarse que, como ha resaltado la OIT, “las tierras de los pueblos indígenas

24 Párrafo 7.1.5 de la Directiva 03-2012/MC.

25 Artículo 7 de la LCP.

pueden incluir en algunos casos aquellas tierras perdidas en reciente u ocupadas por los pueblos indígenas en una época más reciente (por lo general después de su desplazamiento de las tierras que ocupaban previamente)” (OIT, 2009: 94). Por esta razón, el mismo Convenio 169 obliga a los Estados a establecer mecanismos para resolver los problemas relativos a las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas y tribales.²⁶ Sin duda, el fraseo de la Directiva, en este punto, tiene que ser reformulado.

Críticas más concluyentes, por su parte, pueden plantearse al requisito “conexión territorial”, tal como ha sido recogido en la Directiva en cuestión. En lo que se refiere a este punto, de un lado, se sostiene que dicho elemento alude a “la ocupación de una zona del país por parte de los ancestros” y, de otro, se dispone que las “tierras comunales (...) establecen la existencia de conexión territorial”. Es decir, se afirma que este requisito se verifica demostrando: 1) que los antepasados estaban asentados en el territorio nacional, y a la vez 2) que hoy se ocupa un territorio concreto bajo el régimen de propiedad comunal. Claramente, pues, se está excediendo los alcances del Convenio 169 que, como se dijo, dispone que el requisito “conexión territorial” tan solo implica sostener que el pueblo del que se afirma descender habitaba el país o la región del caso antes de la conquista o de la colonización, sin exigir mantener el control de un área concreta del territorio. Pero además, la redacción utilizada por la Directiva en mención puede dar lugar también a la práctica administrativa maliciosa de afirmar que el requisito “conexión territorial” supone demostrar que las tierras comunales que hoy se ocupan son las mismas que antes fueron habitadas por los antepasados (“conexión física”). Tal como se dijo, no se debe olvidar que las tierras en las que hoy viven muchos pueblos no son las que históricamente ocuparon sus ancestros, razón por la cual el propio Convenio 169 prevé la posibilidad de plantear acciones reivindicatorias. En tal sentido, es muy posible que existan colectivos que reclamen aún la restitución de los territorios que perdieron, motivo por el cual sería un despropósito exigir probar la existencia de conexión física entre los territorios nuevos y los antiguos. En este punto, pues, la Directiva también debe ser reformulada.

Finalmente, al señalar que es indispensable mantener o manejar la lengua indígena junto con la posición de tierras comunales para demostrar el criterio “descendencia” (la continuidad histórica), la Directiva estudiada está yendo otra vez más allá de lo señalado por el Convenio 169 e incluso por la Ley de Consulta Previa. Ciertamente, que un colectivo conserve la lengua de las poblaciones originarias de las que descende es prueba objetiva del mantenimiento de las instituciones sociales y culturales. Pero también es posible que esa lengua, en virtud del mestizaje, haya desaparecido. Es por esta razón que el Convenio 169 tan solo exige conservar parte de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas del pueblo en cuestión.²⁷ En tal sentido, el hecho de que no se mantenga la lengua originaria no puede ser un criterio determinante a los efectos de rechazar la pretensión de un colectivo de ser considerado “indígena u originario”,

26 Ver Artículo 14, numeral 3, del Convenio 169.

27 Artículo 1, numeral (1), literal (b), del Convenio 169.

siempre que este conserve otras instituciones sociales y culturales del pueblo del que afirma descender. Cuando la Ley de Consulta Previa se refiere a los criterios objetivos se remite genéricamente a la conservación de “instituciones sociales y costumbres propias”²⁸ y, mucho más preciso, el reglamento afirma que se las puede mantener parcialmente.²⁹ Por ende, también en este punto la Directiva en cuestión es ilegal.

4. El problema del reconocimiento y la identificación de las comunidades campesinas y nativas

4.1. La identificación de los pueblos indígenas en el Perú

La diversidad étnica y factores como los procesos de asimilación, las migraciones u otros han complejizado la identificación de los pueblos indígenas en el Perú. A ello se suma que en muchos casos se identifican características, tales como descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica desde la época de la conquista o la colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que conservan sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, pero son las propias personas las que no se identifican como indígenas.

Otro factor que dificulta la identificación de los pueblos indígenas son las diversas denominaciones que han recibido y los efectos que estas han causado en el propio grupo. A los pueblos indígenas se los ha llamado *campesinos*, *nativos*, *indios*, *mestizos*, *pueblos originarios*, lo que genera que, en muchas ocasiones, ellos mismos se encuentren fuertemente identificados con estas categorías. Esta diversidad de nombres ha hecho que los pueblos indígenas sean invisibles como categoría, lo que los perjudica al momento de ejercer ciertos derechos que se les ha reconocido internacionalmente, como la consulta previa.

Por su parte, la campaña de asimilación basada en la figura del Estado-nación sostuvo la inexistencia de pueblos indígenas, entendiéndolo que en el Perú todos son, de alguna manera, mestizos. En este sentido, el mestizaje, tanto racial como cultural, también ha hecho invisible la categoría de pueblos indígenas. Y es que socialmente se entiende que quien se encuentra en contacto directo con el aparato estatal o la sociedad occidental pierde la posibilidad de identificarse como indígena. Esto representa un problema para un país en el que se han producido grandes migraciones del campo a la ciudad, como es el caso del Perú. Hasta la actualidad, los derechos de los pueblos indígenas urbanos no se han abordado legal o políticamente.

La autoidentificación también presenta algunos problemas, ya que mucha de la población indígena no se reconoce como tal u oculta su identidad. Dicha situación es producto de una larga historia de discriminación hacia las poblaciones indígenas en el Perú, las cuales en varias circunstancias han decidido que se las considerara con denominaciones que han tenido históricamente una

28 Ver Artículo 7 de la LCP.

29 Ver Artículo 3, literal (k) del reglamento.

reputación menos despectiva en el ámbito nacional, como sucede con el término “campesino” (Albo, 2005: 2).

No obstante, y a pesar del marco histórico-social del Perú, desde un punto de vista jurídico no importa la denominación legal o social que tenga el pueblo en cuestión, siempre y cuando las personas que lo componen cumplan con los elementos objetivo y subjetivo (Yrigoyen, 2008: 2). Por ello, en el Perú, al referirnos a los pueblos indígenas, nos encontramos con una pluralidad de poblaciones situadas en la costa, en la sierra y en la selva.

Los datos demográficos sobre la población indígena son inexactos y, generalmente, es por medio de la lengua que se ha llegado a una aproximación de población indígena en el Perú. Según ello, los pueblos indígenas mayoritarios son el quechua y el aymara, seguidos por las poblaciones de la selva, donde resaltan los asháninkas y awajún, entre muchos otros (Benavides y otros, 2010: 26). Sin embargo, el lenguaje es solo uno de los signos distintivos de los pueblos indígenas, por lo que basarse únicamente en él podría traer consigo algunas imprecisiones.

Finalmente, debe considerarse que el concepto de pueblo indígena responde a una valoración dinámica, puesto que no se los puede entender como poblaciones “atrapadas en el tiempo”. La población indígena responde a las circunstancias de su entorno. Tal como lo ha resaltado la Corte IDH (2010: párr. 1007), ni siquiera su territorio debe entenderse de manera estática, dado que puede tratarse de poblaciones nómadas o que por diversos motivos se han desplazado en algún momento de su historia. En ese sentido, y dada la compleja realidad peruana, los elementos analizados para determinar a una población indígena deben verse caso por caso, desde una perspectiva de interculturalidad y tomando distancia de posturas asimilacionistas.

4.2. Las deficiencias de la Ley de Consulta Previa y su reglamento frente a los pueblos tribales, las comunidades campesinas y nativas

La Ley de Consulta Previa y su reglamento recogen tanto los criterios objetivos como los subjetivos señalados por el Convenio 169 para identificar a los sujetos colectivos titulares del derecho a la consulta previa, pero, a diferencia del Convenio 169, no distinguen entre pueblos indígenas y tribales. Como se dijo con anterioridad, la principal distinción es que un elemento que describe a los primeros es la “continuidad histórica de vida en una determinada región o antes de que otros la hayan ‘invadido’ o llegado a ella”, elemento que no es requerido en la descripción de los segundos (OIT, 2003: 7). No obstante, al establecer con carácter genérico, tanto la Ley de Consulta Previa y su reglamento, la denominación “pueblos indígenas u originarios”, deriva de ello que cualquier colectivo que busque ser considerado como tal debe demostrar su descendencia directa de las poblaciones originarias del Perú, al margen de si se autoidentifica o no como pueblo indígena o tribal.³⁰ De esto se deduce que la normativa peruana se circunscribe a la categoría de pueblo indígena, siendo

30 Ver artículo 7 de la LCP y artículo 3, literal (k) de su reglamento.

por tanto más restrictiva que lo previsto en el Convenio 169 y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Esta dificultad se incrementa si se toma en cuenta que las poblaciones organizadas en comunidades campesinas o nativas no son consideradas *per se* pueblos indígenas u originarios: en lo que se refiere a estos colectivos, tanto la Ley de Consulta Previa como el reglamento utilizan fórmulas hipotéticas del tipo “pueden ser identificados también como...” o “podrá ser identificada como...”. Esto resulta contradictorio con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en el caso de la comunidad nativa Tres Islas, ha señalado que las comunidades campesinas y nativas reconocidas en nuestra Constitución son los pueblos indígenas previstos en el Convenio 169. Efectivamente en dicha jurisprudencia el alto tribunal, a los efectos de determinar los mecanismos que la Constitución establece para garantizar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus tierras (artículos 88 y 89), recurrió: 1) a la jurisprudencia de la Corte IDH, en la que se destaca la relación especial que los pueblos indígenas tienen con sus territorios tradicionales (citando expresamente el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*); 2) a las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas relativas a los alcances y límites del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas sobre sus territorios, y 3) sobre todo a los artículos del Convenio 169 en los que se precisa, de un lado, que el término “tierras” incluye el concepto “territorios” y, de otro, que los pueblos indígenas tienen plena autonomía sobre su uso y disfrute (TC, 2012: párrs. 21-23 y 25). Vale decir que el Tribunal Constitucional del Perú ha interpretado las disposiciones sobre comunidades campesinas y nativas de la Constitución a la luz de una serie de instrumentos internacionales relativos a la protección de los pueblos indígenas, lo que claramente quiere decir que en nuestro marco constitucional existe una equiparación entre los conceptos “pueblos indígenas” y “comunidades campesinas y nativas”. No es, entonces, que estos últimos puedan ser identificados como pueblos indígenas u originarios (en los términos de la Ley de Consulta Previa), sino que desde la perspectiva del supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, son reconocidos como tales.

También es contradictoria con otras normas internas, primero, porque la Ley General de Comunidades Campesinas define a estos colectivos como “organizaciones integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra”;³¹ segundo, la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva dispone que las “comunidades nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y ceja de Selva”,³² y, tercero, la Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos dispone, en su apartado sobre definiciones, que los pueblos indígenas “son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen

31 Artículo de la Ley N° 24.656.

32 Artículo 8 del Decreto Ley N° 22.175.

una cultura propia, un espacio territorial y se autoreconocen como tales. En estos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas”.³³ Así, pues, tanto las comunidades campesinas como las nativas, a los efectos de ser consideradas pueblos indígenas u originarios, están constreñidas a demostrar en concreto que cumplen con los elementos exigidos por la Ley de Consulta Previa y su reglamento a pesar de que, de las calificaciones jurídicas ante señaladas, se puede sostener que legalmente estos colectivos cumplen al menos con los requisitos objetivos exigidos por el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte IDH.³⁴ Esta incoherencia resulta especialmente preocupante en el caso de las comunidades nativas ya que, para ser consideradas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Consulta Previa y su reglamento, tendrán que demostrar el requisito de descender de las poblaciones originarias del territorio nacional, aun cuando la normativa específica que las regula señala que estas tienen su origen en los grupos tribales de la selva (y, como tal, no debería serles exigible este requisito según lo estipulado por el Convenio 169). En tal sentido, está latente la posibilidad de conflicto al momento de abordar la labor de calificar a las comunidades campesinas o nativas como pueblos indígenas u originarios.

4.3. La posición del Gobierno en los últimos años

En abril de 2013, en una entrevista en televisión, el presidente Humala dijo: “En la Costa básicamente no hay comunidades nativas (...), en la Sierra la mayor parte son comunidades agrarias, producto de la reforma agraria. Más que todo se dan comunidades nativas en la Selva, que eran llamadas no contactadas” (Luna, 2013).³⁵

Pocas semanas antes, se había hecho pública la discrepancia que existía entre los ministerios de Ambiente y de Energía y Minas sobre si se debía realizar un proceso de consulta en la comunidad campesina de San Juan de Cañarís (Lambayeque) en torno al proyecto minero Cañarico.³⁶ El primero estaba a favor; el segundo, en contra. La declaración de Humala reveló que compartía la mirada del ministro de Energía y Minas. Solo las comunidades de la selva tendrían derecho a ser consultadas. Dos días después de la entrevista, el viceministro de Interculturalidad de esos momentos –Iván Lanegra–, responsable de la elaboración de la Base de Datos Oficial de los pueblos indígenas, renunció.³⁷

33 Artículo 2, literal (a), de la Ley N° 27.811.

34 Adviértase aún más que la Ley N° 27.811, ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, define como pueblos indígenas, para sus propios efectos, a las comunidades campesinas y nativas (artículo 2).

35 Ver *El Comercio*. Viernes 3 de mayo de 2013. Sección Política. Disponible en <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/viceministro-interculturalidad-formalizo-su-renuncia-al-cargo-noticia-1571905>.

36 La población de San Juan de Cañarís exige el retiro del campamento de la minera Candente de la zona. El 30 de octubre de 2012, en una consulta popular realizada en la comunidad de San Juan de Cañarís, Lambayeque, el 95% de los votantes rechazó el proyecto minero “Cañarico” de la empresa canadiense Candente Copper. La consulta mostró la oposición al proyecto minero: participaron 1896 comuneros de 38 caseríos de Cañarís, de los cuales 1719 votaron en contra del proyecto y 106 lo hicieron a favor. Asimismo, se registraron 71 votos blancos y nulos. La comunidad de Cañarís es la última población quechuahablante de la costa peruana.

37 La fecha mencionada es del mes de mayo de 2013.

En este sentido, las organizaciones indígenas aseguran que los funcionarios del Ministerio de Cultura no han actuado con transparencia, tanto en la reglamentación de la Ley de Consulta Previa como en la elaboración de la Base de Datos Oficial. Sin embargo, el viceministro de interculturalidad (que sucedió a Iván Lanegra desde mayo de 2013 hasta julio del mismo año), Paulo Vilca, aseguró que no solo se utilizó la información oficial del Estado para hacer la base de datos de los pueblos indígenas, sino que se convocó a organizaciones no gubernamentales que acompañan a las comunidades para que aporten información, entre ellas el Instituto del Bien Común (IBC) y AIDSESEP.

El director ejecutivo del IBC, Richard Chase Smith, confirmó que a inicios de 2012 su institución fue convocada para entregar la base de datos que cuentan sobre los pueblos indígenas y que a mediados de 2013 participó en la presentación de esta herramienta junto a otras instituciones. Sin embargo, aseguró que esto no significaba que hayan estado de acuerdo con los indicadores que establecieron para determinar quienes debían ser consultados o no (Comisedh, 2013b: 14). El IBC cuenta con una herramienta muy completa, el Sistema de Información sobre Comunidades Nativas de la Amazonía Peruana (SICNA), que contiene quizás la base de datos de comunidades nativas más completa que existe, con información geográfica (mapas), socioeconómica y política de las comunidades nativas.

Por otro lado, el reglamento de la Ley de Consulta establece que la base de datos de los pueblos indígenas debe ser pública, pero al interior del Poder Ejecutivo ya había resistencias para publicarla, principalmente por parte del sector Energía y Minas.

Como se ha podido ver a lo largo del capítulo, el problema sigue siendo cómo resolver la consulta en los Andes, donde se encuentra la mayor parte de proyectos mineros y donde se concentra la mayor conflictividad social. De las declaraciones del presidente Humala y de sus funcionarios, y del análisis de la Ley de Consulta Previa y de su reglamento no es difícil colegir que el Gobierno ha tratado de reducir el número de comunidades con derecho a la consulta al mínimo posible.

CONCLUSIONES

En apenas dos décadas, desde la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, la consulta previa a pueblos indígenas se ha convertido en uno de los temas más importante, difíciles y controvertidos del derecho nacional e internacional de los derechos humanos. Pasó de ser un asunto relativamente especializado e invisible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se juegan tanto intereses económicos como la supervivencia de pueblos indígenas y otras comunidades étnicas alrededor del mundo.

A pesar de la importancia económica, política y social de la consulta previa, los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho internacional se caracterizan por una notable dispersión y una marcada incertidumbre. No obstante la existencia de un instrumento internacional específico sobre el tema (el Convenio 169 de la OIT) y del impulso adicional a la consulta en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), muy pocos tribunales domésticos e internacionales y escasos parlamentos nacionales han desarrollado jurisprudencia y legislación adecuadas sobre el asunto. Y en muchos casos, como en el del Perú, estas son contradictorias y ambivalentes.

Sin embargo, la consulta ha sido considerada en la jurisprudencia no solo como un derecho procedimental sino como un derecho fundamental que está orientado a proteger la existencia e integridad misma de los pueblos indígenas. Por esta razón, solo reconociendo el derecho de los pueblos indígenas a decidir y determinar asuntos de su interés es que se entiende que no solo deben participar en las decisiones que los afecten, sino que además deben ser consultados y su consentimiento requerido en toda decisión de carácter general por la que se afecten sus derechos fundamentales.

Tanto el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, como la jurisprudencia internacional han establecido que la consulta no es suficiente en casos de planes o proyectos cuyos impactos sobre los pueblos indígenas sean específicamente graves; es decir, cuando afecten la esencia y supervivencia misma del pueblo. En estos casos, el Estado no solo debe consultarlos, sino además obtener su consentimiento sobre las medidas que deberán tomarse. Siguiendo este razonamiento, entonces, deben identificarse en cada caso aquellos derechos que son afectados, de manera que el contenido de la consulta y el consentimiento estén en función de los derechos en juego.

La consulta debe entenderse como intrínsecamente ligada a otros derechos como la propiedad colectiva del territorio y el disfrute de los recursos naturales

que se encuentran en su hábitat, la identidad y la cultura, la libre determinación, el derecho indígena, etc. Estos derechos son interdependientes e indivisibles y, en ese sentido, la interpretación que se haga de ellos debe basarse en el principio de integralidad. Un ejemplo de la interdependencia de los derechos indígenas es la relación entre el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, y el derecho a la libre determinación establecido tanto en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el mismo Convenio 169 de la OIT.

La normativa internacional y nacional son claras en reconocer el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación; es decir, la capacidad de decidir sobre sus prioridades y la forma en la que van a regir su vida como comunidad. Sobre la base de esta autonomía, los pueblos indígenas podrán decidir acerca de las formas de elección de sus representantes, las formas en que solucionan sus conflictos, sus tipos de intercambio y su forma de desarrollo. Es por ello que cada vez que se pretenda ingresar en el ámbito territorial indígena es necesario que se promueva la obtención del consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas.

En el Perú, durante los últimos años ha habido un crecimiento acelerado de la inversión privada para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales en zonas andinas y amazónicas donde habitan pueblos indígenas, sin consultar previamente con las comunidades afectadas. El área ocupada por la minería casi se ha triplicado y los lotes petroleros se sextuplicaron, solo en territorio amazónico. Lamentablemente, los conflictos sociales han aumentado al mismo ritmo de crecimiento que la inversión privada, y el manejo inadecuado de aquellos ha creado inestabilidad e inseguridad.

A pesar del interesante desarrollo legislativo y jurisprudencial que reconoce los derechos de los pueblos indígenas, la situación de estos pueblos en el Perú es cada vez más delicada. Ello es así, básicamente, debido a la incesante presión que ejerce el mercado sobre los recursos que se encuentran en sus tierras y la urgencia del Estado por explotarlos.

La Ley de Consulta Previa y su reglamento han dejado erróneamente abierto el problema de las medidas adoptadas antes de la entrada en vigencia de la ley, pero posteriores a la entrada en vigor del Convenio 169 OIT en el Perú.

Al respecto, el ordenamiento constitucional peruano, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, reconoce que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa es un derecho fundamental. Además, señala que el Convenio 169 de la OIT está vigente en el Perú desde el 2 de febrero de 1995, que autoaplicativo y, por tanto, desde ese entonces es plenamente exigible en sede judicial. En tal sentido, son posibles de anulación las medidas adoptadas antes de la entrada en vigencia de la Ley de Consulta Previa sin haberse realizado el proceso de consulta previsto en el instrumento internacional mencionado. El Estado peruano, entre 1995 y el 2011, ha venido adoptando un conjunto de medidas que atentan contra los derechos de los pueblos indígenas, sin consultarles previamente. En consecuencia todos estos actos que producen efectos jurídicos devendrían en nulos por carecer de legalidad.

Hasta antes de 2009, el tema indígena era prácticamente inexistente en la agenda pública del Perú; recién a raíz de los penosos sucesos de Bagua, se inició un debate nacional sobre la presencia y los derechos de los pueblos indígenas.

La aparición de las organizaciones indígenas en el Perú, reivindicando los derechos que les reconoce el Convenio 169 de la OIT en el marco de los conflictos, ha causado que el tema de los pueblos indígenas y sus derechos genere el interés de las empresas, el Estado y la prensa; sin embargo, todavía se está muy lejos de que este interés se convierta en una conciencia sobre la existencia de culturas diferentes en el país y la necesidad de un enfoque intercultural que permita revertir la exclusión en la que se ha mantenido a estas otras culturas respecto de la toma de decisiones.

La aplicación de la consulta previa en el Perú, a pesar del marco jurídico vigente, todavía es un tema pendiente. Es necesario que los diversos actores puedan entablar procesos de debate para conocer el tema y definir los procedimientos de aplicación.

La interpretación que hacen los funcionarios del Estado peruano sobre el derecho a la consulta que en la práctica reducen a un tema de información es una de las principales causas de la inaplicación de la consulta y el consentimiento en el Perú y la consiguiente desprotección de los pueblos indígenas.

En el Perú, las posibles implicancias de la consulta previa aún generan más dudas que certezas, ya que somos un país donde todavía el racismo y el etnocentrismo son el sentido común de la mentalidad de la sociedad en general y de las entidades estatales.

El proceso de consulta al reglamento de la Ley de Consulta Previa significó la posibilidad del inicio de nuevas formas de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas; sin embargo, esto no fue así. Dicho proceso de consulta tuvo serias deficiencias: por su falta de legitimidad debido a la escasa participación de organizaciones indígenas nacionales y regionales, por el interés del Estado en acelerar el proceso afectando los principios de flexibilidad y plazo razonable, por desconocer varios acuerdos alcanzados en la etapa de diálogo y por haber introducido textos nuevos que no formaron parte de la consulta.

El texto final del reglamento contiene cinco artículos en los que no se han respetado los acuerdos a los que llegaron el Estado y las organizaciones indígenas en el proceso de consulta del reglamento. Esta situación es grave y refleja la ausencia de una voluntad sincera del Estado por respetar los compromisos asumidos con las organizaciones indígenas, además de incumplir la Ley de Consulta Previa.

La Ley de Consulta Previa y su reglamento recogen adecuadamente los criterios objetivos y subjetivos de identificación de los pueblos indígenas previstos en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la Resolución Ministerial 202-2012-MC, que aprueba la Directiva 03-2012/MC que regula la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios, contraviniendo la propia Ley de Consulta Previa y su reglamento, restringe significativamente los criterios objetivos y subjetivos de identificación de los pueblos indígenas.

La descentralización ha creado gobiernos regionales y locales que han asumido competencias y funciones en nuestro país en materias como salud, educación,

medio ambiente, producción, etc. No considerar la participación de los pueblos indígenas en estas áreas y/o no considerar los derechos colectivos sobre estas materias –como el derecho a la consulta– significaría una violación a las normas del Convenio 169 OIT y a los artículos 2 y 19 de la Constitución Política.

Se requiere crear condiciones de equidad para el diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas; para ello, se requiere cambiar las relaciones asimétricas y de jerarquización entre las culturas que han mantenido por siglos a los pueblos indígenas en una situación de exclusión, discriminación y desventaja frente a una sociedad nacional dominante. Por otro lado, para avanzar en la institucionalización de un diálogo intercultural, se requiere conocer las diferencias entre las racionalidades que dialogan.

La consulta no debe ser entendida solamente, ni debe agotarse como la posibilidad de estar de acuerdo o no, sino como un proceso de armar de manera conjunta una propuesta que recoja prioridades de desarrollo y que permita que el Estado se vea influenciado por la propuesta. La Organización Internacional del Trabajo ha señalado que un adecuado mecanismo de consulta debe asegurar que se desarrollen iniciativas de los pueblos indígenas; ello supone incluso el desarrollo de sus propias instituciones, velando siempre que esto no afecte el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas.

Tanto el Estado como los pueblos indígenas coinciden en la obligación que existe de consultar a los pueblos indígenas y la potencialidad de que estos mecanismos de consulta, si son bien aplicados, puedan en el futuro disminuir los conflictos sociales. Lamentablemente, los desacuerdos en algunos aspectos principales –como la definición de pueblos indígenas– han hecho que se haya desperdiciado la oportunidad de realizar un proceso de diálogo que lleve a tener por primera vez un consenso entre el Estado y las organizaciones indígenas.

Finalmente, es importante tener en cuenta la urgencia de contar con una institucionalidad estatal indígena veraz que, en relación con la implementación de los procesos de consulta, permita una revisión periódica de los procedimientos para identificar si estos responden a lo establecido como espíritu del Convenio 169 de la OIT, asegurando, tal como han señalado los órganos de control de la OIT, que esta no se convierta en un mero intercambio de opiniones y sugerencias.

BIBLIOGRAFÍA

- Albó, Xabier (2005). “Etnicidad y movimientos indígenas en América Latina”, en *Actas del Congreso de la Asociación Latinoamericana de Antropología*. Rosario, Argentina, 12 de julio.
- Alva Arévalo, Amelia (2010). “El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú”, en *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: 200 años de Iberoamérica (1810-2010)*. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 2600-2620.
- (2014). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* N° 76. Bilbao, Universidad de Deusto.
- Ameller, Vladimir; Chávez, Diego y otros (2012). *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América*. Fundación Konrad Adenauer (KAS), Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI), La Paz, Bolivia.
- Anaya, James (2009). *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Informe Temático*. Chile. Disponible en http://www.politicaspUBLICAS.net/docs/Relator_especial_InformeConsultaChile24Abril2009.pdf (consulta: junio de 2014).
- (2010). *Declaración pública sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú*, 7 julio. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/nws/632-declaracion-consulta-peru.html>, (consulta: junio de 2014).
- Antkowiak, Thomas y Gonza, Alejandra (2010). “El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional”, en *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, N° 14, año 3, septiembre, Washington D. C., pp. 2-5.
- Åhrén, Mattias (2010). “Introducción a las disposiciones sobre tierras, territorios y recursos naturales de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas”, en Charters, Claire y Stavenhagen, Rodolfo (eds.): *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas*. Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.
- Aranda Escalante, Mirva (2012). *Los desafíos de la implementación de la consulta previa en el Perú*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Banco Interamericano de Desarrollo (2006). *Política operativa sobre pueblos indígenas y estrategia para el desarrollo indígena*. Washington D. C., BID, julio.
- Banco Mundial (1999). *Manual de Operaciones del Banco Mundial: Políticas Operacionales 4.01*. Washington D. C. Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP401Spanish.pdf> (consulta: junio de 2014).

- (2005). *Manual de operaciones del Banco Mundial. Política operacional 4.10*. Washington D. C., BID, julio.
- Benavente Jahncke, Javier y Meza, Rocío** (2010). *Derecho a la Participación y a la Consulta Previa en Latinoamérica. Análisis de experiencias de participación, consulta y consentimiento de las poblaciones afectadas por proyectos de industrias extractivas*. Lima, CIDSE Secretariat; Muqui. Red de Propuesta y Acción; y Fedepaz. Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz.
- Benavides, Martín; Mena, Magrith y Ponce, Carmen** (2010). *Estado de la niñez indígena en el Perú*. Lima, Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- Bermúdez, Lelly** (2011). “El derecho a la consulta de los pueblos indígenas”, *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*, tomo 39, septiembre, pp. 21-25.
- Bermúdez, Manuel** (2011a). “Análisis del manejo del desarrollo legislativo y temático de la consulta a pueblos indígenas”, *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, tomo 39, septiembre, pp. 27-40.
- Bustamante Soldevilla, Minda** (2004). “El proceso de la comisión revisora de la legislación sobre comunidades campesinas y comunidades nativas”, en Laos, Alejandro (ed.): *Las comunidades campesinas en el siglo XXI: situación actual y cambios normativos*. Lima, ALLPA.
- Cavero, Omar** (2011). “Después del Baguazo: informes, diálogo y debates”, *Cuaderno de trabajo*, N° 13, serie Justicia y Conflictos, N° 1. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Clavero, Bartolomé** (2012). “La consulta desde el derecho internacional”. Exposición realizada en el seminario *Aspectos críticos para la implementación del derecho a la consulta previa en el Perú: mejorando la democracia y el desarrollo*, 18 de enero.
- Comisión de Derechos Humanos - Naciones Unidas** (1999). *Estudio sobre el estado actual de la aplicación del derecho al desarrollo*. Presentado por el señor Arjun Sengupta, experto independiente de conformidad con la resolución 1998/72 de la Comisión y la resolución 53/155 de la Asamblea General. E/CN.4/1999/WG.18/2. 27 de julio.
- Comisión de Derechos Humanos (Comisedh) e Instituto de Defensa Legal (IDL)** (2013). *La verdad de Bagua. Informe en minoría de la Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua*. Lima, Comisedh.
- Comisión de Derechos Humanos del Perú (Comisedh)** (2013a). *La Ley de Consulta Previa y su Reglamento en el Perú: Análisis desde la perspectiva del derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, Comisedh.
- (2013b). *Documento de Trabajo: La Consulta Previa en el Perú: Actores, escenarios y desafíos*. Lima, Comisedh.
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones** (1989). *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Observación Individual*. Guatemala, CEACR 2005/76ª sesión.
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones - OIT** (1999). *Observaciones individuales sobre el Convenio 169*, Perú. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/639-ceacr-peru-c169.html#1998> (consulta: mayo de 2014).

- (2001). *Observaciones individuales sobre el Convenio 169*, Perú. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/639-ceacr-peru-c169.html#2000> (consulta: mayo de 2014).
- (1999). *Observaciones individuales sobre el Convenio 169*, México. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/653-ceacr-c169-mexico.html> (consulta: mayo de 2014).
- (2001). *Observaciones individuales sobre el Convenio 169*, Costa Rica. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/654-ceacr-costarica-c169.html> (consulta: mayo de 2014).
- (2007). *Observaciones individuales sobre el Convenio 169*, Colombia. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/637-ceacr-colombia-c169.html#2007I> (consulta: mayo de 2014).
- (2009). *Observaciones individuales sobre el Convenio 169*, Perú. Disponible en <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/conv169/informesoit/294-ceacr169/639-ceacr-peru-c169.html#2009> (consulta: mayo de 2014).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)** (1999). “Los derechos de los indígenas en Colombia”, en *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/colom99sp/capitulo-10.htm> (consulta: mayo de 2014).
- (2000). *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62, 20 de octubre. Washington D. C., CIDH.
- (2000a). “Los derechos de las comunidades indígenas”, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/peru2000sp/indice.htm> (consulta: mayo de 2014).
- (2002). *Medidas Cautelares, Clanes Saramaka, Surinam*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp#Saramakaans> (consulta: mayo de 2014).
- (2003). *Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala, Solución Amistosa*. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Guatemala.11197.htm> (consulta: mayo de 2014).
- (2004). *Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Kelyenmagategma del Pueblo Enxet, Paraguay*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/proteccion/cautelares.asp#Kelyenmagategma> (consulta: mayo de 2014).
- (2004a). *Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre.
- (2005). *Medidas Cautelares, Pueblo Indígena Wirwa, Colombia*. Disponible en <http://www.cidh.org/medidas/2005.sp.htm> (consulta: mayo de 2014).
- (2006). *Medidas Cautelares, Margarita Pérez Anchiraico y otros, Comunidad San Mateo de Huancho, Perú*. Disponible en <http://www.cidh.org/medidas/2006.sp.htm> (consulta: mayo de 2014).
- (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Washington D. C., CIDH.
- (2009a). *Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 58, 24

de diciembre. Washington D. C., CIDH.

—(2009b). *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto. Washington D. C., CIDH.

—(2011). *Segundo Informe sobre la Situación de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. OEA/SER.L/V/II. Doc. 66/11. Washington D. C., OEA. **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial** (1997). *Recomendación General N° 23*. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgencom23.html> (consulta: junio de 2014).

—(2004). *Observaciones finales sobre Surinam*, CEDR/C/64/CO/9, 28 de abril.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1994). *Länsmann y otros c. Finland*, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm> (consulta: mayo de 2014).

—(2000): *Apirana Mahuika y otros vs. New Zeland*, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/547-1993.html> (consulta: mayo de 2014).

—(2001). *Anni Äärelä y Jouni Näkkäläjärvi vs. Finlandia*, U.N. Doc. CCPR/C/73/D/779/1997. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol7sp.pdf> (consulta: mayo de 2014).

Congreso de la República del Perú (2012). *Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología. Informe Implementación del proceso de consulta previa, libre, informada y de buena fe de los pueblos indígenas u originarios en el Congreso de la República*. Lima.

Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas. *Información Básica*. Disponible en <http://www.un.org/es/ecosoc/about/> (consulta: mayo de 2014).

Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas (2002). *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Primer período de sesiones, Examen de las actividades del sistema de Naciones Unidas relacionadas con los pueblos indígenas*, E/CN.19/2002/2/Add.12. Nueva York, UN.

Contreras, Carlos (2005). “El impuesto de la contribución personal en el Perú del siglo XIX”, *Histórica*, Vol. XXIX, N° 2, Lima, PUCP.

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) (2012). *Informe de Observación del Proceso de consulta Previa del Reglamento de la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios*. Lima, CNDDHH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1989). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 21 de julio. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf (consulta: junio de 2014).

—(2005). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf (consulta: junio de 2014).

—(2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf (consulta: mayo de 2014).

—(2010). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de

24 de agosto. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf (consulta: julio de 2014).

—(2012). *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf (consulta: mayo de 2014).

Corte Internacional Permanente de Justicia (1927). *Caso Usine de Chorzow*, sentencia 8, serie A, núm. 9, p. 21. Sentencia de fondo 13, 1928, CIPJ, serie A, núm. 17.

Derecho, Ambiente y Recursos Naturales (2010). *El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas en el Perú. Últimos avances*. Lima, DAR.

—(2010). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de 24 de agosto. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf (consulta: julio de 2014).

—(2012). *Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento*. Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; Gamboa, César y Snoeck, Sébastien (eds.). Lima, DAR.

Defensoría del Pueblo (2006). *Pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial. Informe Defensorial N° 101*. Lima, Defensoría del Pueblo.

—(2008). *Informe 016-2008-DP/ASPMA. Comentarios de la Defensoría del Pueblo sobre Proyectos de Ley: Tierras, Predios Rurales, Comunidades Campesinas y Nativas*. Lima, Defensoría del Pueblo.

—(2009). *Proyecto de Ley N° 3370-2008-DP. Ley Marco del Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas*. Presentado al Congreso de la República con fecha 6 de junio.

—(2009a). *Informe de Adjuntía N° 006-2009-DP/ADHPD: Actuaciones humanitarias realizadas por la Defensoría del Pueblo con ocasión de los hechos ocurridos el 5 de junio del 2009, en las provincias de Utcubamba y Bagua, región Amazonas, en el contexto del paro Amazónico*. Disponible en <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2009/informe-adjuntia-006-2009-DP-DHPD.pdf> (consulta: junio de 2014).

—(2010). *Actuaciones defensoriales en el marco del conflicto de Bagua. Informe de la Defensora del Pueblo a la Comisión del Congreso de la República que investiga los sucesos de Bagua, aledaños y otros*. Lima, Defensoría del Pueblo.

Dourojeanni, Marc; Barandiarán, Alberto y Dourojeanni, Diego (2009). *Amazonía peruana en 2021. Explotación de recursos naturales e infraestructura. ¿Qué está pasando? ¿Qué es lo que significa para el futuro?* Lima, ProNaturaleza, Fundación para la Conservación de la Naturaleza.

El Nuevo Siglo.CO (2014). *¿Existe el derecho indígena a veto en la consulta previa?* Bogotá, Colombia, 18 de junio. Disponible en <http://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/10-2012-%c2%bfexiste-e-lderecho-ind%c3%adgena-ve-to-en-la-consulta-previa.html> (consulta: junio de 2014).

Figallo Adrianzén, Guillermo (2005). “Comunidades campesinas y nativas”, en *La Constitución comentada. Tomo I*. Lima, Gaceta Jurídica.

Figueroa, Isabela (2009). “El Convenio 169 de la OIT y el deber del Estado brasileiro de consultar a los pueblos indígenas y tribales”, en Rojas Garzón, Biviany y otros: *La consulta previa con los pueblos indígenas. Legislación y jurisprudencia*

en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. Quito, Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía, pp. 7-41.

Fundación para el Debido Proceso Legal, Instituto de Defensa Legal y Seattle University School of Law (2010). *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el Perú*. Washington D. C., IDL.

Fundación para el Debido Proceso Legal (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington D. C., DPLF/OXFAM.

Galvis Patiño, María Clara (2010). “Consulta, consentimiento y veto”, *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, N° 14, año 3, septiembre, Washington D. C., pp. 11-12.

Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH (Agencia Alemana de Cooperación Internacional) (2012). *El derecho a la Consulta Previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina. Programa “Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, PROINDIGENA”*. Alemania.

IBIS Dinamarca (2013). *Directrices para la Aplicación del Derecho al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos Indígenas*. Bolivia, IBIS Dinamarca.

La Rosa Calle, Javier (2010). “El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú: dificultades para su implementación”, *Aportes DPFL. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, N.º 14, año 3, septiembre, Washington D. C. pp. 14-16.

Luna Amancio, Nelly (2013). “Viceministro de interculturalidad formalizó su renuncia al cargo”, *El Comercio*, 3 de mayo, Sección Política. Lima, Perú. Disponible en <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/viceministro-interculturalidad-formaliza-su-renuncia-al-cargo-noticia-1571905> (consulta: julio de 2014).

Merino Lucero, Beatriz y Lanegra Quispe, Iván (2013). *Consulta Previa a los Pueblos Indígenas. El Desafío del Diálogo Intercultural en el Perú*. Lima, CENTRUM Católica.

Ministerio de Cultura del Perú (2013). *Consulta a los Pueblos Indígenas. Guía Metodológica*. Lima, Ministerio de Cultura.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador (2009). *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Espinosa, Carlos y Caicedo, Danilo (eds.); Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Morris, Meghan et al. (2009). *La consulta previa a pueblos indígenas: Los estándares del derecho internacional*. Bogotá, Colombia, Ediciones Uniandes.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales*. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/> (consulta: mayo de 2014).

Orduz Salinas, Natalia (2010). “La paradoja de la consulta previa en Colombia”, *Aportes DPFL. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, N° 14, año 3, septiembre, Washington D. C.

Organización de las Naciones Unidas (1945). *Carta de las Naciones Unidas*.

- Disponible en <http://www.un.org/es/documents/charter/> (consulta: mayo de 2014).
- (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> (consulta: mayo de 2014).
- (1966a). *Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr-one.htm> (consulta: mayo de 2014).
- (2005b). *Asamblea General, 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*, A/RES/60/147, 24 de octubre, Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos (1994).** *Observación General Nº 23, “Derechos de las minorías”*. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen2.html#minorias> (consulta: mayo de 2014).
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (1996).** *Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of “indigenous people”*. Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio, Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social (2005).** “Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas” (E/C.19/2005/3). *Documento del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en su Cuarta Sesión*. Nueva York, del 16 al 27 de mayo.
- Organización de las Naciones Unidas. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (2005a).** *Workshop on Methodologies regarding Free, Prior and Informed Consent and Indigenous Peoples*, Doc. ONU E/C.19/2005/3, 17 de febrero, Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social (2007).** *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el sexto período de sesiones*, E/C.19/2007/12, Nueva York, 14 al 25 de mayo.
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (2007a).** *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf (consulta: mayo de 2014).
- Organización de las Naciones Unidas. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2008).** *Directrices sobre las cuestiones de los Pueblos Indígenas*. Ginebra, Naciones Unidas. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf (consulta: junio de 2014).
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2009).** *Informe definitivo del Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, UN Doc. A/HRC/18/42, 17 de agosto, Ginebra, Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos (2009a).** *Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio,

Ginebra, Naciones Unidas.

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2010). *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo, Ginebra, Naciones Unidas.

—(2012). *Informe del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su quinto período de sesiones*, Doc. ONU A/HRC/21/52, 9 a 13 de julio, Ginebra, Naciones Unidas.

Organización de los Estados Americanos (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, OEA. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> (consulta: mayo de 2014).

—(1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, OEA. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (consulta: junio de 2014).

—(1988). *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador*. San Salvador, OEA. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> (consulta: mayo de 2014).

—(2001). *Carta Democrática Interamericana*. Lima, OEA. Disponible en http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm (consulta: junio de 2014).

—(2012). *Texto consolidado del Proyecto de Declaración preparado por la Presidencia del grupo de trabajo*. OEA/Ser.K/XVI/GT/DADIN/doc.139/03, 17 de junio, Washington D. C., OEA. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN-doc_334-08_rev7_esp.pdf (consulta: mayo de 2014).

Organización Internacional del Trabajo. Acerca de la OIT. Disponible en http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--es/index.htm (consulta: junio de 2014).

—*Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Disponible en <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm> (consulta: mayo de 2014).

—(1957). *Convenio 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Disponible en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm> (consulta: junio de 2014).

—(1969). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm> (consulta: junio de 2014).

—(1989). *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312314,ES:NO (consulta: junio de 2014).

—(2003). *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: Un Manual*. Ginebra, OIT.

—(2007). “Guía para la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT”, en *Políticas Públicas Chile: Documentación Para Taller Pro Ratificación Convenio 169 OIT*. Chile.

Disponible en www.politicaspUBLICAS.cl (consulta: junio de 2014).

—(2009). *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169)*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

Pinto, Vladimir (2009). *El Derecho a la Consulta Previa Libre e Informada a los Pueblos Indígenas en el Perú*. Lima, CONACAMI/CAOI.

—(2013). *Implementación del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas en la región Andina, avances y desafíos. Programa “Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, PROINDIGENA”*. Quito, Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH (Agencia Alemana de Cooperación Internacional).

Puentes Riaño, Astrid (2010). “Opciones del derecho ambiental internacional para proteger los derechos de los pueblos indígenas”, *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, N° 14, año 3, septiembre, Washington D. C., pp. 6-10.

Rico, Laura (2009). *La Consulta Previa: farsa multicultural*. Disponible en <http://lasillavacia.com/historia/3201> (consulta: junio de 2014).

Rodríguez, César y Morris, Meghan (dirs.); **Orduz, Natalia y Buriticá, Paula** (2010). *Justicia Global 2. La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.

Rodríguez van der Hammen, Ana Sabina (2013). *El derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado: desarrollo jurisprudencial y retos para su implementación*. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

Ruiz, Osvaldo (2007). “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XL, N° 118, México.

Ruiz, Juan Carlos y Roel, Luis (2011). *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima, Instituto de Defensa Legal.

Ruiz, Juan Carlos; Roel, Luis y La Rosa, Javier (2011). *En defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Manual para líderes comunales. Preguntas y respuestas*. Lima, Instituto de Defensa Legal.

Ruiz Molleda, Juan Carlos (2011). *¿Tienen los pueblos indígenas derecho a veto? Corte Constitucional de Colombia se pronuncia sobre el tema*. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=543> (consulta: junio de 2014).

Ruiz Molleda, Juan Carlos (2011). *La Implementación del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas. Una mirada constitucional*. Lima, Instituto de Defensa Legal y Justicia Viva.

—(2012). *La Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en el Perú: Análisis y comentarios de cada artículo de la Ley de Consulta Previa y su Reglamento*. Lima, Instituto de Defensa Legal.

Salazar, Katya (2010). “El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas”, *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, N° 14, año 3, septiembre, Washington D. C.

Salmón, Elizabeth (2011). “Entre las promesas de consulta previa y la continuidad de la protesta social: la ambigüedad de la participación política indígena en el Perú”, en Cárdenas, Víctor Hugo y otros: *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*. La Paz, Fundación Konrad Adenauer (KAS).

Salmón, Elizabeth (coord.); Bregalio, Renata; Ocampo, Diego y Olivera, Jean Franco (2012). *La Consulta Previa, Libre e Informada en el Perú: hacia la inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. Lima, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Stavenhagen, Rodolfo, Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas (2007). *Informe temático: Mejores prácticas en la implementación del enfoque de derechos humanos al desarrollo de los pueblos indígenas: los pueblos indígenas como sujetos de derechos*. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/149/26/PDF/G0714926.pdf?OpenElement> (consulta: junio de 2014).

Stavenhagen, Rodolfo (2008). *Los pueblos indígenas y sus derechos*, México, UNESCO.

Tomei, Manuela y Swepston, Lee (1996). *Indigenous and Tribal Peoples: A Guide to ILO Convention No. 169*. Geneva, ILO.

Torres, María Alejandra y García Carrión, Diego (2012). “La consulta previa no concede un derecho a veto a las poblaciones”, *El Universo*, 12 de mayo, Quito, Ecuador.

Tribunal Constitucional del Perú (2010). *Sentencia del Exp. N° 0022-2009-PI/TC*, 9 de junio. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc01072010-225754.pdf (consulta: junio de 2014).

—(2011). *Sentencia del Exp. N° 0025-2009-PI/TC*, 17 de septiembre. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00025-2009-AI.html> (consulta: julio de 2014).

—(2012). *Sentencia del Exp. N° 01126-2011-HC/TC*, 11 de septiembre. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.pdf> (consulta: julio de 2014).

United Nations (2011). *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf (consulta: junio de 2014).

Urteaga Crovetto, Patricia (2009). *Fundamentación Jurídica del derecho a la Consulta y Consentimiento Libre, Previo e Informado en el Marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú*. Colombia: Grupo de Trabajo Racimos de Ungurahui.

Vanclay, Frank y Esteves, Ana Maria (2011). “Current Issues and Trends in Social Impact Assessment”, en Vanclay, Frank y Esteves, Ana Maria (eds.): *New Directions in Social Impact Assessment. Conceptual and Methodological Advances*, pp. 3-19.

Voss, Marianne y Greenspan, Emily (2012). *Community Consent Index: Oil, Gas and Mining Company Public Positions on Free, Prior, and Informed Consent (FPIC)*. *Oxfam America: Research Backgrounder series*. Disponible en <http://www.oxfam-america.org/campaigns/publications/community-consent-index> (consulta: junio

de 2014).

Yrigoyen, Raquel (2002). “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, *Alpanchis. Justicia comunitaria en los Andes*, Vol. 1, año XXXIV, N° 59-60.

—(2008). *Derechos de pueblos indígenas vinculados a actividades extractivas*. Ottawa, Fundación Canadiense para las Américas.

—(2010). “A modo de introducción”, en De Sousa Santos, Boaventura: *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima, Perú, IILS, pp. 11-17.

Normas

Constitución Política de 1920. Disponible en <http://www.deperu.com/archivos/const-1920.pdf> (consulta: junio de 2014).

Constitución Política de 1933. Disponible en <http://www.deperu.com/archivos/const-1933.pdf> (consulta: junio de 2014).

Constitución Política del Perú de 1979. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm> (consulta: junio de 2014).

Constitución Política del Perú de 1993. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf> (consulta: junio de 2014).

Decreto Legislativo N° 994: Decreto Legislativo que promueve la inversión privada en proyectos de irrigación para la ampliación de la frontera agrícola. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/00994.pdf> (consulta: junio de 2014).

Decreto Legislativo N° 1090 Que aprueba la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/01090.pdf> (consulta: junio de 2014).

Decreto Legislativo N° 1015 Que unifica los procedimientos de las comunidades campesinas y nativas de la sierra y las de la selva con las de la costa, para mejorar su producción y competitividad agropecuaria. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/01015.pdf> (consulta: junio de 2014).

Decreto Ley N° 20.653. Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/20653.pdf> (consulta: junio de 2014).

Decreto Ley N° 22.175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva. Disponible en [http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM_Problematica_indigena/_documentos/leyes%20de%20comunidades/\(1\)leydecomunidadesnativasley22175.pdf](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM_Problematica_indigena/_documentos/leyes%20de%20comunidades/(1)leydecomunidadesnativasley22175.pdf) (consulta: junio de 2014).

Decreto Supremo N° 001-2012-MC, Reglamento de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en http://servindi.org/pdf/Ley_de_consulta.pdf (consulta: mayo de 2014).

Decreto Supremo N° 025-2003-JUS, Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/justicia_comunal/2.pdf (consulta: julio de 2014).

Directiva 03-2012/MC, Directiva que regula el funcionamiento de la base de datos oficial de pueblos indígenas u originarios. Disponible en <http://transparencia.cultura.gob.pe/sites/default/files/transparencia/2012/06/resoluciones-ministeriales/1359.pdf> (consulta: julio de 2014).

Ley N° 24.656, Ley General de Comunidades Campesinas. Disponible en http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/justicia_comunal/3.pdf (consulta: julio de 2014).

Ley N° 26.505, Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26505.pdf> (consulta: junio de 2014).

Ley N° 27.811, Ley que establece el Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los Recursos Biológicos. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27811.pdf> (consulta: julio de 2014).

Ley N° 27.867, Orgánica de Gobiernos Regionales. Disponible en http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/13270/PLAN_13270_2014_Ley_27867_ley_organica_GR.pdf (consulta: julio de 2014).

Ley N° 27.908, Ley de Rondas Campesinas. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/normas/nac04.pdf> (consulta: julio de 2014).

Ley N° 27.972, Ley Orgánica de Municipalidades. Disponible en http://www.peru.gob.pe/Nuevo_Portal_Municipal/portales/Municipalidades/1340/entidad/PM_MUNICIPALIDAD_DETALLE.asp?pk_id_entidad=1340&pk_id_tema=79171&pk_id_sub_tema=7800 (consulta julio de 2014).

Ley N° 28.736, Ley para la Protección de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento o Contacto Inicial. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/28736.pdf> (consulta: julio de 2014).

Ley N° 29.158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Disponible en http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/14110/PLAN_14110_Ley_N%C2%B0_29158_-_Ley_Org%C3%A1nica_del_Poder_Ejecutivo_2012.pdf (consulta: julio de 2014).

Ley N° 29.261, Ley que deroga los Decretos Legislativos Nros. 1015 y 1073, y restituye la vigencia de los artículos 10 y 11 de la Ley N° 26.505, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas nativas. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/29261.pdf> (consulta: junio de 2014).

La Ley N° 29.785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios en el Perú reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Disponible en <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Ley%2029785%20Consulta%20Previa%20pdf.pdf> (consulta: junio de 2014).

Resolución Legislativa N° 26.253. Disponible en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26253.pdf> (consulta: junio de 2014).

EL DESARROLLO CAPITALISTA Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Excepcionalidad en forma de indemnización a la
consulta previa libre e informada

DIEGO JIMÉNEZ GUACHALLA

Director: Fernando Losada

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la segunda mitad del siglo XX ha traído consigo una profunda discusión tanto académica como práctica desde todos los diferentes ángulos y perspectivas, sobre lo que esto representa y significa, sus alcances, sus limitaciones, las intenciones detrás de los tratados y las intenciones de los gobiernos donde las poblaciones indígenas tienen una u otra característica.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas Originarios y Campesinos son prácticamente una novedad, si entendemos en perspectiva histórica la resistencia y la lucha que mantuvieron los pueblos indígenas a través de los siglos por la supervivencia y autonomía de su cultura y la sistemática eliminación fáctica a la que, por lo general, los Estados las sometieron.

La lucha por el derecho al territorio originario es la base estructural de la resistencia, porque de ella depende la aplicación o no de todos los demás derechos en el entender general de todas las culturas, las que por lo menos habitan en el territorio latinoamericano. De ahí podemos asegurar que el derecho fundamental básico es el derecho a la tierra como fuente de emancipación hacia todos los demás derechos, incluso los derechos humanos.

De ahí que la vulneración a este derecho básico significa la vulneración a todos los demás derechos reconocidos por todos los tratados internacionales en favor de los pueblos indígenas.

El Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas reconocen también este derecho, la posesión de las tierras ancestrales como pilar fundamental, crean y reconocen los territorios comunitarios o tierras originarias y le dan el carácter de inalienables, imprescriptibles e indivisibles, lo que parecería garantizar definitivamente el goce de este derecho a todos los pueblos originarios. Pero a la vez abre la posibilidad de la consulta en momento en que el Estado al que pertenecen pretenda usar el territorio originario en favor de ellos o en favor del Estado con miras al desarrollo, lo que en primera instancia implicaría una forma democrática de decisión de los pueblos indígenas si quieren o no quieren el uso de su territorio.

Sin embargo, abre también la posibilidad de que en caso de que los pueblos originarios no respondan favorablemente a la consulta, se aplique la excepcionalidad, lo que implica una especie de “se hace aunque digan que no”, siempre y cuando exista un resarcimiento y una indemnización justa por parte del Estado.

He aquí la puerta para vulnerar todos los demás derechos que se les reconoce y garantizan los tratados internacionales. En los últimos años hemos visto también como esta “excepcionalidad” se volvió una estrategia de los Estados para volver a las viejas prácticas, pero con respaldo normativo. Casos como la carretera del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Secure (TIPNIS) en Bolivia, son una prueba de ello.

Por lo que el tema es un tema de actualidad, y lo que pretenderemos en este trabajo es definir los límites que debería tener la excepcionalidad al momento de ser aplicada.

Demostrar que a través de la figura de indemnización como excepcionalidad jurídica prevista en la normativa internacional con relación al uso del territorio y explotación de los recursos estratégicos permiten, en realidad, la vulneración a todos los demás derechos reconocidos a los pueblos indígenas por estas mismas normas internacionales.

La normativa internacional con relación al derecho de consulta de los pueblos indígenas, tanto en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no establece su aplicación con carácter vinculante, y más bien abre la posibilidad a indemnizaciones en casos de necesidad, uso de tierras y recursos estratégicos, lo que podría desvirtuar la esencia de esos derechos con lógicas de desarrollo capitalista.

Desde el convenio 107 de la OIT, aprobado en 1957, habrían de pasar décadas de cada vez mayor movilización de los pueblos indígenas en todo el mundo. La conformación de organizaciones representativas de indígenas alcanza niveles internacionales de demanda para conseguir el derecho por la autodeterminación política, social y cultural, así como la lucha por el derecho a su territorio. Estas demandas intensifican el debate en todos los campos políticos y académicos y tensionan cada vez más las lógicas del desarrollo capitalista, que es el principal explotador de recursos naturales en territorios indígenas, cada vez a mayor escala.

El empuje por el desarrollo en América Latina viene tanto desde la perspectiva del evolucionismo desarrollista, que considera a los pueblos indígenas como una anomalía propia del no desarrollo que debe ser superada y que por lo tanto no tienen ningún rol que cumplir salvo el de coadyuvar con lo que emane del Estado o la empresa para fortalecer su propio fortalecimiento económico, como así también desde la perspectiva integracionista que pasa por incorporarlos al Estado nacional insertándolos como ciudadanos receptores de las políticas públicas, y su ingreso al mercado interno. En ambas percepciones no aparece la autodeterminación como derecho a autodefinirse dentro de su propio territorio, no solo desde la perspectiva cultural, sino desde la propia estructura de producción y relación social comunitaria.

El Convenio 169 de la OIT, aprobado en 1989, es el resultado de esta tensión entre las demandas de los pueblos indígenas y las posturas conservadoras

de los empleadores y los Estados, sin embargo, es un avance muy importante por el reconocimiento a muchos derechos indígenas, entre ellos un mecanismo muy importante para mediar la tensión entre la voluntad de los pueblos indígenas y los proyectos desarrollistas impulsados por agentes externos: la “consulta previa libre e informada”. Aunque la demanda original de los pueblos indígenas fue el “consentimiento”, el Convenio 169 introduce el perfil más débil de este, que es la “consulta”, sin embargo la línea del discurso internacional y de los actores involucrados ha asumido este concepto como base para mediar el uso de los territorios.

El concepto más importante que aparece en este período, y que aplicaremos en todo el análisis de la tesis, es el de “derecho de libre determinación de los pueblos o derecho de autodeterminación” que se entiende como el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural y estructurarse libremente, sin injerencias externas y de acuerdo con el principio de igualdad.

La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 2006, mantiene la perspectiva de la consulta que introdujo el Convenio 169. Todo esto corresponde al análisis del capítulo 1 de la tesis.

Son varios los marcos teóricos y académicos desde donde se han analizado los procesos de ensanchamiento del capitalismo global de esta última década, no solo desplazando comunidades indígenas de sus territorios, sino encontrando la forma de que estas puedan enajenarse voluntariamente, quiere decir, encontrar la forma de mercantilizar su cultura y su identidad para generar ganancias económicas (Etnicidad SA). Así también los mecanismos de judicialización en los diferentes niveles internacionales y nacionales que se le han dado a la cuestión de los derechos indígenas, en el marco de esta tensión entre desarrollo y autodeterminación de los pueblos indígenas (Etnicidad.gov). En este mismo panorama teórico, es importante analizar el pluralismo jurídico y su tratamiento de la consulta en perspectiva del constitucionalismo pluralista, en sus tres períodos de análisis: a) el constitucionalismo multicultural (1982-1988); b) el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y c) el constitucionalismo plurinacional (2006-2009). El capítulo 2 de la tesis aborda estos marcos teóricos orientados a describir la entrada de la consulta como mecanismo jurídico en las legislaciones internas y los denominados bloques constitucionales.

La consulta, que pretende ser un instrumento democrático, que está orientada a buscar el consentimiento y reglamentada en sus marcos más generales en los artículos 6, 16 y 8 del Convenio 169 de la OIT y en los artículos 8, 10, 28 y 32 de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, abre la posibilidad de la “excepcionalidad”; allá donde no sea posible llevarla a cabo, plantea una salvedad jurídica de reparación a través de la “indemnización”, que puede ser una reposición de otros territorios e incluso monetaria, legalizando una forma mercantil de solución del conflicto. Esta forma de tratamiento de la tensión responde en favor de los criterios del desarrollo capitalista, y la anulación sistemática de todos los demás derechos de los pueblos indígenas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha abordado el tema y ha dejado una importante jurisprudencia sobre la consulta, y en lo que corresponde a la excepcionalidad, también ha sancionado por las indemnizaciones. Algunos casos que tomamos para su análisis son: *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *Saramaka Vs. Surinam*, *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, *Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *Yakye Axa Vs. Paraguay*, *Mary y Carrie Dann Vs. Estados Unidos*, *Moiwana Vs. Surinam* y *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. En esta parte, intentamos hacer énfasis en el importante trabajo que ha realizado la Corte IDH, pero limitado por la figura jurídica de la excepcionalidad, y cómo estos tratamientos de los casos señalados intensifican la tensión entre las dos lógicas y cosmovisiones, tanto de los pueblos indígenas como del desarrollo occidental. El análisis de este tema corresponde al capítulo 3 de la tesis.

Hoy, la consulta previa libre informada es parte del debate en casi todos los Estados latinoamericanos, y tiene una importancia fundamental ya que de esta depende la forma en que los Estados enfrentarán sus proyectos de desarrollo y la explotación de recursos naturales y también sus saltos a la industrialización de sus recursos. A la vez, el horizonte trazado por las Constituciones ecuatoriana (2008) y boliviana (2009) ha desplegado una nueva fase de la tensión, entre mayor reconocimiento de derechos indígenas y mayores planes de macroproyectos que involucran territorios indígenas. Por lo que planteamos un trabajo multidisciplinario que nos permita dar un enfoque global y general de la perspectiva latinoamericana sobre la “excepcionalidad a la consulta” usando categorías de la economía política, la sociología, el derecho constitucional y el derecho internacional.

TENSIÓN ENTRE EL DESARROLLO CAPITALISTA Y AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. Modo de producción y desarrollo

Lo que caracteriza y diferencia a las sociedades es la forma en que organizan la producción, distribución y utilidad de las riquezas materiales y simbólicas que poseen. En otras palabras, el modo de producción

es el que define el contenido material de la vida social de las distintas agrupaciones territoriales humanas (naciones, pueblos, comunidades), pudiéndose diferenciar en su interior la forma histórico-particular en que se desarrolla cada uno de sus componentes, y la manera en que se articulan en una misma sociedad la existencia de varios modos de producción (García Linera, 2012: 97).

Esta producción, que es la base para la obtención de recursos, se organiza de una determinada manera, que varía de una sociedad a otra y se diferencia por la relación que existe entre los medios de trabajo, el objeto de trabajo, la fuerza trabajo, producto del trabajo y quiénes son los titulares de la “propiedad sobre cada uno de esos componentes, relaciones de control o dependencia entre ellos, organización técnica de los procedimientos laborales, uso social del producto del trabajo, etc.” (García Linera, 2012: 97).

Esta vinculación de la sociedad con la naturaleza es básica para la subsistencia de cualquier sociedad, como lo señala García Linera: “En cada una de estas relaciones, que son parte del modo de producción social, los seres humanos se vinculan entre sí y con la naturaleza, a través de medios materiales que no son más que naturaleza modificada por el trabajo social” (2012: 98). La única forma de actividad humana es la modificación de la naturaleza, desde la construcción de una choza o una metrópolis, un sembradío, una represa, un arma, un satélite, etc. A la vez, la reflexión intelectual del pensamiento modifica y mejora este relacionamiento con la naturaleza. La vida humana y social procesa la naturaleza para extraer los recursos que considera necesarios. Por ejemplo, cualquier comunidad humana necesita generar recursos para cubrir necesidades

básicas como la alimentación, y ha modificado el entorno natural desde tiempos remotos con el objetivo de satisfacer ese fin, y esa es la condición invariable de cualquier modo de producción.

Pero lo que diferencia a un modo de producción de otro, socialmente hablando, es la forma y fin de la relación entre el ser humano y la naturaleza, cuando ya no solo se modifica el entorno natural para satisfacer necesidades básicas. Una gran diferencia entre las formas de producción precapitalistas¹ y el modo de producción capitalista es el entorno modificado de la naturaleza. Las sociedades comunitarias preveían la capacidad reproductiva del entorno modificado y la continuidad de este “como reservorio de bienes de uso (valores de uso)” (García Linera, 2012: 100) para el futuro. Las sociedades comunitarias previas al colonialismo en América preveían este valor de uso como reserva de la naturaleza para generaciones futuras. La conceptualización orgánica, y como naturaleza con vida, trazaba otro tipo de fin para la producción, que eran los fines colectivos o comunitarios.

En el modo de producción capitalista, el fin de la producción tiene otras dimensiones. La naturaleza es reserva de bienes materiales, pasibles de ser intercambiados y de generar ganancia. La naturaleza aparece como objeto material de valores de cambio, y este fin guía la producción. A mayor extracción, mayor acumulación, y por lo tanto mayor ganancia. Si el fin del capitalista es la ganancia y la valorización infinita del capital, destruir, depredar y conservar son componentes necesarios para obtener mejores resultados. Y a la mayor modificación y alteración del medio ambiente, ligados a procesos técnicos y tecnológicos cada vez más competitivos, la denominamos “desarrollo capitalista”.

Ese desarrollo es por supuesto medible, y se lo mide por la modificación del medio ambiente, por la urbanidad de los espacios sociales y, en última instancia, por la capacidad de acumulación de valores de cambio de una sociedad. Desarrollo se fusiona con nivel de vida, entendiendo que mientras la vida es más acaudalada, suntuosa y consumista del propio capital, más desarrollo existe y, por supuesto, los sectores sociales en los que no se han acumulado grandes riquezas materiales, tienen menos desarrollo. En este caso se plantea una jerarquización del desarrollo, se habla de países desarrollados (centros) y países subdesarrollados (periferias), todas partes de un mismo sistema global, que es el capitalismo.

Ahora bien, ¿cómo se entiende el grado de desarrollo de un modo de producción en una sociedad concreta? En términos del capitalismo, la evolución es lineal, como describe Ángel Custodio:

el sistema-mundo capitalista, sustentado en una concepción lineal de la historia según la cual las sociedades marchan de estadios inferiores a superiores que dio lugar a la idea de progreso en el que los seres humanos alcanzarían el bienestar general de la sociedad a través de la aplicación de los conocimientos alcanzados por la ciencia, como máxima expresión de la razón moderna, el hombre moral y la industrialización de las sociedades para alcanzar el desarrollo (2013: 4).

1 Como forma precapitalistas de producción, se entiende a la comunidad primitiva (en términos marxistas), el modo de producción esclavista y el modo de producción feudal. Así, también existen formas mixtas de producción o diferentes estados de convivencia de los modos de producción, y a estas formaciones sociales se las denominan “abigarradas”.

Claramente esta percepción deja a las comunidades indígenas como estadio estancado e inferior frente a la modernidad, que es la que genera bienestar.

Algunas de esas bases del desarrollo se entienden como la forma en que se percibe la modernidad en su forma más ambiciosa,

fue la afirmación de que el hombre es lo que hace y que, por lo tanto, debe existir una correspondencia cada vez más estrecha entre la producción –cada vez más eficaz por la ciencia, la tecnología o la administración–, la organización de la sociedad mediante la ley y la vida personal, animada por el interés, pero también por la voluntad de liberarse de todas las coacciones (Touraine, 1998: 23).

Lo señalado no podía ser alcanzado sino mediante el triunfo de la razón (como argumento de la modernidad). Solo esta podía establecer una correspondencia entre una cultura científica, una sociedad ordenada e individuos libres. Es la razón la que anima a las ciencias y sus aplicaciones, porque es también la que

dispone la adaptación de la vida social a las necesidades individuales o colectivas; y es la razón, finalmente, la que reemplaza la arbitrariedad y la violencia por el estado de derecho y por el mercado. La humanidad al obrar según las leyes de la razón, avanza a la vez hacia la abundancia, la libertad y la felicidad (Touraine, 1998: 24).

Como indica García Linera: “El sistema-mundo capitalista es dinámico y continuamente reconfigura conflictivamente la distribución geográfica de los distintos procesos productivos en función de las tasas de ganancia, acceso a mercados, disponibilidad de fuerza de trabajo y de recursos naturales” (2012: 102), pero aquí, en esa reconfiguración existe un patrón que por lo menos hasta el siglo XX ha sido lineal. El desarrollo y la “modernidad” en este sistema-mundo, del centro a la periferia ha considerado los inmensos espacios geográficos (considerados rurales), pasibles de explotación y de extracción, como si estuvieran vacíos, y las comunidades son resabios de ciudadanos no incorporados al desarrollo (ahí está la razón de la modernidad para el desarrollo capitalista).

El capitalismo transnacional ha encontrado la formas legales para consolidar su presencia extractivista en las periferias, y en algunos casos los propios Estados han implantado formas de extractivismo bajo el argumento del desarrollo, expulsando a pueblos de sus tierras tradicionales e históricamente ocupadas. La mayoría de las veces bajo el uso de la fuerza militar (desplazamiento forzado), y hoy en algunos casos bajo la forma de la indemnización, como veremos en el capítulo 3.

2. Paradigmas del desarrollo local

El análisis de los paradigmas del desarrollo local, como plantea Arocena, debe hacerse desde los supuestos teóricos, sin situarnos fuera del marco general del desarrollo nacional o regional, sin partir de cero. Es necesario explicitar algunos supuestos básicos. Señala que “no hay una teoría sobre el desarrollo local sino

teorías del desarrollo que difieren entre ellas en la forma de considerar lo local” (Arocena, 1995: 47), y analiza tres grandes paradigmas:

2.1. El evolucionismo

El desarrollo es un proceso evolutivo, en términos generales, que postula la necesidad de recorrerlo por etapas. Este modelo asume el supuesto de que el progreso es un dinamismo positivo hacia la evolución, y que existen retrasos y frenos puestos por los tradicionales locales (refiriéndose a los pueblos indígenas y también a los pueblos que no han ingresado al sistema capitalista propiamente dicho). Se va entonces de lo tradicional (algo negativo a superar) a lo moderno (y avanzado, el objetivo). W. W. Rostow (1963) planteó cinco fases de evolución económica: la sociedad tradicional, las condiciones previas al despegue, el despegue, la marcha hacia la madurez y el consumo en masa.

Para esta corriente claramente capitalista, el local o pueblo primario (pueblos indígenas) son una anomalía propia del no desarrollo, que debe ser superado y que, por lo tanto, no tienen ningún rol que cumplir, salvo el de coadyuvar con lo que emane del Estado o la empresa, para robustecer su propio fortalecimiento económico.

2.2. El historicismo

Esta corriente parte de que lo importante no es el fin, sino el inicio o el punto de partida, siempre diferente un proceso de otro: ya sea nacional o local, no hay dos procesos iguales. La historia es el punto de partida de cualquier proceso, por lo tanto, todo es concreto, negando la existencia de un orden general (mundial) que influya terminantemente en el aspecto local (de un pueblo). A diferencia de la categoría “progreso” como en el evolucionismo, aquí es la “estrategia” el elemento fundamental. Por lo tanto, no hay leyes determinadas (globales), sino que es pura estrategia local (del pueblo o comunidad) el éxito o no del modelo. Todo proceso es único, por lo tanto no se reconocen factores estructurales o globales.

Claramente, es la exacerbación de lo local, pero no como proceso social (comunitario o democrático), sino como proceso dirigido por sus elites, quienes a la vez trazan la estrategia (y el fin). Los actores locales lo son todo, pero se dejan de lado factores globales propios del capitalismo, considerándolos innecesarios, por lo que su limitación es implícita.

2.3. El estructuralismo

Para esta concepción, el desarrollo tiene componentes interdependientes, pero todos ligados a un solo proceso sistémico. En el sistema, cada quien ocupa un lugar según el momento concreto, ya sea como dominantes o dominados. Su determinación no viene de una ley evolutiva ni de la historia, sino de la racionalidad de intereses del sistema. Plantea que dentro de este existen muchas contradicciones, donde lo central es que de ellas puede surgir un momento de cambio estructural del sistema (revolución), lo importante es determinar cuál es su zona sensible (¿economía, política, cultura?). Para los teóricos de esta línea, el sistema

se reproduce constantemente, el progreso no altera su cambio, por lo que la salida está siempre en una ruptura estructural del sistema.

Lo local aquí es solo una emancipación de la contradicción global, por lo que su lectura pasa por entender las contradicciones más generales del sistema. Esta teoría tuvo su principal desarrollo con los teóricos de la dependencia, como veremos más adelante. El problema está en que si todo tiene solo una solución global, no importan mucho las transformaciones más locales, en contraste con las demandas de autodeterminación de los pueblos indígenas.

3. Teorías del desarrollo en América Latina

Para identificar la tensión creada a partir de este choque de visiones en todos los campos de resonancia (políticos, jurídicos, sociales, etc.), debemos primero entender las formas que ha tomado el concepto de desarrollo, que es eminentemente occidental y se encuentra ligado al criterio de civilización y calidad de vida, medibles económicamente y en bienes materiales. Para entender el surgimiento de la resistencia en forma de autodeterminación y lo que hoy conocemos como derechos indígenas (ligados a otro tipo de cosmovisiones), se analizará la evolución que ha tomado en los últimos años el desarrollo en el campo académico y político en América Latina.

3.1. El desarrollismo y la modernización

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)² es la principal impulsora de esta corriente del pensamiento desarrollista, y así como lo señala Cardoso (1980), teóricos como Prebisch, Furtado, Sunkel y Paz enfocaban en el Estado el centro motor de la superación de la dependencia económica, identificaban al comercio internacional (al libre albedrío del mercado) como el principal articulador de desigualdades, incorporaron factores de análisis estructurales e institucionales frente a las teorías del mercado. El Estado debería ser el impulsor de procesos técnicos para la promoción de la inversión en tecnología y la expansión de los mercados internos, poniendo como principal objetivo la superación económica de los sectores más empobrecidos y marginales, entendiendo aquí a todos los pobres, incluidos los pueblos indígenas.

Las críticas a la CEPAL vinieron tanto del liberalismo ortodoxo, encontrando sus propuestas como

gruesos errores o argumentos maliciosamente usados por los que, siendo en verdad contrarios al sistema capitalista, preferían dar la batalla por partes: primero propondrían quimeras, como la industrialización y el estatismo, para después abrir el juego directamente a favor del socialismo (Cardoso, 1980);

² La CEPAL (1948) es el organismo dependiente de la ONU, responsable de promover el desarrollo económico y social de la región. Sus labores se concentran en el campo de la investigación económica. Es una escuela de pensamiento económico denominada estructuralista, su principal creador fue el economista argentino Prebisch.

como desde la izquierda marxista, cuyas críticas se centraron en que no existe desarrollo sin acumulación capitalista, y que esta acumulación es solo una expresión de la lucha de clases.

3.2. La teoría de la dependencia

Portes señalaba que “la modernización no era otra cosa que el barniz ideológico del capitalismo occidental, cuyas incursiones en el resto del mundo generaban estancamiento permanente” (2001: 71). Esta forma de redefinir la modernización como la forma en que el capitalismo se expande a los países periféricos y que va generando una especie de “desarrollo”, no es otra cosa que el subdesarrollo estancado. Esta concepción de modernidad deja en la mesa que el subdesarrollo es una construcción artificial del capital para mantener a los productores de materias primas en estancamiento forzado. Los países productores de materias primas tendrán por lo general Estados débiles y constantemente intervenidos por las mismas fuerzas del capitalismo.

De aquí surge la teoría de la dependencia (Cardoso y Faletto, Sunkel, Furtado). Señala Portes, “con sus raíces teóricas firmemente implantadas en la economía política marxista, los escritos sobre la dependencia ignoraron el peso de ideologías y valores culturales y responsabilizaron a las corporaciones multinacionales de la pobreza del Tercer Mundo” (2001: 72). Aunque el aporte de los teóricos de la dependencia es mayor aún, lo que aquí nos interesa es lo que Portes entiende como “valores culturales”. Nosotros los entendemos como las “formas de resistencia cultural”, que no solo tienen que ver con temas folcloristas y simbólicos, sino con formas concretas de formación social, producción, relación con el territorio y la naturaleza (que más adelante se conocerá como autodeterminación de los pueblos indígenas).

Los teóricos de la dependencia, como Cardoso, introdujeron el concepto de dominación, y la idea de que esta dependencia externa genera relaciones estructurales entre los países del centro y los países periféricos, y que no es posible pensar en el rompimiento concreto de esta relación estructural sin pasar por un cambio del modo de producción. Por lo tanto, si el desarrollo está ligado a esta relación estructural centro-periferia, no hay posibilidad de desarrollo autónomo sin pasar por la ruptura del modelo y construir un modo de producción socialista.

Para Dos Santos y Quijano, en este período el problema de la dominación no es un tema entre naciones sino entre clases (Portes, 2001: 72). Y la gran flaqueza de la teoría de la dependencia, tal como lo señala Cardoso, es la cuestión de los actores o el sujeto histórico capaz de llevar adelante esta transformación, y aquí el problema de la definición del sujeto no fue ni es meramente economicista (de clase), sino el sujeto histórico cultural, de las naciones y los pueblos originarios.

El debate entre modernización y dependencia comprendía un tipo de desarrollo capaz de potenciar las periferias, de generar Estados más fuertes a través del desarrollo económico, de la modernización de los medios de producción, así como de su tecnificación. Una misma tendencia por pasar de ser productores de materias primas a ser industrializadores, para ir rompiendo la dependencia hasta tener la capacidad de cambiar el modo de producción. Los pueblos indígenas

aparecen definitivamente, y por lo menos en términos generales, como sujetos de la dependencia económica y su estancamiento, como consecuencia de la omisión del desarrollo, y que a la vez son explotados por el capitalismo en sus formas agro latifundistas y extractivistas.

3.3. El neoliberalismo

De la crítica “ortodoxa” al modelo de sustitución de importaciones, proclamaron un modelo nuevo que conduciría al desarrollo: levantamiento unilateral de barreras económicas, abolición de los subsidios al consumidor, expulsión del Estado de la economía y estímulo al flujo de capital extranjero. La caída del bloque soviético generó el descrédito total del desarrollo estatista y de la economía planificada centralizada, y junto con él, el triunfo hegemónico del capitalismo y su expansión global a través de su forma más salvaje, “el liberalismo ortodoxo” que llegó como “neoliberalismo”.

Díaz (1996) señala siete pasos de la ejecución del ajuste neoliberal:

1. La apertura unilateral al comercio extranjero.
2. La privatización de empresas estatales.
3. La remoción de regulaciones en los mercados de bienes, servicios y trabajo.
4. La liberalización del mercado de capital con amplia privatización de los fondos de pensiones.
5. El ajuste fiscal basado en la drástica reducción del gasto público.
6. La reestructuración y reducción de programas sociales, concentrándose estos en esquemas compensatorios para los grupos más golpeados.
7. El fin de cualquier forma de capitalismo estatal y la reestructuración del Estado a la administración macroeconómica.

Los ajustes económicos ocasionaron grandes crisis políticas y económicas, pero también exacerbaron diferentes formas de resistencia, incluyendo el de la lucha por la identidad que protagonizaron los pueblos (sobre todo indígenas) en las décadas del 80 y del 90, lo que a su vez permitió la constitucionalización de derechos. El neoliberalismo demostró ser inviable. La competencia perfecta en el mercado resultó ser imposible y solo profundizó la crisis económica llegando a extremos de marginalidad, de pobreza y de miseria. El retorno del capitalismo enclave,³ en este período fue más salvaje todavía, y la explotación de recursos naturales, de extractivismo minero e hidrocarburífero, ocasionó grandes resistencias y levantamientos indígenas, proletarios y amplios sectores de la sociedad en general.⁴ El discurso del prometido desarrollo proveniente de la magia del mercado se agotó, trazando un horizonte de resistencia al desarrollo en general. Territorio y autodeterminación son el eco de aquella.

3 Cuando se habla de un enclave económico se hace referencia a la presencia de capital monopolista en un ambiente económico y social mucho menos desarrollado (generalmente, una economía mercantil simple o un capitalismo aún en su etapa concurrencia). La noción de enclave se refiere a un desnivel o desbalance entre la potencia económica de la o las empresas monopolistas y el resto de la economía nacional o regional donde operan; es una imagen de contraste, de fuerte desigualdad entre una y otra forma de organización económica.

4 En este período, la resistencia movilizadora de la población en general fue masiva. La guerra del agua, en Bolivia, y los casos Andalgalá y Esquel, en Argentina, son ejemplos de este período.

3.4. La tercera vía

Como lo señala Dahrendorf (en Portes, 2011), existe una tercera vía de desarrollo:

una nueva política o “segunda oleada de democratización” en la que se acude directamente al pueblo;

una nueva relación entre el Estado, el mercado y la sociedad civil que los “una entre sí”;
políticas de oferta a través de la inversión social, principalmente en proyectos de educación e infraestructura;

la reforma fundamental del Estado de bienestar mediante la creación de un nuevo equilibrio entre el riesgo y la seguridad;

una nueva relación con el medio ambiente mediante la “modernización ecológica”;

un fuerte compromiso con las iniciativas transnacionales en un mundo de “soberanía borrosa”.

Autores como Touraine han planteado que:

no hay que ver en ello (la tercera vía) un programa político sino una señal emitida por unos dirigentes con la que indican claramente la prioridad que dan a las exigencias del mercado internacional, aunque, al mismo tiempo, quieren hacer notar su preocupación por resolver los problemas sociales, que llevan agravándose desde hace 20 años. Hay dos formas de evaluar la tercera vía. O es un anuncio de la reaparición de los temas propios de la izquierda en un mundo dominado por políticas de derecha o, lo que me parece más propio, el modo que tienen los políticos de centro izquierda de hacer una política de centro derecha (2000: 19).

A mi parecer, es una forma combinada de desarrollo estatal y de funcionamiento controlado del mercado; al menos en sus partes más internas, mucho de esto hoy está vigente en América Latina. Esto implica que el mercado está parcialmente controlado, como la regulación de las exportaciones o las importaciones, para de una u otra manera impulsar el desarrollo local, por ejemplo dando ventajas crediticias a ciertos rubros de la producción (como en Bolivia a los productos agrícolas), así como la subvención estatal a ciertos productos o servicios.

Hasta aquí hemos transitado por las diferentes concepciones del desarrollo en el modo capitalista de producción y hemos resaltado la clara reducción del valor social y la casi anulación de la posibilidad de otras construcciones con otras percepciones de la vida, reproducción social, cosmovisión, etc. Y es precisamente con la crisis del neoliberalismo, que la primera década del siglo XXI abrió (aunque está en debate), y bajo una resistencia permanente, otros paradigmas, la reivindicación de un sujeto político anterior al capital y víctima del mismo, es decir, “los pueblos indígenas originarios”.

4. El colonialismo

Existe un consenso en la academia sobre el origen del hombre americano. Los viejos trabajos de José de Acosta, por el 1590, y después su discípulo, José

Solórzano, son los precedentes más serios para entender el proceso migratorio de los primeros pobladores. De Acosta piensa que fue por el Estrecho de Bering que se produjeron las primeras migraciones que dieron origen a las primeras culturas americanas (Cruz, 2010). Lo que nos interesa aquí, sin desmerecer el importante trabajo de estos adelantados para su época, es que entendían que las poblaciones que habitaban entonces América provinieron del Viejo Mundo, y que como consecuencia de la migración, olvidaron parte de su vida en el pasado y construyeron pueblos, olvidando su cultura y su humanidad. En términos de Solórzano:

después de haber dejado su bien constituida y civilizada república en el Viejo Mundo, olvidaron, antes de llegar a las lejanas regiones del nuevo, en su mayor parte [su vieja vida], y lo poco que quedó se desgastó con el tiempo, dejando apenas a sus descendientes un rastro de humanidad, solo la apariencia de hombres (Cruz, 2010: 87).

La ideología del colonizador descartaba humanidad en los colonizados, reforzando el término de salvajes.

Todo trabajo teórico del evolucionismo ha reforzado esta corriente de pensamiento, y es este el centro ideológico del colonialismo, en que la civilización occidental se impone sobre la barbarie. Esta perspectiva eurocéntrica implica una creencia cultural de civilización (occidental) y que todas las culturas, para ser civilizadas, deben acercarse a esa realidad o leerse desde el eurocentrismo. Si la civilización viene desde los centros, implica una dominación que no solo es económica, sino también ideológica y cultural. Esta nunca fue una evolución por la naturaleza de los valores. Todo lo contrario, se hizo a partir de la violencia organizada. Este esquema de imposición se ha reproducido constantemente. Desde Occidente, y en nombre de su cultura civilizada (incluso de los derechos humanos), se han atacado e invadido pueblos que proponían otro sistema de valores, otros modelos económicos, políticos, etcétera.

Lo cierto es que mientras en Occidente el discurso de los centros es que la civilización y el desarrollo vienen con sus modelos económicos, en quinientos años la realidad de muchos pueblos no ha mejorado en nada; peor aún, su situación es totalmente precaria y marginal. Pueblos originarios que antes de la colonia tenían garantizados alimentos en forma de granos y otros, incluso para 30 años en el futuro (García Linera, 2012), hoy son víctimas de las peores condiciones de vida, y no por sus valores, sino por las propias consecuencias del desarrollo del capitalismo y de la civilización occidental que vive en los centros y en los países periféricos también.

En nombre de la civilización, se intentó destruir a las culturas precolombinas, toda una estructura de conocimientos, de memoria colectiva, de su propio pasado, avanzados modos de producción agrícola y las formas de organización social comunitaria. Esa lógica colonizadora cobró mucha más fuerza con las nacientes repúblicas del siglo XIX, siendo en la mayoría de los casos mucho más sanguinaria que en tiempos anteriores.

5. Orígenes para la autodeterminación

Fueron los pueblos asiáticos y africanos los que sembraron las semillas en la lucha por su autodeterminación e independencia. Otros pueblos, entre ellos los pueblos indígenas americanos, comenzaron una lucha cada vez mayor por estas mismas consignas. No solo son una reivindicación cultural, sino que su misma subsistencia depende de esta, ya que constantemente su vida física se ve en peligro, tanto por parte de gobiernos como por transnacionales.⁵

La fuerza de los componentes indígenas en la revolución mexicana de 1910, y su ya constante e inevitable presencia por la reforma agraria, impulsaron en 1930 la creación del Departamento de Asuntos Indígenas, que para 1940 celebró el I Congreso Indigenista Interamericano al que acudieron tanto académicos y funcionarios para abordar el tema “del problema del indio”, con la finalidad de “visibilizar” a este sector que no podía ser ignorado. De aquí surgió el Convenio de Pátzcuaro y la creación del Instituto Indigenista Interamericano, a sugerencia de la Unión Panamericana. Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Perú y EE. UU. se comprometieron hacer todo lo posible para “asimilar” el problema de los “indios” (en términos del congreso), sobre todo en el campo educativo.

Muchos institutos nacionales indígenas aparecieron en estos países a consecuencia de este Convenio, y en Brasil, que no participó, se creó el Servicio Nacional del Indio. El fin perseguido por la convención y por este grupo de países era el “integracionismo”. Lo que quiere decir pensar en la integración del “indio” a través de políticas como la educativa, teniendo una mayor consideración hacia ellos, pero sin tener en cuenta lo más importante y sustancioso: su autodeterminación cultural y el control de sus “territorios”. Este integracionismo implica incluirlos en la sociedad nacional, volverlos ciudadanos con todos los derechos de cualquier otro ciudadano, lo que implica una alienación a la cultura occidental mediante una aplicación formal del derecho. Todo esto no tenía nada que ver con la lucha inicial, que en origen fue la causa de la revolución iniciada por Emiliano Zapata (acceso y respeto al territorio) y que en el fondo es el centro del colonialismo y la resistencia.

Aquí resaltamos que todas estas convenciones y todas estas construcciones institucionales (institutos y demás) eran una suerte de propuesta para los indígenas, pero sin su participación ni su opinión. En 1971, en Barbados se dan algunas, aunque muy superficiales, mesas de debate sobre cuestiones indígenas, tales como el etnocidio, la descolonización y el “desarrollo”. Es un claro intento de transformación moderada desde arriba, basada en lo que ya los pueblos estaban reclamando desde abajo, con diferentes formas de protesta movilizadas al calor de las independencias africanas y asiáticas de la época.

En 1972, en la “marcha de los tratados rotos”, los pueblos originarios de EE. UU. salen a la luz para denunciar el incumplimiento de todos los acuerdos de

5 Son muchas las transnacionales que operan en la región y que en los últimos 20 años han generado impactos desastrosos en territorios indígenas. Algunos ejemplos son Repsol, Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa. Para tener mayores datos sobre estas empresas y su impacto en las poblaciones indígenas, revisar el texto de Pedro Ramiro y Érika González (2009).

los diferentes gobiernos norteamericanos, y en el sur (América Latina), en 1974, los pueblos indígenas se organizan y crean el Parlamento Indio de América del Sur (pueblos de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Venezuela). La confluencia de estos dos grandes movimientos del sur y del norte se da en 1975, lo que crea el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas (con participación de pueblos del Pacífico Sur, Escandinavia y Asia) y deciden adoptar el nombre de Abya Yala refiriéndose a América.

Con esta nueva estrategia, los indígenas del continente aparecían visibilizados en el plano internacional con voz propia. Hasta este entonces, la izquierda ortodoxa no había profundizado sobre la cuestión indígena y consideraba a los pueblos originarios como “campesinado”, con excepción de algunas corrientes de la izquierda latinoamericana que ya había planteado el tema desde la perspectiva de la tierra.⁶ Las guerrillas en Guatemala contemplaban en la época un programa con fuerte tendencia indigenista, con indígenas en sus filas, y es ahí donde la izquierda forja el término “desaparecidos”, refiriéndose a los cuerpos ausentes de las víctimas o a la desaparición forzada que en el 83% de los casos eran indígenas.

Es en esta coyuntura que la Comisión de Derechos Humanos aborda la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos originarios. Tras las independencias africanas y asiáticas, los pueblos originarios de América empezaron a organizarse en los diferentes niveles, tanto nacionales como internacionales, y fueron formando delegaciones importantes, llegando así a la ONU. Los derechos humanos son el discurso estratégico de los pueblos indígenas, y bajo la “Declaración de Concesión de Independencia a los Pueblos Coloniales” (Resolución 32/130) se establecieron los parámetros de sus derechos y libertades fundamentales.

La Resolución 32/130 de 1977, de la Asamblea General de la ONU, definió qué son derechos y libertades fundamentales. Estos son algunos apartados de su artículo primero:

Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales.

La plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible; la consecuencia de su progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social, como se reconoce en la Proclamación de Teherán de 1968.

Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona humana y de los pueblos son inalienables.

6 Mariátegui (1928), en su planteamiento desde la crítica socialista, Siete ensayos de la realidad peruana, dice: “Todas las tesis sobre el problema indígena, que ignoran o eluden a este problema económico-social, son otros tantos estériles ejercicios teoréticos condenados a un absoluto descrédito (...) La cuestión indígena arranca de nuestra economía. Tiene sus raíces en el régimen de propiedad de la tierra. Cualquier intento de resolverla con medidas de administración o policía, con métodos de enseñanza o con obras de vialidad, constituye un trabajo superficial o adjetivo”. La lucidez intelectual y teórica de este importante escritor peruano, sin duda alguna es, para su tiempo, el más adelantado.

En consecuencia, las cuestiones de derechos humanos deberán examinarse en forma global, teniendo en cuenta el contexto general de las diversas sociedades en que se insertan y la necesidad de promover la dignidad plena de la persona humana y el desarrollo y bienestar de la sociedad.

Parte de esta estrategia internacional de los pueblos indígenas coincide en la época con su incorporación a varias guerrillas que se estaban desarrollando en todo el continente. En EE. UU. también aparecieron grupos armados: “el Movimiento Indio Americano” proclamaba el restablecimiento de los antiguos tratados, el reconocimiento de tribus como naciones y el derecho a participar del “desarrollo” económico de sus tierras a través de la lucha armada (con la represión de Wounded Knee en 1973). Como expresión de lo que estaba dispuesto a hacer el Estado contra el resurgimiento del nacionalismo⁷ indígena, se ponía de manifiesto algo que ya no podía ocultarse por más tiempo: los pueblos originarios, postergados y marginados a lo largo de los siglos, habían dicho basta.

Otro hecho importante que visibilizó el tema sin estar ligado a ningún movimiento armado fue la reunión en Bruselas del IV Tribunal Russell, en 1980, sobre los Derechos de los Indígenas de las Américas. En esta oportunidad, Brasil negó la participación en el evento a quien precisamente debía actuar como presidente del encuentro: un indígena xavante amazónico. Con el pretexto de que el derecho vigente consideraba al indígena como “menor de edad”, no se le concedía el permiso de salida de Brasil, por lo que necesitaba autorización de un “tutor” (en este caso, la Fundación Nacional del Indio). Este hecho demostraba la condición en la que se encontraban los pueblos indígenas en ese país. Así mismo, los xavantes, que recién en 1960 fueron contactados, denunciaron que fueron “removidos de sus tierras ancestrales” por aviones de la Fuerza Aérea y por orden de terratenientes y hacendados, lo que produjo la muerte de muchos indígenas.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, sin poder obviar la situación y con muchas resistencias, decide incluir, bajo mucha presión y con muchas observaciones de los países occidentales, el tema de los pueblos indígenas en el cuerpo jurídico internacional (lo que implica una ampliación del concepto de derechos humanos). Diez años de trabajo y debate habrían de pasar para definir qué se entiende por pueblos indígenas, así como su situación de salud, vivienda, educación, lengua, cultura, sus mecanismos sociales, jurídicos, empleo y, muy superficialmente todavía, la cuestión de la tierra. Con relación a su justicia indígena, se decide crear la subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías en 1981.

En el marco del trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, en 1982 la ONU creó el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. Este órgano

⁷ El nacionalismo es una ideología y un movimiento sociopolítico, basado en la conciencia de la nación, que expresa la creencia en la existencia de ciertas características comunes en una comunidad nacional o supranacional, y el deseo de modelarlas políticamente. El sentimiento de pertenencia a la nación propia se llama patriotismo, que llevado más allá de ese sentimiento se convertiría en nacionalismo. Existen diversas formas de nacionalismo, por ejemplo, el nacionalismo romántico, el nacionalismo étnico o cultural, el nacionalismo religioso, el nacionalismo cívico o liberal, el nacionalismo económico, el nacionalismo de izquierda, el nacionalismo banal, el nacionalismo musical, el nacionalismo centripeto o integrador, el nacionalismo centrífugo o desintegrador, el nacionalismo de tercera generación, etcétera.

subsidiario de la subcomisión para promover los derechos de estas poblaciones, en paralelo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), inició la revisión de su Convenio 107, con el criterio de profundizar en la autonomía, introduciendo como cuestión de fondo “el tema del control de la tierra y los recursos naturales” e incluyendo varias formas de apoyo en la reproducción de sus saberes en los niveles, educativos, culturales, etcétera.

Para conmemorar el vigésimo aniversario de la elaboración de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y la aprobación de la Resolución 2000 por parte de la Asamblea General, que consagraba el pleno derecho a la “autodeterminación”, el derecho de los pueblos y naciones a la soberanía permanente sobre sus recursos y riquezas naturales y la consideración de que ambos constituyen un prerrequisito capital para la efectiva materialización y disfrute efectivo de todos los derechos humanos, en 1986 se ratificó todo el contenido de la Resolución 32/130 de 1977 con otra nueva, la 42/117, aunque en esta ocasión sí hubo un voto en contra, el de los EE. UU., y el número de abstenciones aumentó hasta 25, manteniéndose las de España, Francia, Gran Bretaña y Alemania entre ellas, es decir, los países del Centro-Occidente.

Lo que aquí resulta relevante es que el concepto de autodeterminación empieza a aparecer, a identificarse, a generar tensión con las lógicas occidentales, no solo con el derecho a la identidad propia, sino a materializar aspectos que tienen que ver con el “control del territorio” y con la autonomía de los pueblos. Como veremos, solo es un reconocimiento formal, pero que no sería posible sin el avance de los instrumentos internacionales surgidos de la lucha por la que optaron los pueblos indígenas.

Mientras Occidente hacía gala de sus discursos en derechos humanos y las constantes y evolucionadas normas propias de la “civilización”, estas no pasaron de ser derechos sobre el papel y totalmente contradictorias con los hechos, con las prácticas intervencionistas en la totalidad del mundo. En América Latina, los golpes de Estado fueron sangrientos y apoyados por los intereses norteamericanos. La guerra del Vietnam, la aniquilación sistemática de poblaciones enteras y destrucción masiva de ecosistemas, así como invasiones directas a países como Granada y Panamá, son parte de una época marcada por esta contradicción. Las matanzas escalofriantes que se venían produciendo en Guatemala (Sansirisay, 1973, y Panzós, 1978, entre otras muchas) y el desplazamiento forzado de pueblos enteros de este país como los ixil, uspanteco, sacapulteco, k'iché o kanjobal hacia las gubernamentales “aldeas modelo”, seguían el ejemplo implantado por EE. UU. en Vietnam, con las que se pretendía dejar aislada a la guerrilla de sus apoyos indígenas.⁸

Mientras esto ocurría, la estrategia de los pueblos indígenas, a través de sus organizaciones nacionales e internacionales, fue insistir a la comunidad internacional a reducir la diferencia entre la riqueza extrema y la pobreza extrema, que

8 Las “aldeas modelo” era un sistema de organización social creado por el ejército norteamericano en Vietnam, y copiado por el ejército guatemalteco en las áreas afectadas por el conflicto armado interno, operaba por medios de los programas cívico-militares *Fusiles y Frijoles* y *Techo, Tortillas y Trabajo*. Estos asentamientos dotaban de alimentos, viviendas y trabajo a las poblaciones desplazadas, evacuadas o refugiadas, con el propósito de restarles apoyo popular a los grupos insurgentes.

cada día se hacía más grande. En un empuje cada vez mayor desde las bases de las comunidades, los organismos internacionales fueron acatando e introduciendo normas básicas pero importantes, como la educación en lengua materna. Este acatamiento desde arriba (desde los organismos internacionales) también se debe a que las elites dominantes (oligárquicas, la mayoría) querían evitar a toda costa que el viraje de los pueblos indígenas fuese hacia las izquierdas armadas. Por supuesto que muchos de estos reconocimientos desde arriba vinieron con “excepcionalidades” que terminan vulnerando todo lo reconocido, como lo veremos más adelante.

En México, sin embargo, se implementó un proceso de indigenismo de Estado, que empezó a impulsar la presencia de los indígenas en la vida del país. El I Congreso Nacional de Pueblos en 1976 y el Seminario Nacional de Educación Bilingüe Bicultural en 1979 son ejemplos de aperturas importantes a la inclusión. Asimismo, se empezaron a formar maestros y profesionales especializados en los idiomas indígenas. México, por lo tanto, en este período daba muestras de un régimen más avanzado que el de los organismos internacionales.

En la misma época, el Consejo Regional Indígena del Cauca (Colombia) empezaba a plantear temas más de fondo sobre la cuestión indígena, como la “identidad frente a la tierra”. En los años 80 y 90, este debate se extendió y se hizo más amplio, y se incorporó en las agendas de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Estas dos importantes instituciones organizaron, en 1981, una reunión de expertos en Costa Rica, para tratar temas referentes a los pueblos indígenas y asuntos específicos como el etnocidio y el “etnodesarrollo”. Esta fue la base para que países como Ecuador (1988 y 1992, en esta ocasión después de un histórico levantamiento indígena, de una magnitud no vista hasta entonces en el país ni en el resto del continente latinoamericano) y Brasil (1993) iniciasen un cambio en sus políticas educativas, y comenzasen a incluir las cuestiones de la interculturalidad en sus programas de estudio.

6. El Convenio 169 de la OIT: delimitación de la autodeterminación

El empuje de las organizaciones indígenas obligó a los países occidentales a dar ese paso, que fue “sancionado” por la OIT (1989) al aprobar el Convenio 169 en el que se menciona expresamente el derecho al uso del idioma propio, junto a otras cuestiones como “el derecho a la tierra y sus territorios, a la consulta de buena fe” cuando un gobierno tome una decisión que les incumba directamente, a su propio sistema judicial, empleo, educación, etc. La importancia de este convenio es crucial, puesto que utiliza el concepto de pueblos como sujeto colectivo, señala a los pueblos como titulares de derechos colectivos y establece una nueva relación entre los pueblos indígenas y los Estados nacionales al reconocer la diversidad cultural y étnica. Esto representa una judicialización de la tensión,⁹ un

9 Con “judicialización de la tensión” me refiero a que el choque de intereses entre el desarrollismo y la

instrumento que canaliza el modelo de autodeterminación a la que aspiran los pueblos indígenas, pero que como veremos deja ventanas para la inversión al desarrollo sin aprobación de los pueblos indígenas.

En el siguiente capítulo analizaremos la asimilación del Convenio 169 por parte de los diferentes bloques constitucionales y los procesos constituyentes en América Latina. Está claro que este momento es trascendental para la conquista de los pueblos indígenas en todo el mundo y sobre todo en América Latina. La Declaración Universal de Derechos Humanos tiene una función universalizante, pero claramente sobre bases estructurales colonialistas, porque impulsa un modelo de relación social hegemónico de la cultura occidental y del individualismo. El capitalismo triunfante, con la caída del muro de Berlín, se hacía receptivo a las reivindicaciones de los pueblos indígenas una vez que la amenaza principal había desaparecido, el socialismo (denominado real), y siempre que estas reivindicaciones no afectasen al sistema de mercados de la economía global. La libertad de mercado por encima de todo. La vieja esencia del colonialismo seguía viva, pero no se podía hacer otra cosa ante la nueva situación internacional, desaparecido el enemigo principal y en auge tanto el movimiento indígena como sus apoyos.

El avance del reconocimiento de los pueblos indígenas en todo el continente es muy lento y no sin la resistencia de las elites dominantes, en unos lugares con mayor tenacidad que en otros, sobre todo en lo que implica la “autodeterminación” y el control de los territorios por parte los pueblos indígenas. El papel más importante contra la autodeterminación de los pueblos indígenas es jugado por las transnacionales ligadas a los consorcios de explotación de recursos naturales, por el mismo poder económico que poseen. Su influencia es tal que en muchas circunstancias no tienen que rendir cuentas de sus actos y los Estados, a veces, no quieren o no pueden regular sus actividades con medidas obligatorias y enérgicas, y es algo que se ve en la actualidad en la mayor parte de los conflictos existentes con los pueblos originarios de todo el mundo, bien sea en Argentina (petróleo y gas), en Chile (agua), en Guatemala y Perú (minería) o en cualquier otro país. Incluso Brasil, una potencia económica e industrial, ve cómo las compañías madereras devastan impunemente la Amazonia año tras año.

7. Premisas de la tensión

Es evidente que se pone en contradicción, y más aún, en tensión, dos visiones diferentes. Por un lado, el desarrollo capitalista y, por el otro, la autodeterminación política, económica y cultural de los pueblos indígenas, que en algunos casos, también implica formas desarrollo alternativas. El desarrollo capitalista en forma de macroproyectos y el desarrollo alternativo basado en identidades locales y en

autodeterminación de los pueblos indígenas encuentra una mediación jurídica mediante los mecanismos que permiten el diálogo entre las dos visiones, como es la aprobación de convenios internacionales, como el 169 de la OIT.

la cosmovisión indígena, y en su forma más avanzada, la autodeterminación en su forma “comunitaria” de producción y administración del territorio, son dos visiones contrapuestas y relaciones de poder asimétricas.

Nos limitaremos a explicar la lógica y cosmovisión de los pueblos indígenas, como el conjunto de valores y sistemas de conocimiento que articulan la vida social de los pueblos originarios. Se ha definido como “el conjunto estructurado de los diversos sistemas ideológicos con los que el grupo social, en un momento histórico, pretende aprehender el universo, engloba todos los sistemas, los ordena y los ubica” (López Austin, 2001). Donde existe un tejido comunitario, la relación entre la tierra y la comunidad no separa en su concepción de las cosas a la naturaleza de la cultura, al orden natural y social, ni al individuo de la sociedad.¹⁰

Para los indígenas, el mundo tiene principios que lo ordenan y lo mantienen en equilibrio; cuando esos principios se rompen, viene la catástrofe. Para el capitalismo neoliberal, la destrucción del medio ambiente es justificable por el progreso que representa.

El capitalismo neoliberal discute su responsabilidad en el cambio climático y se resiste a la imposición de tímidas reformas para paliarlo como las acordadas en el Protocolo de Kyoto o la Declaración de Río. En la cuestión alimentaria, la cosmovisión indígena se opone radicalmente al modelo capitalista neoliberal: estrategia de autosubsistencia y seguridad alimentaria de la familia y comunidad frente al concepto individualista de ganancia y beneficios, el producir alimentos para comercializarlos, especular en el mercado y en la bolsa para encarecer estos productos con el único fin del lucro (López Austin, 2001: 24).

Con relación a los productos farmacéuticos, los indígenas encuentran en sus plantas un fin y relación social vinculada a la naturaleza, antepasados y espíritus, mientras que para la industria capitalista es solo un aspecto de lucro factible de mercantilización y ganancia.

8. El neoliberalismo en contraste con la lucha armada de los años 80 y 90

Las guerrillas peruanas (senderistas) de los 80 mostraban la posibilidad de absorber en su organización a comunidades indígenas completas. En este mismo período surge el fenómeno zapatista en México. Ambos casos significaban alternativas políticas que iban mucho más allá del reconocimiento formal nacional o internacional a los pueblos indígenas y, como hemos dicho, la presencia contundente de indígenas en la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, no solo en sus filas, también en el tratamiento de las cuestiones culturales y territoriales en su programa político. El Ejército Zapatista de Liberación Nacional en México mostraba una suerte de doble operador frente a las políticas neoliberales del

¹⁰ Por ejemplo, “para los indígenas la muerte no es la desaparición física de alguien sino el olvido de sus lenguas y costumbres, la contaminación ambiental, la pérdida de la diversidad, el sufrimiento de los animales, la expulsión de sus tierras, la imposición de una sola cultura” (Cruz, 2010: 24).

gobierno mexicano (tratados de libre comercio con los EE. UU.): por un lado, el accionar de los indígenas chiapanescos frente al inminente peligro que suponían estos tratados en la conservación de sus territorios y, por otro, la negativa de tomar el poder nacional (como otros grupos armados en la América Latina) por parte del ejército zapatista. Desde que se firmó el Tratado de Libre Comercio, en 1992, hasta que entró en vigor en 1994,

la liberalización económica, la reforma institucional del Estado y los programas sociales dirigidos por el salinismo [Carlos Salinas de Gortari, presidente de México en esa época] significaron para un amplio sector de la población indígena de Chiapas una exclusión creciente de los mercados, el abandono del Estado y la manipulación política de un gasto social limitado (Harvey, 2002).

El gobierno mexicano se vio obligado a negociar con el Ejército Zapatista, ya que este había renunciado a seguir la lucha armada por la toma del poder nacional y plateaba un régimen local de democracia diferente (con el apoyo y participación de todos los indígenas chiapanescos), lo que aparte hacía que cayeran muy bien a muchos círculos políticos. Los Acuerdos de San Andrés Larrainzar (1996) recogían muchos de los postulados del Convenio 169 de la OIT, que en esta oportunidad mostraba una forma de solución pacífica a un conflicto que podría ser violento por su naturaleza armada.

Esta muestra, al menos en el mundo no alineado, se veía con buenos ojos. Una época en que era posible un informe como el del Desarrollo Humano del Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo, que decía:

aún vivimos en un mundo donde la quinta parte de la población en desarrollo está hambrienta al ir a dormir cada noche, donde la cuarta parte carece de acceso a necesidades básicas como el agua de beber no contaminada, y la tercera parte vive en estado de abyecta pobreza, tan al margen de la existencia humana que no hay palabras para describirlo (PNUD, 1994).

La denominada “cumbre de la tierra”, celebrada en Río de Janeiro en 1992, con más de 172 países presentes, instaba a los Estados a “cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra” y se reconocía que todos los Estados “tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo”. Una política que debía ejercerse en forma que

responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras (Naciones Unidas, 1992).

Pero que en la práctica no se cumplía para nada.

9. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Entre los años 90 y la primera década del siglo XXI se dio un período de profundos avances, tanto en los discursos como en el campo teórico. Ningún evento internacional, ya sea gubernamental o no, prescindía de la problemática de los pueblos indígenas. Así, lo constante en estos organismos fueron los discursos de lucha contra la pobreza, el hambre, la disminución de las enfermedades, la novedosa problemática de género, el acceso al agua y detener el calentamiento global. Mientras que, como señala Alberto Cruz, “pero quedaba una brecha significativa, que no haría sino agrandarse entre quienes apoyan la integración de los indígenas en su capacidad individual y aquellos que apoyan la demanda de libre determinación colectiva” (2012: 25).

La Asamblea General de la ONU, en septiembre del año 2000, aprobó la Declaración del Milenio, como “meta medible y plazo fijo” de cumplimiento de los objetivos reducción de la pobreza, la hambruna, las enfermedades, el analfabetismo, la degradación del medio ambiente y la discriminación contra la mujer, a la que puso como término máximo el año 2015. Pero no se dijo absolutamente nada de los pueblos indígenas, solo hasta un año después en que su secretario general, Ban Ki-moon, en el informe A/56/326 incorporara la cuestión muy reducidamente y bajo un contexto general. La Declaración del Milenio articula y crea compromisos, en el marco de estos objetivos, entre el Sistema de Naciones Unidas, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Mundial del Comercio, por un lado, y gobiernos, organizaciones intergubernamentales, regionales y sociedad civil, por otro.

Es decir, en el debate entre los defensores de la capacidad individual y aquellos que apoyan la demanda de libre determinación colectiva, el secretario general de la ONU se decantaba por los primeros, algo muy a tener en cuenta a la hora de analizar sobre qué pilares se sustenta el desarrollo y combate contra la pobreza (Cruz, 2012: 26).

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, organismo asesor del Consejo Económico y Social de la ONU, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas, se dio cuenta de que, nuevamente, habían quedado “olvidados” los pueblos originarios y decidió comenzar a trabajar en el desarrollo de indicadores sobre el bienestar de los pueblos indígenas, para que fuesen incluidos dentro de las macropolíticas de la “comunidad internacional”.

Las ONU determinó, entre 1994 y 2004, “el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”, para impulsar la cooperación internacional y con el fin de resolver los problemas de las comunidades originarias. La situación era clara: millones de indígenas en todo el mundo seguían siendo discriminados en todos los aspectos de la vida, y en el marco de ese análisis, la ONU decidió ampliar el decenio hasta el 2015, para que coincida con los objetivos del Desarrollo del Milenio. El Banco Mundial hizo un balance negativo, aunque cuidando el lenguaje.

Los logros en materia de reducción de la pobreza de ingresos durante la década en los pueblos indígenas (1994-2004) fueron escasos (...) la brecha de pobreza indígena es más profunda y disminuyó de manera más lenta durante el decenio (...) ser indígena aumenta las probabilidades de un individuo de ser pobre, relación aproximadamente idéntica a comienzos y a fines del decenio (Hall y Patrinos, 2005).

Los procesos en América Latina, que por sí solos tienen un componente reivindicativo del indígena, habían empezado a tomar forma en Bolivia, Ecuador y Venezuela. Generaron, junto con países africanos y asiáticos, una fuerte presión interna dentro de la ONU, y la presión externa vino de los propios pueblos indígenas. Con este escenario, en septiembre de 2007 fue aprobada por la Asamblea General, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”.¹¹ Enfatiza el derecho de los pueblos indígenas de preservar y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones, así como su derecho a trabajar por su “desarrollo” de acuerdo a sus aspiraciones y necesidades, “con ella se puede afirmar, sin riesgo a equivocarse, que los pueblos indígenas se han convertido, en teoría, en nuevos sujetos del derecho internacional” (Cruz, 2010: 45).

Se opusieron a la aprobación de la DDPI: Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia. La justificación del voto en contra de la DDPI que ofrecieron estos países fue muy similar:

rechazo a la autodeterminación, no adecuación a las normas legislativas internas en materia de propiedad de tierras y, algo que trasciende la anécdota, el hecho de que con esta declaración se cuestionase la explotación o uso de las tierras indígenas por parte de las Fuerzas Armadas de estos países (Cruz, 2010: 46).

No obstante, Australia decidió reconsiderar su rechazo y, en abril de 2009, acordó su adhesión a la DDPI, y Nueva Zelanda lo ha hecho en abril del año 2010.

10. Población indígena mundial

La ONU establece en unos 370 los millones de personas que forman alrededor de 5000 poblaciones indígenas en 70 países del mundo y que, históricamente, han estado sometidas a la opresión, exclusión de los procesos de toma de decisiones, marginación, explotación, asimilación forzosa y represión cuando han tratado de luchar por sus derechos. Incluso hoy en día se mantiene, en la mayoría de estos países, esa situación. Pese a la disparidad de continentes, países, lenguas y culturas, sus problemas, quejas e intereses suelen ser muy semejantes, de forma especial en todo lo referente a la “tierra” y a mantener su identidad y patrimonio cultural.

11 Es interesante reflejar que no fue una declaración adoptada por unanimidad: logró 144 votos a favor, recibió 4 en contra y 11 países se abstuvieron (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania). Obsérvese la postura de Colombia, único país latinoamericano que se abstuvo y que anunció su adhesión en 2009, no sin antes manifestar algunas salvaguardias respecto a esta DDPI en un intento de limitarles en la práctica interna.

La situación de los pueblos indígenas es casi la misma en el sur global:¹² ellos constituyen aproximadamente el 5% de la población mundial, y reconoce la misma ONU que suponen el 15% del total de pobres en el planeta. Y en su totalidad suponen casi la tercera parte de los indigentes de las zonas rurales, de entre 900 millones de personas en la misma situación. Por lo que ser indígena es por demás el equivalente a ser pobre y por definición literal. “En no pocos de los países de América Latina se utiliza el discurso de multiculturalidad e integración política y social por parte de una clase política no indígena en lo que no cree lo más mínimo y que solo lo utiliza como una mera cuestión funcional” (Cruz, 2010: 27).

Sin embargo, hasta el momento han ratificado el Convenio 169 de la OIT Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Paraguay, Perú, Venezuela, Países Bajos, Noruega, Nicaragua y Dinamarca. Esto demuestra que si bien muchos países del centro aprueban los convenios internacionales de la OIT así como los de la ONU, en realidad nunca aplican estas disposiciones. Y los que sí (como veremos), encuentran en las mismas normas internacionales la forma de vulnerar los derechos declarados en estas. En lo formal, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y más aún, como derechos humanos, ha facilitado la visibilización de su condición. En algunos casos se han mejorado las posibilidades de educación o capacitación, pero en las últimas décadas no ha servido para reducir la pobreza que los diferencia de la población no indígena. Pese a todos los adelantos positivos logrados, en mayor o menor grado, en el establecimiento de normas de derechos humanos a nivel internacional, los pueblos indígenas siguen enfrentando graves violaciones cotidianas de esos derechos.

11. El problema de la tierra y el control de los recursos naturales: centro de la tensión

Ya Mariátegui (1928) había planteado hace 90 años que “el problema del indio es el problema de la tierra”, que de nada sirve la educación ni cualquier otra política si no se resuelve el problema de la propiedad de aquella. No hay que perder de vista que la propiedad de la tierra es el gran eje vertebrador de las luchas indígenas en todo el planeta y a lo largo de los siglos. En el caso del continente americano, la posesión de la tierra se convirtió en el móvil del desarrollo capitalista, y esa posesión tuvo como origen la apropiación privada de las tierras de dominio público y la aniquilación o desplazamiento de las comunidades indígenas.

La tierra, así adquirida, se obtuvo en su enorme mayoría de las comunidades indígenas, entre las que no existía el concepto de propiedad privada y no poseían títulos legales para evitar la calificación de sus tierras como “yermas”, una argucia utilizada para arrebatarlas. Ha sido una política agraria que ha potenciado el

¹² Designación dada al desarrollo de las Naciones Unidas en Asia, África y América del Sur, muchos de los cuales eran excolonias durante el imperialismo europeo. Estas naciones poscoloniales enfrentan bajas tasas de alfabetización, desempleo masivo, poco sin industrialización, y generalmente son económicamente dependientes de sus antiguos amos coloniales.

latifundio, fortaleciendo así a una oligarquía reacia a cualquier tipo de cambio, que, a su vez, expuso a los indígenas desposeídos al mercado laboral en condiciones de superexplotación, tanto legal como ilegal, y que ha sido el sustento de un sistema que aseguraba a esta oligarquía la dominación económica, social, política y cultural en dos dimensiones:

una tácita y restrictiva, que ha tenido como fin el mantenimiento del control de toda participación y organización política de sectores y grupos ajenos a la elite dominante, y otra expresa y participativa pero limitada solo a la elite con acceso al poder para dar una imagen de liberalismo, democracia y hasta modernidad (Cruz, 2010: 29).

En la segunda mitad del siglo XX, los movimientos indígenas comenzaron a recuperarse de su postración y a lograr un cierto reconocimiento, al menos simbólico, de sus reivindicaciones. Los blancos criollos, en la cúspide de la pirámide social, consideraron que su poder tradicional podía desmoronarse, e iniciaron toda la maniobra del integracionismo (al que nos referiremos en detalle en el capítulo 2), para evitar el cambio que se apuntaba y que amenazaba directamente su estatus y poder. De pronto, se comenzó a hablar de derechos para quienes durante siglos habían sufrido uno de los genocidios más brutales que ha conocido la humanidad. En un intento de reconducir un movimiento que exigía protagonismo social, político y económico, se inició un proceso, que dura hasta hoy, en el que el reconocimiento de estos derechos ha saltado al centro de la vida política de la casi totalidad de los países latinoamericanos, no sin encontrarse formas “incluso legales” de seguir vulnerándolos.

Existe, por lo tanto, un sistema de normas que pretenden acercar una solución pacífica y procedimental para garantizar cierta tenencia de tierras ancestrales por parte de los pueblos indígenas, pero no es la primera vez que los pueblos, y los originarios en particular, se enfrentan a promesas, leyes, normas y declaraciones que no se ajustan a lo que sucede a lo largo del tiempo en sus localidades y países. Esto, obviamente, engendra violencia, que se combate con la militarización de grandes zonas como en Colombia, México, Perú y Ecuador, para garantizar la actividad de empresas petroleras y mineras en territorios indígenas, desintegración profunda de la cohesión social y, al mismo tiempo, resistencia y organización.

12. Autodeterminación frente al desarrollo capitalista

Como hemos señalado, y desde todo ángulo, el eje central de la lucha y la resistencia de los pueblos indígenas es el tema de la tierra; en otras palabras, no puede existir autodeterminación si no existe territorio en el cual autodeterminarse. Es ahí donde también los derechos han avanzado, y se ha creado la consulta previa como mecanismo democrático que garantice el respeto de la voluntad de los pueblos indígenas respecto del uso de sus territorios. La consulta opera como el centro de la tensión entre el desarrollo capitalista y la autodeterminación de los pueblos indígenas, porque intenta mediar entre ambas lógicas y visiones.

La obligación de respetar los derechos económicos, sociales y culturales exige que los Estados se abstengan de realizar, promover o tolerar cualquier práctica económica y/o política que viole o coarte la libertad de los pueblos indígenas para utilizar los propios recursos materiales o de otro tipo. Esta obligación, asumida en el mismo momento en que se adoptan, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, protege a los pueblos originarios de cualquier tipo de injerencia de agentes externos a la comunidad. Sin embargo, ya se ha reseñado y ahora se verá con detenimiento que la realidad no es esa. Por ejemplo, el desalojo forzoso e ilegal de comunidades, o con indemnizaciones grotescas, sigue estando a la orden del día para no pocas comunidades indígenas.

LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA, EN MEDIO DE LA TENSIÓN

1. El monismo jurídico

Actualmente, en el centro de los debates políticos se exalta la tensión entre el desarrollo capitalista y la autodeterminación de los pueblos indígenas. El multiculturalismo y la justicia étnica-racial están en constante debate en toda América Latina. Pero el avance del derecho de la consulta previa tiene que ver, en primera instancia, con el reconocimiento jurídico que se ha tenido sobre el tema, y para ello es importante entender el pluralismo jurídico y en qué medida este se ha reconocido y desenvuelto. El constitucionalismo nos permite recorrer este avance y la forma en que se han modificado las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas,

las novedades constitucionales en el horizonte del constitucionalismo pluralista (con diversos niveles de implementación en la práctica) suponen rupturas paradigmáticas respecto del horizonte del constitucionalismo liberal monista del siglo XIX y del horizonte del constitucionalismo social integracionista del siglo XX, e incluso llegan a cuestionar el hecho colonial (Fajardo, 2011: 138).

La colonia y la dominación, como hemos visto anteriormente, han reducido y subordinado a los pueblos indígenas en su propia condición humana. Sus territorios y recursos fueron objeto de explotación y saqueo, pero no solo ello, sino la misma fuerza de trabajo indígena, y hasta su horizonte como pueblos, se alienó a la cultura occidental. Este modelo de subordinación manifiesta la ideología de la anulación cultural y la consideración de la inferioridad natural del indígena. Hemos señalado también que la ruptura formal con la colonia y las fundaciones de las repúblicas no significó en absoluto el fin de esta mentalidad e ideología, sino lo contrario, en algunos casos, su agudización. Y las constituciones liberales (copiadas de Europa) adornaron, en lo formal, este período de fundación de países en toda América Latina.

El monismo jurídico fue el principio de estos Estados liberales, entendiendo esto como un solo derecho y un solo sistema de justicia dentro de un Estado, una sola ley para todos los ciudadanos. Por el contrario, el pluralismo jurídico consiste

en la existencia y reconocimiento de varios sistemas de aplicación de justicia y derechos. La ciudadanía era la categoría que Raquel Irigoyen Fajardo denomina “censitaria”, y este constitucionalismo liberal importado funcionó como columna vertebral de la estructura de dominación en que solo los hombres blancos, propietarios e ilustrados formaban parte de la ciudadanía (2011: 139).

Siguiendo a Raquel Irigoyen Fajardo, el constitucionalismo liberal del siglo XIX se expresó bajo tres técnicas:

asimilar o convertir a los indios en ciudadanos intitulado de derechos individuales mediante la disolución de los pueblos de indios con tierras colectivas, autoridades propias y fuero indígena para evitar levantamientos;

reducir, civilizar y cristianizar a los indígenas todavía no colonizados, a quienes las constituciones llamaron “salvajes”, para expandir la frontera agrícola; y

hacer la guerra ofensiva y defensiva contra las naciones indias con las que las coronas habían firmado tratados y a las que las Constituciones llamaban “bárbaros” para anexas sus territorios al Estado.

El objetivo era la parcelación de las tierras colectivas y el despojo del territorio, y como consecuencia de ello los indígenas no solo no tenían acceso a esa tenencia individual liberal, sino que pasaron a vivir en haciendas como servidumbre. Así, el Estado iba encontrando nuevas formas de enajenación de sus territorios, y “la tutela estatal y eclesial se impusieron sobre las naciones indígenas que no habían sido conquistadas en la era colonial” (Fajardo, 2011: 139).

2. El constitucionalismo pluralista

La Constitución de México de 1917 abre el constitucionalismo social, que permitió “cuestionar el constitucionalismo asimilacionista e individualista del siglo XIX mediante el reconocimiento de sujetos colectivos y derechos sociales y la ampliación de las bases de la ciudadanía” (Fajardo, 2011: 140). Esto explicitó la cuestión sobre la tenencia de la tierra, los derechos colectivos sobre ella, así como las cuestiones culturales, todo dentro del constitucionalismo social integracionista, lo que se traduce en la incorporación de los indígenas al Estado y al mercado, pero manteniendo las estructuras coloniales, el monismo jurídico y la formalidad del Estado nación. La característica que queremos resaltar es que el tutelaje del Estado incorpora su lógica de definición para el desarrollo indígena. Todo esto, y continuando con Raquel Irigoyen Fajardo, hasta los “tres ciclos del horizonte del constitucionalismo pluralista” (p. 140). Los tres ciclos son los siguientes:

- el constitucionalismo multicultural (1982-1988);
- el constitucionalismo pluricultural (1989-2005);
- el constitucionalismo plurinacional (2006-2009).

Estos procesos reformistas de las constituciones van incorporando progresivamente derechos indígenas, que son la respuesta a demandas de los pueblos y son el motor de estos avances. La tensión se expresa también en estas constituciones

que además consagran las posturas conservadoras de los caracteres coloniales. Tal como señala Raquel Irigoyen Fajardo:

Los contextos complejos donde se gestan las reformas imponen sus tensiones y sus contradicciones (aparentes o reales) a los textos constitucionales, lo que exige una interpretación pluralista para salvar sus limitaciones y resolver las tensiones de manera favorable a la realización de los objetivos y principios del proyecto constitucional pluralista (2011: 140).

Todo factor operativo que pueden jugar estas normas también son una pugna de poder llevada a la condición jurídica, sobre todo en los escenarios más avanzados en favor de los pueblos indígenas, como en los Estados plurinacionales.

2.1. El ciclo del constitucionalismo multicultural (1982-1988)

Los años ochenta (1982-1988) marcan el ciclo de este primer período, signado por el nacimiento del constitucionalismo pluralista y por el claro surgimiento del movimiento indígena. “En este ciclo, las Constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad, el derecho individual y colectivo a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos” (Fajardo, 2011: 141). La Constitución de Canadá, en 1982, la que incorpora el “derecho de los aborígenes”, y las Constituciones de Guatemala y Nicaragua, en 1985 y 1987 respectivamente, incorporan estas perspectivas intentando generar un reconcilio entre el Estado y las fuertes presiones de la demanda indígena. La Constitución de Guatemala reconoce la configuración multiétnica, multicultural y multilingüe del país y “el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural”, así como ciertos derechos específicos para grupos étnicos y comunidades indígenas. La Constitución de Nicaragua reconoce también la “naturaleza multiétnica” del pueblo, así como los derechos culturales, lingüísticos y territoriales de las comunidades étnicas del Atlántico, para que puedan organizarse según “sus tradiciones históricas y culturales” y desarrollar un régimen de autonomías. “La Constitución de Brasil de 1988, que antecede en un año a la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre derechos indígenas, ya recoge algunos de los planteamientos que se debaten en la revisión del Convenio 107 de la OIT, por lo que se ubica en el umbral del segundo ciclo” (p. 142).

El pluralismo jurídico, que implica cierto reconocimiento a la administración de la solución de conflictos internos en la comunidad, significa cierta forma reducida de reconocimiento de autodeterminación, está muy lejos todavía del tema de la tierra-territorio, que es la causa estructural. Pero, como señala Irigoyen, en algunos países donde ni siquiera existía un reconocimiento constitucional, el pluralismo aparecía de alguna manera, o por sobrevivencia al colonialismo o algunas figuras abiertas al Convenio 107 de la OIT (sobre el que volveremos más adelante), como la Ley de Comunidades Nativas del Perú en 1978.

2.2. El ciclo del constitucionalismo pluricultural (1989-2005)

En este período no solo se reafirman los postulados de identidad individual y colectiva y la diversidad cultural, que ya eran propias del constitucionalismo

multicultural, sino que introduce las categorías de “nación multiétnica/multi-cultural” y de “Estado pluricultural”, “calificando la naturaleza de la población y avanzando hacia una redefinición del carácter del Estado” (Fajardo, 2011: 142). Adquieren rango de principios constitucionales tanto el pluralismo como la diversidad cultural y abren la gama de derechos indígenas, tanto para indígenas como para afrodescendientes y otros colectivos denominados “minorías”. El Convenio 169 de la OIT es el marco general para la incorporación de un listado de derechos, como la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, “el derecho sobre las tierras”, “la consulta”, y diferentes mecanismos de participación. Aunque muy tenuemente la aspiración de autodeterminación empieza a tomar forma, también el pluralismo jurídico es la novedad de este período.

Empieza a configurarse el reconocimiento de las autoridades indígenas, sus propias normas consuetudinarias y ciertas funciones jurisdiccionales comunitarias. “A partir de estos reconocimientos se ponen en cuestión la idea clásica de soberanía y el monopolio que las Constituciones asignaban a los ‘poderes u órganos soberanos’ del Estado para la producción del derecho y la violencia legítima” (Fajardo, 2011: 143). Existe un ensanchamiento del reconocimiento de pluralismo de las fuentes de producción del derecho, aunque muy tenue, y también del uso legítimo de la fuerza, expandiendo estas funciones a las comunidades, a sus autoridades internas. Todo esto en un marco extenso de limitaciones que terminan impidiendo la realización de la administración.¹ “Este modelo se expande en América Central y Sudamérica: Colombia (1991), México y Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia y la Argentina (1994), Ecuador (1996 y 1998) y Venezuela (1999)” (p. 144).

La tensión radica en que estas extensiones no afecten cuestiones del Estado, ni del desarrollo, la tuición jurídica que da potestad sobre la resolución de conflictos internos no asume la potestad jurídica de decisión sobre el territorio, condicionado siempre a que no existan recursos o usos del territorio, para lo cual aparece la “consulta previa libre e informada”, que es una especie de consulta democrática a una comunidad sobre si se ejecuta o no un proyecto que pueda afectar su territorio. Lo que resaltamos aquí es que el avance constitucional de este período refleja la profunda visualización de la problemática indígena como sujeto histórico y político, con todas sus limitaciones.

¹ Los pueblos indígenas y las comunidades siempre tuvieron sus propias autoridades, a las cuales llamamos Autoridades Originarias. Pero el Estado, en su necesidad de generar un marco de organización para los territorios, y de que las comunidades, determino que estas se inscribieran en los registros públicos y contaran con personería jurídica. Instauró para tal efecto autoridades equivalentes a las del mundo occidental, ejemplo, con un presidente, vocales, tesorero, y otros cargos que pueden variar de país en país e incluso con comités para distintas cosas (Educación, Salud, etc.): lo que podemos llamar autoridades indígenas modernas. Hoy en la mayoría de los pueblos y territorios, conviven autoridades tradicionales indígenas con autoridades indígenas modernas. Ambas pueden articularse en sus funciones, por ejemplo, las autoridades tradicionales gobiernan hacia el interior de la comunidad, y las modernas trabajan en relación con instituciones estatales externas. En el caso de los Harakmbut, las personas mayores con prestigio (por sus habilidades en la caza, la pesca y otras actividades tradicionales) siguen siendo consultadas en los asuntos internos de la comunidad. Mientras que las autoridades modernas suelen ser jóvenes que dominan bien el idioma castellano y los códigos culturales occidentales, pero no tienen autoridad al interior de la comunidad. Por ende, funcionan como representantes de la comunidad hacia el mundo exterior. El problema es a quién se hace la consulta: ¿al representante de la comunidad, a las autoridades originarias o a la comunidad en general?, y ¿cuál es el procedimiento? (Terranuova, 2008).

Mientras que los avances constitucionales de los años noventa iban instalándose, paralelamente, el neoliberalismo también se hacía de mecanismos que facilitarían su implementación en el marco de la globalización de la economía. Esto implicaba una reducción material del Estado y por lo tanto de los derechos sociales, con la flexibilización laboral y la entrada de las transnacionales con mucha fuerza y poder. La Constitución del Perú de 1993 es el mejor ejemplo de esa paradoja: mientras se incorporaban el carácter pluricultural y el pluralismo jurídico, se eliminaba la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que tenían las tierras indígenas desde las Constituciones de 1920 y 1930, lo que se traduce en que mientras en el papel se reconocían derechos muy simpáticos como el pluralismo (importantes desde luego), se les quitaba lo que realmente era la cuestión de fondo, “el tema de la garantía de la tierra, siempre bajo el argumento del desarrollo”.

En el Perú, esto posibilitó que un gran número de corporaciones transnacionales se instalaran en los territorios indígenas para realizar actividades extractivas, “dando lugar a nuevas formas de despojo territorial bastante similares a las del siglo XIX” (Fajardo, 2011: 145). Ello implicó un retroceso importante, porque el objetivo principal del modelo era impulsar la inversión del capital, ampliar la frontera productiva en términos de extractivismo de recursos naturales.

En este período aparece también el denominativo “bloque de constitucionalidad”, que significa la incorporación al rango constitucional de nuevos derechos y potestades indígenas, así como la ratificación de tratados en derechos humanos, que “generaron, de alguna manera, una inflación de los derechos sin correspondencia con mecanismos institucionales aptos para hacerlos efectivos” (Fajardo, 2011: 146). Pero los derechos conquistados hasta aquí han generado, como parte de este mismo bloque de constitucionalidad, una serie de problemáticas de orden institucional que son la traducción de la tensión entre las fuerzas conservadoras y los reclamos indígenas (incluso con fuertes crisis políticas, por ejemplo la guerra del agua y la guerra del gas en Bolivia). Los poderes legislativos, por mandato constitucional, proceden a la emisión de leyes nacionales sin estar limitados por la consulta a los pueblos indígenas, “hasta ahora, ni las leyes ni las Cortes han logrado especificar la extensión de este derecho. Lo mismo pasa con el tema de la jurisdicción indígena o los conflictos sobre la interpretación de los derechos humanos” (p. 145).

a) La demanda de la tierra pasa a ser la demanda por el territorio.

En la medida en que los derechos indígenas fueron en expansión, también la estrategia por la emancipación y por sus legítimas demandas fue en crecimiento con mayor consistencia. Los pueblos indígenas pasaron de exigir tierras a exigir territorios. Esto quiere decir que el reclamo por la administración de justicia (pluralismo) en sus territorios pasa a ser una exigencia de potestad pública en estos, y por supuesto en contra de los macroproyectos de desarrollo. Y como lo analiza la escritora peruana Raquel Irigoyen Fajardo,

el siglo XX dio lugar a una confrontación más evidente entre los aparatos estatales y las autoridades indígenas, por lo que se presentaron casos de criminalización de indígenas y campesinos que administraban justicia en sus espacios territoriales (perseguidos bajo la figura del delito de “usurpación de autoridad” o “sedición”) (2011: 146).

De ahí es que la administración de justicia (jurisdicción) está muy ligada al control efectivo del territorio. La administración de justicia interna, para frenar la persecución, que como hemos visto en el primer capítulo de este trabajo, se llegó incluso a las desapariciones forzadas (ej. Guatemala), y el control efectivo del territorio frente a la expulsión o desplazamiento de sus territorios.

b) Aristas de la tensión entre el desarrollo del derecho internacional hegemónico y el multiculturalismo teórico.

El Convenio 169 de la OIT fue aprobado en 1989, y en la década del noventa fue ratificado en varios países de la región, a la vez que se aplicaban las reformas constitucionales que señalamos. La limitación de las potestades indígenas que determina del derecho internacional, en el reconocimiento de sus derechos, así como en los procedimientos y normas de aplicación en las comunidades, son los derechos humanos. Esto quiere decir que el derecho indígena no debía afectar “las políticas de integración de los Estados”, el multiculturalismo en el marco de la construcción teórica infiere en la diversidad cultural como valor fundamental y necesita políticas públicas que avancen en ese sentido. Esta diversidad no se limita a las poblaciones originarias, asimila también a las de inmigración reciente.

Charles Taylor plantea el reconocimiento de la diversidad como marco fundamental para construir una “ciudadanía multicultural” (1993). Este mismo concepto se fue expandiendo a América Latina para cobrar su forma regional como “multiculturalismo cosmopolita” (Sousa Santos, 2010). Claro está que esta percepción del multiculturalismo favoreció el reconocimiento de los derechos indígenas aceptando su diversidad, pero como señala Raquel Irigoyen Fajardo, “la diversidad cultural sirvió de fundamento, pero también de límite para el reconocimiento del derecho indígena” (2011: 147).

Como dijimos, en la década del noventa los Estados de la región incorporan parte de este reconocimiento, que implica diferentes formas de permitir el pluralismo jurídico en contraste con el monismo jurídico vigente hasta entonces, pero que de ninguna manera garantizaba la cuestión de la potestad pública. Estas constituciones definieron al Estado como “multicultural o pluricultural (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador) y la garantía del derecho a la diversidad cultural (Colombia o Perú) o la igualdad de culturas (Colombia, Venezuela)” (Fajardo, 2011: 148). Aunque estas constituciones implicaban un avance al generar una fisura en el monismo jurídico dominante y colonizante, no facultaban ni el derecho a la consulta, ni la seguridad de la potestad del territorio perteneciente a los pueblos indígenas.

2.3. El constitucionalismo plurinacional (2006-2009)

Como lo denomina Raquel Irigoyen Fajardo:

el tercer ciclo de reformas dentro del horizonte pluralista es el constitucionalismo plurinacional y está conformado por dos procesos constituyentes, Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008), y se da en el contexto de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2006-2007) (2011: 149).

En ambas Constituciones se propone una refundación de la estructura de los viejos Estados republicanos a partir de la asimilación del multiculturalismo

y de la vuelta a las raíces indígenas, con el objetivo de poner fin a las paradojas coloniales vigentes hasta ese momento (aún hoy continúan muchos paradigmas coloniales). El nuevo reconocimiento dado a los pueblos indígenas es el otorgamiento de la categoría de naciones con autodeterminación, lo que significa que son sujetos políticos con derechos a definir su identidad y su destino, al menos en lo formal, y en algunos casos a gobernarse con autonomías y participar de los marcos democráticos generales de los Estados.

La categoría de Estado plurinacional es el resultado de un proceso de construcciones entre los pueblos y el derrumbe de los modelos económicos monistas del sistema de mercado globalizante. No solo reconoce a los pueblos indígenas, sino que instituye en sujetos constituyentes, lo que implica un quiebre con el integracionismo de las décadas de los ochenta y noventa. Esto equivale a suplir la ausencia de los pueblos indígenas (mayoría total) al momento de la fundación, cuando fueron considerados “menores de edad” bajo las lógicas del tutelaje colonial.

La crisis del neoliberalismo y del modelo de libre mercado golpeó duramente al pueblo en general, lo que puso en un solo bloque todas las demandas en relación con los derechos sociales y significó un cambio radical del modelo económico. En realidad, se aspiraba a un cambio estructural (que no se dio en realidad) y a una expansión del rol del Estado como regulador del mercado y las transnacionales y responsable de la incorporación de la perspectiva indígena en el derecho. Más categóricamente, en Bolivia y Ecuador se incorporan nuevos sujetos de derecho, como la Pachamama (naturaleza), que escapan a toda lógica de la cultura y del desarrollismo occidental.

Existe, sin menor duda, un claro proyecto descolonizador en las Constituciones del siglo XXI, que reconocen la autodeterminación de los pueblos indígenas, el principio del pluralismo jurídico, la igual dignidad de pueblos y culturas y la interculturalidad. Estos procesos han encontrado una dura resistencia tanto por la violencia en los procesos constituyentes boliviano y ecuatoriano como en la misma aprobación constitucional, donde las fuerzas conservadoras introdujeron una serie de limitantes que se incorporan a las formulaciones pluralistas.

En el caso boliviano aparecen todavía más limitaciones en la elaboración legislativa, y todo el “entrampamiento” al que se sometió el texto constitucional, incluida la movilización reaccionaria, implicó una resistencia teórica también de estos planteamientos. De ahí que para salir de este callejón, optaron por pactar un nuevo texto constitucional por fuera de la asamblea constituyente, al costo de introducir restricciones y limitantes al derecho de autodeterminación (autonomía indígena) y al pluralismo jurídico (jurisdicción indígena).

3. Choque de tensiones alrededor de la consulta previa libre e informada

Los recientes impulsos por reglamentar la consulta previa como mecanismo de mediación entre el desarrollo y la autodeterminación de los pueblos, ha generado (por ejemplo, en Perú) fuertes debates al calor de la aprobación del reglamento de la Consulta Previa Libre e Informada (CPLI) la cual tiene injerencia directa en

el gran estallido minero de estos últimos años, al igual que en las macropolíticas energéticas. Este plan de explotación masiva de minerales en territorios indígenas comenzó en 2009 y ocasionó la movilización de los pueblos amazónicos inmediatamente en contra de estas medidas.

En Ecuador, en pleno desarrollo de la asamblea constituyente, se dividió el oficialismo frente a los sectores indígenas en relación con el tema de la consulta, desarrollándose los actuales parámetros entre los marcos políticos y jurisprudenciales (Sousa Santos, 2010). La Ley de Minería del 2009 reafirmó el proyecto del gobierno ecuatoriano rechazando la demanda presentada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie). En Chile, todos los actores gubernamentales, judiciales y pueblos indígenas se enfrascan hasta hoy en la aplicación del Convenio 169 de la OIT y en la problemática del pueblo Mapuche por la devolución de sus territorios. En Colombia, país en el que más jurisprudencia se ha desarrollado en materia de derechos de los pueblos indígenas, hasta hoy se aprueban proyectos desarrollistas que involucran el uso de territorios indígenas sin pasar por la CPLI y, como señala César Rodríguez Garavito, “hasta el punto de generar la ira gubernamental y la acusación de haber convertido los derechos indígenas en el ‘palo en la rueda’ del desarrollo económico” (2012: 12). En 2011 se aprobó en México la reforma constitucional que asimila la consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT, generando debates en el mismo sentido.

La Corte IDH ha ido emitiendo fallos que pretenden reforzar los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas “en una tendencia que desemboca en el fallo *Sarayaku Vs. Ecuador*, en el que se juega el futuro de la Amazonia ecuatoriana” (Rodríguez Garavito, 2012: 14). La Comisión Interamericana ha tenido momentos cúlpe en la defensa del derecho de la consulta previa que a la vez le costaron mucho. Uno de ellos fue ordenar a Guatemala suspender la explotación de una mina de oro que estaba adjudicada a la transnacional Golcorp, como medida cautelar por violación del derecho a la consulta. El caso más emblemático, que exalta la tensión entre el desarrollo y el derecho de los pueblos a la autodeterminación, es la construcción de la represa hidroeléctrica Belo Monte en la Amazonia brasileña, en que el gobierno de Brasil denegó el cumplimiento de la medida cautelar impuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) retirándole además su apoyo, lo que puso en serio riesgo la existencia misma de esta comisión.²

La Ley N° 70 de 1993, en Colombia, aprobó los títulos colectivos sobre tierras ancestrales de comunidades afros y ha permitido que más de cinco millones de hectáreas se adjudiquen a ellas, y junto con su Constitución de 1991 dio pie a la importante jurisprudencia de la Corte Constitucional que los ha extendido como derechos étnicos a las comunidades afrocolombianas y pueblos indígenas, al igual que la consulta previa.

² La reacción de Brasil ante la OEA fue sorpresivamente fuerte. El gobierno de Brasil tildó la decisión de “injustificable”, retiró su candidato de la CIDH, a su embajador ante la OEA y dejó de enviar sus aportes anuales a ese organismo, hecho que generó el apoyo de varios gobiernos sudamericanos, como Ecuador, Bolivia, Venezuela y, en menor grado, de Argentina. Esto generó una inestabilidad general en el organismo internacional de los derechos humanos.

4. La Etnicidad.gov en paralelo a la Etnicidad SA.³ De cara a la problemática de la consulta

El reconocimiento jurídico de los conflictos producidos por la resistencia indígena, y el acrecentamiento y visualización de sus demandas, no responde solamente a un reconocimiento de buena fe por parte de los órganos de poder y las clases dominantes constituidas a lo largo de quinientos años, sino también a la globalización neoliberal de fines del siglo XX y principios del siglo XXI. Es la Etnicidad SA, que saca a la luz la forma en que el mercado ha logrado penetrar en la mercantilización de la etnicidad transformándola en etnicismo (Comaroff y Comaroff, 2011). Donde, y siguiendo al análisis de César Rodríguez, “un componente esencial de esta era es la centralidad del derecho o, en sus términos, del ‘fetichismo del derecho’, la fe global ‘en la capacidad del constitucionalismo y el contrato, de los derechos y los remedios jurídicos, de lograr el orden, la civilidad, la justicia, el empoderamiento’” (2012: 17) (refiriéndose al Etnicismo SA).

Lo que, como hemos visto, significa una explosión jurídica que abarca a casi todas las esferas jurídicas e incluso a las constituciones del sur global, en el creciente poder que se le ha dado a la Justicia en todo el mundo. “En la transmutación de las luchas de los movimientos sociales en litigios de derechos humanos que ha teorizado y documentado Julieta Lemaitre” (en Rodríguez, 2012). Y la Etnicidad.gov analiza y describe cómo este proceso de expansión global en el plano jurídico ha alcanzado a los procesos étnico-raciales. A este proceso sistemático se le denomina precisamente así, “Etnicidad.gov”.

Se trata de la juridización de los reclamos colectivos sobre la autodeterminación, la identidad cultural, las reparaciones históricas, los territorios los recursos naturales; reclamos elevados por los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicos, tanto en América Latina como en otras partes del mundo (Rodríguez, 2012: 19).

Desde un inicio, la Etnicidad.gov se presenta en paralelo a la Etnicidad SA. Esta última refiere, y muy acertadamente desde mi perspectiva, al “proceso de mercantilización de la cultura y la transformación empresarial de la identidad en el que aquel está inserto” (Comaroff y Comaroff, 2011: 72). Lo que implica una mercantilización de las formas étnicas, la entrada de la etnicidad al mercado, su enajenación en forma de negocio, planteado así por John y Jean Comaroff, este fenómeno sería parte de la realidad en todo el planeta, tomando como ejemplo la rentabilidad del turismo ecológico con indígenas de paisaje vendiendo cultura, y recibiendo dinero de estos turistas, “o la protección comercial del conocimiento tradicional (visible, por el ejemplo, en el patentamiento de la medicina indígena” (Rodríguez, 2012: 18).

Mientras que la Etnicidad SA ve formas estructurales y proyecta al sujeto emprendedor en el liberalismo ortodoxo o neoliberalismo hacia el plano de

3 La terminación .gov refiere a *governance*, “gobernanza”. La terminación SA refiere a “Sociedad Anónima”, aunque en inglés refiere como Etnicidad.INC.

existencia colectiva étnica, el Etnicismo.gov enfoca al sujeto “jurídico” de este mismo empuje neoliberal hacia el plano de los derechos colectivos, y como señala César Rodríguez, “se trata del sujeto jurídico al que se le reconocen tres derechos liberales primordiales: la libertad contractual, la igualdad formal y el debido proceso”. Lo que quiere decir que en la misma línea de análisis, una mira las cuestiones de relación estructural de la mercantilización del etnicismo y su entrada desde los perfiles étnicos y culturales al desarrollo occidental (Etnicidad SA) y la otra mira la cuestión jurídica del empuje por la demanda de los derechos étnicos, incluidos los filtros jurídicos con perspectivas al desarrollo (Etnicidad.gov). Y en la Etnicidad.gov, al describir la consulta previa libre e informada,

estamos ante un sujeto jurídico constituido para participar en deliberaciones y consultas que transforman los conflictos colectivos en procesos de negociación regidos (al menos sobre el papel) por los principios del debido proceso (publicidad, transparencia, celeridad, etc.) (Rodríguez, 2012: 24).

La cuestión del debido proceso no es un mero formalismo, ya que en este supuesto jurídico las partes tienen igualdad de condiciones entre ellas, la ficción liberal del derecho asume la libertad de decisión de las partes. Si la consulta es un procedimiento de derecho, se asume que el pueblo indígena (o la comunidad afrodescendiente) es un sujeto de derecho, que entra en la consulta en igualdad de condiciones y de decisión.

En todo caso, el sujeto de la Etnicidad.gov es el mismo sujeto de la Etnicidad SA; para el primero, es el sujeto jurídico colectivo, y para el segundo, el sujeto emprendedor mercantilizador de su identidad. En la Etnicidad.gov, el sujeto colectivo encuentra la forma de hacerse parte de las decisiones que lo afecta. En la Etnicidad SA, el sujeto se rebusca en su identidad y para enajenarla, la convierte en una “marca”. Pero la Etnicidad.gov, al analizar la cuestión de la juridización de la etnicidad, no solo analiza el derecho formal de los tratados y jurisprudencias, sino el derecho ligado a la forma en que los actores que explotan territorios y recursos también enlazan principios jurídicos operativos “que los bancos multilaterales y privados imponen a las compañías que operan en territorios étnicos, o los códigos de conducta de compañías mineras que explotan dichos territorios” (Rodríguez, 2012: 27). La Etnicidad.gov es atravesada por los diferentes aspectos jurídicos y por tanto comprende al “pluralismo jurídico” y diferentes tipos de “gobernanza sin gobierno”.

La gobernanza de la Etnicidad.gov es el reconocimiento de la juridización de la etnicidad, que consiste en los reclamos elevados al derecho, y a la que Boaventura de Sousa se refiere como la “matriz jurídica de la globalización neoliberal” (Sousa Santos, 2007). Los paradigmas de la juridización de la etnicidad ligada al territorio se han vuelto también en la forma de control sobre los recursos sobre estos territorios. La Etnicidad.gov separa los reclamos de redistribución y de reconocimiento, para agrupar estas categorías en dos diferentes tipos de enfoques de la solución a la demanda. Y esta forma de solución ha tomado forma

en los países adscriptos al multiculturalismo que, como hemos visto más arriba y por procesos de reforma constitucional, es más o menos hegemónica en la región. César Rodríguez se refiere a este paradigma como “multiculturalismo hegemónico” (Sousa Santos, 2007).

Para César Rodríguez, el multiculturalismo hegemónico es transversal, ya que incluso en Ecuador y Bolivia (que han desarrollado más que cualquier otro Estado los derechos étnico-raciales en sus Constituciones) en la práctica aplican un modelo al igual que Chile, México o Colombia, y ponen de manifiesto las cuestiones de explotación minera, en el Ecuador con la demanda del pueblo Sarayaku, y en Bolivia con la construcción de la carretera del TIPNIS, en las que ambos gobiernos se enfrentaron directamente con resistencias indígenas que exigían la CPLI para uso de sus territorios.

5. Reconocimiento y redistribución jurídica en la Etnicidad.gov.

César Rodríguez identifica que en el campo jurídico latinoamericano existen reclamos de justicia centrados en el reconocimiento, que se suman a los reclamos centrados en la redistribución de derechos sociales. Los reclamos de “reconocimiento” están constituidos por

los litigios, las iniciativas legislativas y demás formas de movilización del derecho que buscan minar las injusticias basadas en el estatus y estima social asignados a grupos tradicionalmente marginados en América Latina, como los pueblos indígenas, los afrodescendientes, la población de [lesbianas, gays, bisexuales y transexuales] LGBT y los migrantes (Rodríguez, 2012: 16).

Mientras que los reclamos de reconocimientos vienen con la visibilización de los diferentes sectores sociales, los reclamos de redistribución, en cambio, tienen que ver con “las formas diversas de acción jurídica que apuntan a erosionar las injusticias de la estructura económica que precariza y subordina a la gran mayoría de trabajadores formales e informales de la región” (Rodríguez, 2012: 17).

César Rodríguez nos plantea tres enfoques jurídicos en el marco del reconocimiento y redistribución:

- el liberalismo integracionista;
- el multiculturalismo hegemónico;
- el multiculturalismo contrahegemónico.

Según el margen de ampliación que otorguen a los derechos, tanto en las Constituciones de los países latinoamericanos como en sus fallos jurisprudenciales, el “reconocimiento” es la forma jurídica que reconoce derechos y acciones, y la “redistribución” es el marco estructural que deriva de la producción y la tenencia de la tierra vinculada a su tratamiento en el derecho (ejemplo, el derecho al territorio).

El multiculturalismo hegemónico separa los reclamos de redistribución y los de reconocimiento,

en su variedad de derecha, como la de la Argentina del menemismo o el Perú del fujimorismo, implica al mismo tiempo una versión minimalista de la redistribución y el reconocimiento. En su versión de izquierda, a la que se acercan Ecuador, Venezuela, Nicaragua o Bolivia, hoy en día combina la afirmación de la redistribución en detrimento del reconocimiento, como lo muestra la prioridad de las rentas mineras para financiar las políticas sociales en esos países, a costa de las reivindicaciones culturales y territoriales de los pueblos indígenas (Rodríguez, 2012: 24).

Y en países como México y Brasil, la CPLI tiene un marco restrictivo, que no implica decisión de los pueblos afectados ni aun su supervivencia física o cultural este en juego.

Resulta interesante exponer, en esta instancia, el cuadro elaborado por César Rodríguez sobre cómo identificar el margen de estos tres bloques de cara al avance de derechos entre redistribución y reconocimiento:

Tabla 1.

	LIBERALISMO INTEGRACIONISTA	MULTICULTURALISMO HEGEMÓNICO	MULTICULTURALISMO CONTRAHEGEMÓNICO
Reclamo central	Libertad/igualdad formal	Diversidad/igualdad formal	Diversidad/igualdad material
Principio rector	Asimilación sin discriminación	Diversidad con participación	Autodeterminación con reparaciones
Paradigma jurídico	Regulación	Gobernanza	Reparación
Estatus jurídico de indígenas y afrodescendientes	Objetos de políticas	Objeto de políticas/ sujetos de derechos individuales	Sujetos de derechos colectivos
Tiempo privilegiado	Futuro	Presente	Pasado/futuro
Instituciones jurídicas representativas	Prohibición de discriminación	Consulta no vinculante, penalización del racismo	Consentimiento previo, acciones afirmativas
Fuentes	Convenio 107 OIT, constituciones nacionales	Constituciones multiculturales: Convenio 169 de la OIT (interpretación restrictiva)	Declaración Derechos Indígenas (ONU): Declaración de Durban, Jurisprudencia CIDH (Colombia, Brasil): Constituciones pluriculturales (Bolivia, Ecuador): Convenio 169 (interpretación expansiva)
Actores centrales	Gobiernos	Gobiernos, Cortes, OIT, ETN, ONG	Organizaciones indígenas y afrodesendientes, organismos ONU (Relatorías pueblos indígenas y afros: CEDR)

Fuente: Rodríguez Garavito, 2013: 16.

El paradigma liberal clásico se articula en base a la unidad de la nación y al hecho de que indígenas y afrodescendientes encuentren la asimilación a través de la ciudadanía. Esta fundamentación está enraizada en el liberalismo desarrollista que hemos analizado en el primer capítulo, ya sea evolucionista o historicista, que reduce a las poblaciones indígenas a la categoría de “barbarie” y propugna que la civilización viene de la mano del desarrollo capitalista. “Esta aproximación traduce y actualiza en términos jurídicos el predominio de la “civilización” (blanca/mestiza) en esa lucha por la identidad nacional” (Rodríguez, 2013: 17). La igualdad formal (en los papeles) es la base material para el liberalismo integracionista. Esa igualdad jurídica de “negros” e “indios” y demás grupos marginados es la ficción de la ciudadanía igualitaria, que integra a todos, sin importar las diferencias, a la misma condición.

Es evidente que este paradigma liberal ha sido duramente golpeado por el constitucionalismo pluricultural de los años noventa del siglo XX, pero está plenamente vigente en diferentes normas y en las prácticas del derecho, porque se asienta en la estructura social que deriva del modo de producción, como se señaló en el primer capítulo, cuando la resistencia también ha sido estructural. Uno de los argumentos intelectuales de ciertos defensores de esta corriente (liberal) es la que acusa al multiculturalismo de crear fricciones raciales y étnicas; como si estas no hubiesen existido antes en el subcontinente. Los defensores liberales proponen que en lugar de las medidas que profundizan el multiculturalismo, se aplique el principio de igualdad formal y se criminalice la discriminación, reduciendo el tema a un procedimiento jurídico.

El multiculturalismo contrahegemónico tiene raíces en la conjunción de redistribución y aspiraciones a reconocimiento. En este caso, para el reconocimiento se requiere la redistribución de bienes y oportunidades materiales en favor de las comunidades. Su teórico más importante es Boaventura de Sousa, quien identifica esta especie de híbrido incorporado en las constituyentes ecuatoriana y boliviana, “el doble derecho humano poscolonial: Tenemos el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos interioriza; tenemos el derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza” (Sousa Santos, 1998: 345). El principio de autodeterminación encierra este doble derecho con mayor incidencia en algunas legislaciones que en otras. “Su marco temporal es doble, por cuanto vuelve a la vista al pasado para reconfigurar las posibilidades del futuro” (Rodríguez, 2013: 19). Esta descaracterización anula el resarcimiento histórico de las demandas indígenas,

el legado del genocidio, la esclavización y el despojo, formula demandas jurídicas de reparación material, por ejemplo, mediante la adjudicación de territorios colectivos para los pueblos indígenas, que restauren al menos una sombra de sus territorios ancestrales, o mediante acciones afirmativas que abran las oportunidades negadas por la historia del racismo a los afrolatinoamericanos (Rodríguez, 2013: 19).

Para facilitar el análisis, se incluyó más arriba la tabla elaborada por César Rodríguez, como referencia a estos tres tipos de enfoques jurídicos respecto de las demandas por la autodeterminación. El tratamiento que se le dé por uno u otro

lado tendrá injerencia directa en la forma en que se resolverá la relación “desarrollo vs. autodeterminación”; en este sentido, la consulta previa es el mecanismo jurídico a aplicar. El mismo autor señala que los instrumentos internacionales y los fallos que hacen jurisprudencia en los diferentes países de la región oscilan entre los tres tipos, y que no existe un enfoque taxativo hacia una de las posturas descritas en el cuadro, salvo en algunos análisis generales. En ese sentido,

las interpretaciones y aplicaciones del Convenio 169 se ubican en un rango que va desde las versiones claramente insertas en el multiculturalismo hegemónico (por ej., la de todos los gobiernos de la región y cortes constitucionales como la de Ecuador) hasta aquellas que, al establecer requisitos procesales exigentes o combinar la consulta con el consentimiento, toman elementos del multiculturalismo contrahegemónico (por ej., la de la Declaración de la ONU y la de la jurisprudencia y recomendaciones de órganos como la Corte IDH y los organismos de derechos indígenas de la ONU) (Rodríguez, 2013: 20).

6. De la consulta y el consentimiento

En el próximo capítulo se analizará el rol de la excepcionalidad a la consulta prevista en los convenios internacionales. A continuación se analizará el contexto de la consulta en las esferas jurídicas latinoamericanas. Tanto el derecho internacional como los constitucionalismos latinoamericanos han incorporado de alguna manera la consulta previa libre e informada. El Convenio 169 plantea revisar los marcos establecidos por el liberalismo integracionista, que de alguna manera habían abordado la cuestión en 1959 desde el Convenio 107 de la OIT. El objetivo de la OIT es reemplazar los paradigmas de la integración (ya se expuso qué implica esta categoría) por los parámetros de la autodeterminación, respeto a la identidad y a la participación de estos pueblos en las decisiones que los involucran (consulta).

El objetivo del Convenio 169 es superar y cambiar los paradigmas de la “integración” de los pueblos indígenas por los de su “participación” en las cuestiones que los afecten en el marco de su reproducción física y material en su territorio. A través de una reconfiguración de los conceptos frente a las demandas crecientes de los pueblos indígenas y sus organizaciones internacionales, cada vez más reconocidas, la OIT plantea un viraje, “como lo expresaba el documento presentado por el Secretariado de la organización en el encuentro de expertos convocados al efecto, que sesionó en Ginebra en 1986” (OIT, 1985). Los expertos y delegados de los tres sectores que componen la OIT (empleadores, trabajadores y Estados) concordaron en rechazar el objetivo expresado en el preámbulo del Convenio 107, esto es, “facilitar” la “progresiva integración [de los pueblos indígenas] en sus comunidades nacionales” (p. 9).

El Consejo Mundial de Pueblos Indígenas sugería sustituir la participación por el control efectivo de sus condiciones socioeconómicas. Esta postura fue respaldada por los trabajadores y los expertos, mientras que los empleadores se cerraron en la idea de participación y objetaron con muchas recomendaciones el

principio de autodeterminación de los pueblos indígenas. El intento de conciliación es notorio y perceptible en el informe que presentaron los expertos a la OIT (OIT, 1985: 10).

La OIT recomendó que la revisión del convenio se inclinara en favor de los pueblos indígenas, “tanto como sea posible, control sobre su desarrollo económico, social y cultural” (en Rodríguez, 2013: 24). La solución intermedia recomendaba posibilitar un mecanismo procesal que implicase un equilibrio y que funcionara cuando se pudiera obtener el consentimiento de los pueblos afectados. Este mecanismo en definitiva es la “consulta previa”. El requisito sería una discusión pública de la cuestión a consultar, en la que estuvieran presentes y participando representantes indígenas. Las contradicciones, claramente de fondo, se hicieron más tensas en los debates de 1988 y 1989 (p. 25), que involucraron la revisión del convenio. La OIT planteaba como propuesta original el “consentimiento” en lo concerniente a las decisiones que afectarían a los pueblos indígenas, lo que rápidamente generó una serie de resistencias de parte de muchos Estados y organizaciones de empleadores

Ante la reticencia para la revisión de la convención, la OIT, en la conferencia final de 1989, “recogió la fórmula más débil de la ‘consulta’, que vendría a ser consagrada en el texto del Convenio 169 finalmente aprobado” (Rodríguez, 2013: 26). Claramente, la consulta y la participación que fueron parte del acuerdo en su forma más débil, se convirtieron en el “discurso imperfectamente articulado que recurría al pragmatismo y a valores fácilmente aceptables, a la vez que evitaba explícitamente una discusión principalista que habría podido inquietar a los miembros de la OIT por razones políticas”, lo que indicaría que, aunque había consenso en contra del integracionismo, no existía “un discurso alternativo claro del que se pudiera echar mano, sino apenas algunos fragmentos de él” (p. 26).

Desde el enfoque de la Etnicidad.gov, queda claro que, desde un principio, la consulta fue un punto de arranque para encontrar dos posturas totalmente diferenciadas, esa tensión entre la autodeterminación de los pueblos indígenas y el desarrollo propio del capitalismo y del mercado, que se señala desde el comienzo del presente trabajo. Y como señala César Rodríguez, “la consulta desde entonces se ha vuelto un discurso alternativo, que habla de los reclamos de reconocimiento, y del trámite de los conflictos sobre la cultura, como si este fuera algo privilegiado” (2013: 27). Este discurso enmarca a los conflictos socioambientales presentes en toda la región, desde el reciente conflicto abordado por la Corte Interamericana sobre el caso pueblos Mapuches contra el Estado chileno por sus territorios en la Araucanía, o los conflictos entre el Estado mexicano y las mujeres cocapá que se resisten a la apropiación de la pesca artesanal.

Después del Convenio 169 de la OIT, la consulta fue acogida entre gobiernos y empresas, aunque este hecho no responde necesariamente a un intento de reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas, sino que se incorporó la CPLI al marco del “proceso de desarrollo”. De este modo, el hecho de que se aplique el mecanismo de la CPLI, no significa que exista autodeterminación, entendida como potestad pública dentro del

territorio por parte de los pueblos indígenas. Es así que la consulta termina inserta en un medio tenso, donde se contraponen los intereses desarrollistas y los de autodeterminación.

El artículo 1° de la Convención 169 marca el norte, por decirlo de alguna forma, de este instrumento internacional:

Art. 1°: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en el proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (OIT, 1989).

Se evidencia así una clara orientación hacia el desarrollo. La consulta estará también ligada a ese margen de aplicación, ya que las constituciones latinoamericanas siguen esta visión oficial de la Convención (por así decirlo), por lo tanto, la consulta en estos términos queda relegada a ser funcional al desarrollo económico. Es esta la explicación por la cual actores e impulsores del neoliberalismo económico la incluyan en sus discursos, tomando como ejemplo a los bancos multilaterales y las empresas transnacionales, que ven a la consulta como la forma legítima y pacífica de responder a las inmensas críticas y movilizaciones globales sobre su rol amenazador de pueblos indígenas y la biodiversidad. “De hecho, la CPLI pasó a ser una pieza clave de los ajustes discursivos con los que el proyecto desarrollista, fue reeditado y reexportado a escala global” (Rodríguez, 2013: 27).

Una vez que las fuerzas conservadoras habían librado la consulta de los postulados más exigentes e iniciales que demandaba el principio de autodeterminación, se tradujo para el impulso del desarrollo, y para el buen uso de los actores del neoliberalismo en una pieza más. Para el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la consulta y la participación pasaron a ser parte del “desarrollo con identidad”,⁴ impulsado por su nueva Política Operativa sobre pueblos indígenas (BID, 2006). En el criterio de la directora del BID, Anne Deruyttere, “los pueblos indígenas están cada vez más interesados en usar sus activos de recursos naturales, herencia cultural y capital social como vehículos para mejorar sus condiciones sociales y económicas” (Rodríguez, 2013: 27). Este enunciado no implica solo una clara muestra de acción hacia la mercantilización de la etnicidad, sino de la orientación dada a la consulta.

El BID ha desarrollado múltiples proyectos que incorporan buenas prácticas como la planeación participativa, asuntos socioculturales, mecanismos de ejecución descentralizados, o las conexiones entre el fortalecimiento de aspectos ambientales o territoriales y la participación local en la gestión y la toma de decisiones (Rodríguez, 2013: 24).

4 Esto es la evidencia de los postulados de la Etnicidad SA.

7. Posturas hacia la CPLI en la región

Muchos países han adoptado oficialmente la orientación desarrollista basada en economías extractivistas, en el marco de la explotación de materias primas, propia de los países periféricos. Un ejemplo de ello se da en Brasil, donde la CIDH expidió en 2011 una medida cautelar para que, antes de la construcción de represas hidroeléctricas, se procediera a la consulta previa a los pueblos indígenas afectados directamente por el proyecto. El Ministerio Público de ese país inició varias demandas en defensa de los pueblos indígenas, “el gobierno brasilero y las altas cortes han sido explícitos en sostener que la consulta es solo una formalidad procedimental que debe ceder a la prioridad de la generación de energía para alimentar el desarrollo nacional” (Rodríguez, 2013: 25). Y más aún, esta exacerbación de la tensión se manifiesta en el criterio del alto Tribunal Federal de Brasilia: “No podemos sucumbir a la política ambiental aislacionista de las comunidades indígenas. Debe haber una política desarrollista/integracionista en el tratamiento de estas sociedades” (p. 25). Este criterio deja claramente establecida, por una parte, la orientación desarrollista contra la autodeterminación de los pueblos indígenas y, por otra, el liberalismo integracionista (que analiza la Etnicidad.gov) en el plano jurídico.

Existe una tendencia en toda la región respecto de la orientación dada al tratamiento de la CPLI, que por lo general tampoco se ha regulado, dejándola al arbitrio de autoridades nacionales o regionales; “así sucede, por ejemplo, en México, Argentina, Brasil y Venezuela, donde el vacío legal contrasta con las crecientes demandas indígenas (y, en Brasil, también afrodescendientes) por la aplicación del Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana” (Rodríguez, 2013: 26).

Tras la sugerencia de la Suprema Corte de Justicia de México, se implementó la reforma constitucional en 2011 que incorpora tratados internacionales en el bloque de constitucionalidad, incluyendo el Convenio 169 de la OIT. En la Argentina no existe nada al respecto del tratamiento judicial en la Corte Suprema. En 2009, Chile dictó el Decreto N° 124, que regula la consulta previa en el marco desarrollista más alejado de la autodeterminación y la limita literalmente como “una diligencia formal de recepción de opiniones, sin requisitos ni consecuencias que garanticen su carácter previo, libre e informado” (Rodríguez, 2013: 26).

En Bolivia se discute un proyecto de ley que podría resultar el más adelantado de la región respecto de la autodeterminación y el verdadero acercamiento al consentimiento (Proyecto de Ley CPLI del Estado Plurinacional de Bolivia, 2014). Por el momento las únicas normas vigentes al respecto son la Ley N° 3058 de 2005 y el Decreto N° 29.033 de 2007, que regulan la relación con la extracción de petróleo, aunque con muchas limitaciones también fijadas por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Corte Constitucional de Bolivia, sentencia 0045 de 2006, declarando inconstitucional el requisito de consentimiento previo de las comunidades étnicas que había establecido la ley de hidrocarburos de 2005). Perú ha regulado la consulta previa de forma muy sistemática, tanto en la Ley N° 29.785 de 2011 y en su reglamento de 2012, muy fijadas al Convenio 169 de la OIT, pero en la realidad el gobierno ha establecido muchos límites al forzar la

interpretación que solo se aplica a pueblos del sector amazónico del país, cuando en realidad la mayoría indígena vive en la sierra.

En el Ecuador, como lo señala César Rodríguez, “a pesar de la interesante innovación de incluir como sujetos de la CPLI no solo a los indígenas sino también a los afroecuatorianos y los montubios, la directriz expedida por el Congreso en 2012 para la consulta de proyectos de ley establece apenas reglas laxas y generales” (2013: 25). El Decreto Ejecutivo N° 1247 de ese año, se dictó en respuesta al caso Sarayaku Vs. Ecuador, en el marco de la consulta ante proyectos petroleros. En el caso de Colombia, se considera que el Decreto N° 1320 de 1998

es tan deficiente, que la Corte Constitucional la ha inaplicado por inexecutable y ha terminado llenando los vacíos regulatorios que deja a través de una copiosa jurisprudencia que, más que la de otros países, ha elevado los estándares de la CPLI hasta exigir el consentimiento previo en caso en los que la vida cultural o física de los pueblos indígenas o comunidades afrocolombianas estén en peligro (Rodríguez, 2013: 25).

8. Algunas consideraciones sobre la consulta

La consulta previa libre e informada se identifica dentro de la tensión referida desde el inicio del presente trabajo. En tal sentido, la Etnicidad.gov teoriza la esfera sobre ese mismo mecanismo en su forma jurídica; es decir, entre el multiculturalismo hegemónico “centrado en el procedimiento de la consulta, como expresión de la libertad contractual entre partes formalmente iguales” (Rodríguez, 2013: 28) y la autodeterminación en ejercicio, o sea “la legalidad de los derechos indígenas, que evalúa esos procedimientos en función de su resultado, esto es, del grado en que permitan que los pueblos indígenas libremente acepten o rechacen el proyecto o decisión de que se trate” (p. 28). Claro está que los instrumentos jurídicos desarrollados por los diferentes países de la región oscilan entre estas dos tendencias, así como han interpretado de diversas maneras el Convenio 169 de la OIT, en diversos puntos intermedios entre consulta y consentimiento.

El comité de la OIT, que resuelve vulneraciones a su Convenio 169, se ha manifestado en favor de la autodeterminación y por el consentimiento, en casos como el del Urra en Colombia (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-652/98. Derecho a la supervivencia del pueblo indígena Embara-Katio del Alto Sinu), aunque se inclina por el multiculturalismo hegemónico. Al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha fijado interpretaciones sobre el Convenio 169 que sientan una interesante jurisprudencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Saramaka Vs. Suriname)⁵ y que, aplicando la lógica de la consulta, exigen el consentimiento “cuando se trata de grandes proyectos de desarrollo o inversión que tengan un impacto profundo sobre un pueblo indígena” (Rodríguez, 2013: 29). Asimismo, las diferentes Cortes de Justicia han emitido fallos que implican desde las versiones más débiles de la consulta, como Guatemala (Corte de

⁵ Ver nota 27.

Constitucionalidad de la República de Guatemala, Sentencia 1179-2005, proceso de consulta es meramente indicativo), hasta las más cercanas a las Relatorías de la ONU y la Corte Interamericana, como los fallos de la Corte Constitucional de Colombia (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-769/2009, declarando que se requiere el consentimiento previo para la realización de grandes proyectos económicos que tengan un impacto profundo en la vida de los pueblos indígenas), además de posturas intermedias como la de Perú (Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 05427-?-2009-?-PC/TC),⁶ más cercanas a la OIT.

El punto cúlmine del debate para la redacción de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU fue precisamente el enfoque que se daba a la consulta: por un lado, el de los pueblos indígenas y, por el otro, el postulado oficial de los Estados (sobre todo occidentales). Como señala César Rodríguez,

Si se estudian los informes de los once años de discusiones del grupo de trabajo que la Comisión de Derechos Humanos creó en 1995 para redactar la Declaración, se puede ver con claridad que la razón de la larga duración del proceso y de su cercanía al fracaso en 2005, cuando fue salvado en un taller *ad-hoc* en México fue justamente el persistente desacuerdo entre las organizaciones indígenas y buena parte de los Estados en relación con el estándar de participación que debía ser incorporado en la Declaración. Mientras que las primeras exigían el consentimiento, los segundos preferían una variedad de consulta similar a la del Convenio 169 (2013: 30).

La Declaración de la ONU respecto de la consulta, avanzó con relación al Convenio 169 de la OIT, al establecer que la CPLI debe efectuarse con el fin de “obtener el consentimiento” (DDPI, arts. 19 y 32), y en caso de medidas que impliquen el desalojo de un pueblo de su territorio, directamente el consentimiento (art. 10).

Vista así, la consulta se ha convertido en una institución que facilita la relación entre los Estados y las empresas con las comunidades indígenas, en un supuesto marco democrático, constituyendo la modalidad dominante del multiculturalismo hegemónico y de la Etnicidad.gov. En tanto, la Etnicidad SA no analiza la consulta en sus marcos jurídicos, se la entiende como un procedimiento más para la enajenación de la cultura y la mercantilización de la identidad. En otras palabras, la consulta está en el medio de la tensión entre el desarrollo capitalista y la auto-determinación de los pueblos indígenas (aunque existen pueblos con sus propias variantes de desarrollo que responden a la lógica de la Etnicidad SA). Pero, incluso dentro de los marcos jurídicos más avanzados, aparece “la excepcionalidad” dentro de la CPLI, como forma jurídica para la vulneración de los derechos indígenas, y pasa a ser una forma legal de solución al conflicto. La excepcionalidad aludida se traduce en forma de indemnizaciones destinadas a resarcir legalmente el daño ocasionado, y está prevista en todos los convenios internacionales. Su análisis se tratará en el siguiente capítulo.

⁶ Es más o menos el mismo espíritu el que mantiene el actual reglamento sobre la CPLI.

LA EXCEPCIONALIDAD EN LA CONSULTA PREVIA Y SU TRATAMIENTO EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Del derecho a la tierra y al territorio

En los capítulos anteriores hemos visto cómo el derecho a la tierra y al territorio es la base no solo física, sino estructural, alrededor de la que giran todos los demás derechos indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido generando a través de los años una importante jurisprudencia sobre este derecho. En los alegatos del caso *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, la Corte IDH ha definido este vínculo entre pueblo y territorio “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 113a).

Todo el discurso étnico ha ido cobrando fuerza política y material en la medida en que no solo se reclamaba redistribución de la riqueza y autodeterminación, sino también respeto a la cosmovisión de esa otredad, de esa otra forma de entender el mundo, la naturaleza, una filosofía de armonía comunitaria. Entonces entendemos que la autodeterminación de los pueblos indígenas implica también la revalidación y aplicación legítima, si vale el término, de esas otras formas de entender el mundo y replicarlas en la producción, la educación, el tratamiento de la salud y demás formas de relacionamiento humano. Estas formas no occidentales de ver el mundo tensionan y contradicen al desarrollo (como lo hemos visto en detalle en el capítulo 1), salvo en los pueblos indígenas que han encontrado una forma de ingresar al mercado occidental (al desarrollo) con sus propios matices culturales en forma de mercancías (Etnicidad SA). El problema está allí donde los pueblos indígenas tensionan y contradicen los proyectos de desarrollo que implican la destrucción de su hábitat o su desplazamiento forzado, impuesto por las empresas, sean locales, transnacionales o el Estado nacional.

El territorio no se define y limita al espacio ocupado por la comunidad respecto de su espacio de vivienda, sino a todo el espacio geográfico que involucra su entorno de uso tradicional para su reproducción. Al respecto, la Corte Interamericana ha definido un concepto muy amplio sobre el territorio: “territorio se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente” (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172). O lo que ella misma determina como concepto amplio de tierra y territorios indígenas, “incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso” (CIDH. Informe de Seguimiento. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 160), por considerar que “esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general” (párr. 160). La ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena no se restringe al núcleo de sus casas de habitación; “por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural” (CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay, en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 120h). En esta misma medida, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios, no se limita a las aldeas o asentamientos específicos; el uso y ocupación territorial por los pueblos indígenas y tribales “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines” (CIDH. Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice, 2004: párr. 129); los derechos de los pueblos indígenas abarcan el territorio como un todo.¹

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana ha definido la obligación de protección a las comunidades, no solo en su aspecto cultural, sino en el aspecto territorial respetando sus propias formas de producción,

la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra

¹ La Corte Interamericana ha explicado en este sentido que “... el alcance del ‘respeto’ al derecho al territorio de los miembros [de un pueblo indígena o tribal] [no se limita] a, únicamente, sus ‘aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas’. Dicha limitación no tiene en cuenta la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no solo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas” (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr. 114).

(Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 146).

Es muy importante este fallo, ya que define que la condición de relación con la tierra y el pueblo indígena, sea cual fuera, es un derecho humano, aunque a la vez entiende que esta relación solo es posible si impulsa el “desarrollo económico”. En el Caso Mary y Carrie Dann, la Corte ha definido que “las normas y principios de derecho internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros incluyen consideraciones de derechos humanos relacionadas con la propiedad, el uso y la ocupación por los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales” (CIDH. Informe N° 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 124). Por lo que para una lectura amplia del derecho internacional y los derechos humanos, el derecho al territorio es un derecho humano.

De lo anotado aquí, hemos visto al menos dos elementos, uno, el derecho a la tierra-territorio, y otro, el aspecto vinculado a la cosmovisión o vinculación de los pueblos con ese territorio. Ahora, la consecuencia inmediata de la vulneración a este derecho y sus dos elementos es la violación por derivación de todos los demás derechos humanos que tienen los pueblos indígenas, ya que al irrumpir en su territorio, al desplazarlos o al anular el uso de su territorio por parte de ellos se está anulando la capacidad de reproducir sus formas de producción (sean comunitarias o no) y sus formas propias de reproducción cultural, social y espiritual.

2. Medidas de la Corte para la protección del territorio de los pueblos indígenas

La Corte Interamericana ha generado jurisprudencia para la protección del territorio indígena, para que sus miembros tengan derecho a ser protegidos del desplazamiento forzado de sus territorios por causa de la violencia. En caso de ser desplazados por la fuerza, tienen derecho a recibir atención especial del Estado. El traslado forzado de aldeas, grupos de familias, comunidades o pueblos indígenas o tribales de sus tierras con uso de la violencia armada implica que estos pierdan siempre su integridad sociocultural y su hábitat (CIDH. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párr. 37). En palabras de la Corte Interamericana:

conforme a su jurisprudencia constante en materia indígena, mediante la cual ha reconocido que la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material,² el Tribunal considera que el

2 La Corte ha determinado que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. Ver Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. N°125, párr. 135, y Corte IDH. Caso Comunidad

desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural (...), genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas”³ por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación (Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C. N° 212, párr. 147).

Debe entenderse que ello es así sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados de tomar todas las medidas necesarias para permitir el retorno de los pueblos indígenas a sus territorios tradicionales en forma segura y con dignidad, lo cual, en el caso de los desplazamientos forzosos provocados por contextos de violencia, incluye el deber del Estado de tomar medidas para combatir la impunidad de los actores responsables de dicha violencia (Corte IDH. Caso Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C N° 124, párr. 120).

3. La excepción a la consulta previa, libre e informada

El Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas definen la consulta previa libre e informada como un derecho que, a la vez, como ya lo hemos explicado en el capítulo 2, hace de intermedio entre la tensión desarrollo vs. autodeterminación de los pueblos indígenas.

3.1. La excepcionalidad a la consulta en el Convenio 169 de la OIT

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT da el marco general de la aplicación del derecho de consulta previa a los pueblos indígenas:

Artículo 6:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de

Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 118.

3 Ver Auto 004/009 emitido el 26 de enero de 2009, Corte Constitucional de Colombia, parte 4, p. 11.

buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Se plantea la consulta con “la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento”, lo que en primera instancia y en marcos generales parece un gran avance, sobre todo al reconocimiento de autodeterminación de los pueblos indígenas; y no solo eso, sino un ensanchamiento de la participación democrática en las decisiones políticas que afecten a las comunidades. Pero el art. 6 encuentra su límite en el art. 16:

Artículo 16:

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, solo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación solo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación.
4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subsistir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.
5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

El párrafo 2 del artículo 16 claramente abre la posibilidad, de la “excepcionalidad” determinando que, cuando “excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios”, y que cuando no se pueda lograr el “consentimiento” para este traslado, “dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente”, o “prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie”. La reubicación por traslado también aparece en el párrafo 5, y también la indemnización por pérdida o daño a consecuencia de su desplazamiento, lo que quiere decir darles otra propiedad o pagarles en dinero.

3.2. La excepcionalidad a la consulta en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU

De la misma forma en que el Convenio 169 de la OIT ha trazado las líneas generales para el derecho a la consulta previa y su aplicación, tomando en cuenta la excepcionalidad a ella en forma de indemnizaciones, la Declaración de los

Derechos de los Pueblos Indígenas también enmarca de una forma más amplia el derecho a la consulta previa, acercándose más a la búsqueda del consentimiento; y más avanzado aún, el art. 8 de la Declaración plantea el derecho a no sufrir que tienen los pueblos indígenas:

Artículo 8:

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

En la misma línea, el art. 10 de la Declaración delimita la imposibilidad del uso de la fuerza en el desplazamiento de las poblaciones indígenas de sus territorios y plantea la indemnización previa y acordada entre las partes en caso de ser necesario desplazarlos:

Artículo 10:

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Sin embargo esta ampliación del derecho a la consulta con relación al Convenio 169 de la OIT encuentra las mismas limitaciones al encontrarse con la excepcionalidad, ya que el art. 28 de la Declaración plantea el “derecho a la reparación”, Veamos:

Artículo 28:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.
2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

El derecho a la reparación es un avance importantísimo si pensamos en la usurpación y despojo sistemático y genocida al que fueron sometidos los pueblos indígenas. Pero el artículo 28 no se refiere a situaciones pasadas (de reparación histórica), y más bien plantea una salvedad jurídica de reparación a través de la indemnización, que puede ser una reposición de otros territorios o puede ser “monetaria”, legalizando una forma mercantil de solución del conflicto. Estos lineamientos jurídicos se ven complementados con el art. 32 de la

Declaración:

Artículo 32:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Anotamos aquí que claramente este artículo es una connotación de la Etnicidad.gov, la consulta puesta al servicio del desarrollo, y más que un derecho de autodeterminación, se vuelve en un instrumento de negociación, que bien puede terminar como hemos visto antes, en una imposición o un desplazamiento forzado, al que se le da la posibilidad de indemnizar, o como lo dice el parágrafo 3, establecer un mecanismo “para la reparación justa y equitativa por esas actividades”. Lo que convierte la excepcionalidad en una categoría jurídica viable, en los hechos es siempre más fácil pagar indemnizaciones después de hacer megaproyectos, que buscar consentimientos.

4. La CIDH y los derechos de propiedad indígena

Está claro que una barrera de cuestiones estructurales y aspectos que tienen que ver con el desarrollo de los Estados impide generar regulaciones más precisas para la protección de los derechos de propiedad indígena en el contexto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Como resultado, se ha demostrado que los planes y proyectos de desarrollo e inversión en territorios indígenas, y las concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales, desembocan en violaciones múltiples de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo el derecho a una vida en condiciones dignas (vulnerado cada vez que los proyectos de desarrollo causan contaminación ambiental, generan efectos nocivos sobre las actividades básicas de subsistencia y afectan la salud de los pueblos indígenas y tribales que viven en los territorios donde se implementan) (CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 250). La CIDH y la Corte IDH también han declarado violaciones derivadas de

la afectación a la salud, a los sistemas de producción, la modificación de las migraciones internas, la disminución de la cantidad y calidad de fuentes de agua, el empobrecimiento de los suelos agrícolas; la disminución de la pesca, fauna, flora y biodiversidad en general, y la afectación al equilibrio que constituye la base de la reproducción étnica y cultural,

todas las cuales han ocurrido en los lugares donde las industrias mineras, madereras o de hidrocarburos desarrollan sus proyectos (CIDH. Informe de Seguimiento. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 158). Las concesiones, junto con los actos estatales relacionados con ellas, han sido consideradas como violaciones al derecho a la propiedad protegido por la Convención Americana (CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79, párr. 140k), y de otros derechos humanos (párr. 140o).

Pero mientras que se reconoce la necesidad de proteger los territorios, se reconoce, a la vez, la necesidad del desarrollo. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que “reconoce (...) la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio” (CIDH. Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 150); pero

al mismo tiempo, las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen para su bienestar físico, cultural y espiritual (párr. 150).

Planteado así, y con lo que hemos visto sobre la excepcionalidad a la consulta previa, estas “medidas adecuadas y efectivas” para garantizar que esto no se lleve a expensas de los derechos de los pueblos indígenas, bien pueden consistir en las indemnizaciones “justas”.

Respecto de los daños ambientales hacia los pueblos indígenas que se causan directamente en su territorio, o los que se derivan de los impactos de otras concesiones (CIDH. Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice, 12 de octubre de 2004, párr. 151), la Corte Interamericana ha establecido que se viola el artículo 21 de la Convención, en conjunción con el artículo 1.1, cuando el Estado emite concesiones que dañan el ambiente, y el deterioro tiene un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente, que se encuentren en todo o en parte dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal (Corte IDH. Caso del Pueblo *Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr. 154). Otros tipos de concesiones afectan no solamente los recursos naturales sobre los cuales fueron otorgadas, sino también otros recursos utilizados por los pueblos indígenas y tribales para su subsistencia y comercio; así sucede, por ejemplo, con algunas concesiones forestales y de extracción maderera, según ha explicado la Corte Interamericana en el caso *Saramaka*: “cuando se otorga una concesión maderera,

se ven afectados también una gran variedad de productos forestales no derivados de la madera, que son utilizados por los miembros del pueblo Saramaka para subsistir y comercializar” (párr. 155).

5. El tratamiento de la compensación en forma de indemnización en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

5.1. Restitución del territorio

La Corte IDH ha generado cierta jurisprudencia para la reparación en casos de violación al derecho a la propiedad, o al derecho al territorio, siempre variando según la violación detectada y su alcance específico. No obstante, en los casos de reclamación, reivindicación o solicitud de recuperación de territorios ancestrales, y en general en todos aquellos casos en que esté de por medio la pérdida de posesión del territorio ancestral, la forma preferida de reparación ha de ser la “restitución del territorio reclamado”, en particular porque esta es “la medida de reparación que más se acerca a la *restitutio in integrum*” (Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214, párr. 281). Ello constituye una manifestación de la regla según la cual los Estados están obligados a respetar y restituir los derechos a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales, “y al otorgamiento gratuito de tierras en extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas de vida” (CIDH. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 50, Recomendación 1). También refleja el precepto según el cual “una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama” (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 135). Ahora el problema reside en que muchas veces el Estado es el impulsor de los proyectos de desarrollo⁴ que involucran desplazamientos de los pueblos indígenas, entonces la compensación aparece como una salida razonable y la indemnización económica como una parte más del gasto de la inversión.

5.2. Indemnización económica en caso de pérdida del territorio

En el caso en que se asumiera que la restitución es inviable, en el marco de la tensión entre desarrollo y autodeterminación de los pueblos indígenas y el fracaso de la consulta desde la perspectiva de los generadores del desarrollo o del proyecto que involucre daño a las comunidades, la excepcionalidad opera como “una compensación que se oriente principalmente por el significado y el valor que la tierra perdida tiene para los pueblos” (CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El

⁴ Dos ejemplos muy claros de esto son los casos del TIPNIS, en Bolivia, y el de Belo Monte, en Brasil.

camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 241).⁵ Esto implicaría una entrega de tierras diferentes en compensación y la posibilidad (en el mejor de los casos) de calidad similar a la pérdida, y en criterios de la Corte Interamericana,

si el pueblo indígena así lo decide, no obstante, puede otorgarse una indemnización compensatoria en dinero o en especie; además, pueden haber daños o perjuicios adicionales por los que se les deba una reparación, incluso después de que se hayan otorgado tierras alternativas, por lo cual subsiste el derecho a obtener, en forma adicional, la indemnización correspondiente (CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 241).⁶

Con relación a lo que puede considerarse un pago por daño, cabe preguntarse si los pueblos indígenas realmente quieren ese dinero, sobre todo desde la perspectiva de su cosmovisión. Estas interrogantes surgen inmediatamente tras proseguir con esta lógica de compensaciones.

De la misma manera, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exhortado especialmente a los Estados partes de la Convención, a

que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51° período de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párr. 5, en: CIDH. Informe N° 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 130).

El Comité, en este llamado al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a manejar su territorio, está reconociendo implícitamente el procedimiento formal por el que atraviesa la CPLI. En caso de ser inviable, esto quiere decir que no es posible el consentimiento o que no se ha llegado a un acuerdo con la comunidad afectada, se procede entonces con las indemnizaciones.

En marcos muy amplios, en casos de violación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a los Estados,

reparar tanto en el ámbito individual como comunitario las consecuencias de la violación de los derechos enunciados. En este ámbito de reparación, la indemnización a ser pagada por el Estado (...) debe ser calculada conforme a los parámetros internacionales y debe

⁵ Ver, también, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 149.

⁶ *Ibid.*

ser por un monto suficiente para resarcir, tanto los daños materiales como los daños morales, sufridos con ocasión a las violaciones a los derechos humanos (...). La forma y monto de reparación debe ser acordada con los miembros de la comunidad (...) y sus representantes, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de la comunidad indígena (CIDH. Informe N° 73/04, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya (Paraguay), 19 de octubre de 2004, Recomendación 6, en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 8).

Esta recomendación es por supuesto positiva, aunque implica la imposibilidad de regresar al territorio original y un daño irreversible, y no habla de sanción, sino de indemnización negociada en favor de los pueblos indígenas, una usurpación del medio material, cultural y espiritual compensada con recursos monetarios. Mientras se plantea el respeto por una reproducción cultural, alejada del capitalismo y su cultura del consumo, la salida de la indemnización económica es una mercantilización del problema, que empuja a los pueblos indígenas a consumir en el mercado, o ¿de qué manera podrían servirles los recursos económicos sin sus territorios ancestrales? y ¿dónde quedan los demás derechos propios de los pueblos indígenas? La respuesta parece ser que a la larga no hay una compensación verdadera, por lo que analizaremos un poco más a fondo la forma que ha tomado la compensación en la jurisprudencia existente.

6. Las reparaciones en forma de indemnización

Las reparaciones tienen tanto una dimensión colectiva como una dimensión individual. La Corte IDH ha explicado que en los casos de comunidades cuyos derechos sobre el territorio ancestral sean violados, las reparaciones adquieren una especial significación colectiva; la reparación se ordena individualmente para los miembros de la comunidad, pero tiene como componente importante las reparaciones otorgadas a los miembros de las comunidades en su conjunto (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párrs. 188-189). Las reparaciones individuales son económicas, un pago monetario individual, aplicar la lógica de la expropiación; no hay que perder de vista que estamos hablando de comunidades a las que se las ha despojado de su territorio y que están en una situación de alta vulnerabilidad. Alejadas de sus medios de subsistencia tradicionales, mecanismos de consumo, relación con la naturaleza y biodiversidad, es evidente que necesitan herramientas para sobrevivir, pero la remuneración individual sin restitución colectiva de tierras es un empuje a la ruptura del tejido social de la comunidad en pos de la supervivencia personal. No está mal, comparada con la posibilidad de extinción, pero es evidente el ingreso compulsivo de los individuos de la comunidad a otros modos de vida y todo lo que implica la inserción en otro campo cultural.

Sobre la forma de medir las reparaciones, ha de cubrir los daños inmateriales causados a los pueblos por la violación de sus derechos territoriales. Según ha explicado la Corte Interamericana, “el daño inmaterial puede comprender tanto

los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia” (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 219). El problema aquí está en que si el daño infligido es medible por el sufrimiento de las víctimas y se valoran daños inmateriales (y que se supone que la falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria causa sufrimiento a los miembros de las comunidades indígenas afectadas), la solución sigue siendo mercantil y por lo tanto material, y la compensación (si no es con la restitución de sus territorios) tiende a impulsar a las víctimas a una inserción en el mercado occidental, donde el daño a la larga puede ser mayor. Para la Corte Interamericana también hay que tener en cuenta los efectos de la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto expuestos los miembros de la comunidad correspondiente como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 220). Porque mantener a una comunidad en la inseguridad respecto del reconocimiento o no del territorio implica, para estas, un sufrimiento permanente. Esta es una objetividad a la que han sido sometidos todos los pueblos indígenas desde los tiempos de la Colonia, y más aún en tiempos del liberalismo integracionista.

La especial relación entre los pueblos indígenas y sus territorios, que es la base estructural de todos los argumentos de cosmovisión y autodeterminación, ha sido tenida en cuenta por la Corte a la hora de establecer las reparaciones en casos en los que comunidades específicas se han visto desposeídas forzosamente de sus territorios. Así, en el caso *Moiwana*, la Corte consideró que el desplazamiento forzoso de la comunidad había causado daños emocionales, espirituales, culturales y económicos a sus miembros, considerando este hecho relevante para el cálculo de las reparaciones por daño inmaterial que el Estado debía otorgar (Corte IDH. Caso Comunidad *Moiwana* Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C N° 124, párr. 195c). En esta línea, y en función de aplicar la excepcionalidad, cuando la vulneración encuentra una salida legal por la indemnización esta se valora por la relación con el territorio, y su significado es relevante para fijar el monto de las indemnizaciones compensatorias:

la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general (...) implica que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad cultural y en el patrimonio cultural a transmitirse a futuras generaciones (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 203).

Para los pueblos indígenas,

la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 116).

Es por eso que si bien la indemnización puede ser una forma de reparar el daño, también puede ser visto como una “medida anticipada” cuando el desplazamiento territorial se lleva a cabo previendo la posibilidad de indemnizar, evitando por esta vía jurídica cualquier posible sanción.

En forma similar, en el caso de la comunidad Sawhoyamaya, la Corte Interamericana tuvo en cuenta, al valorar el daño inmaterial, “la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la comunidad Sawhoyamaya, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales” (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 221). El daño inmaterial es más grande al que refiere la descripción de la Corte, porque implica una extinción de la cultura, por dos razones: la primera, porque anula la forma de producción tradicional y de relacionarse con la naturaleza de esa comunidad, que al no estar en su territorio ancestral ya no es posible objetivamente; y la segunda, porque el tejido comunitario se rompe en la medida en que se migra hacia el mercado por la necesidad del consumo para su subsistencia. Estas dos descripciones que hacen a la posibilidad de la extinción de su cultura son un daño inmaterial totalmente irreparable.

7. Indemnización económica en caso de afectación de los recursos naturales del territorio ancestral

La indemnizaciones no solo han abarcado el aspecto referido al desplazamiento, sino también a los daños ambientales causados por proyectos de exploración y explotación de recursos naturales o planes de desarrollo o inversión en sus territorios y por la afectación de sus actividades básicas de subsistencia (CIDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6). “Según dispone el Convenio 169, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a recibir una indemnización por cualquier daño que pudieran sufrir como resultado de las actividades de utilización de sus recursos naturales” (CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 26). Esto quiere decir que en un arreglo contractual, las indemnizaciones son pagos por destrozar el hábitat de las comunidades, y que en caso de obtener un resultado negativo en la consulta previa, u obviándola, es posible una salida jurídica por la excepcionalidad vía indemnización.

La participación en los beneficios es una, aunque no la única, de las formas de compensación que corresponde a los pueblos indígenas en relación con la privación o limitación de su derecho de propiedad como consecuencia de la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas. Por ejemplo, en relación con aquellos planes o proyectos de desarrollo o inversión que no se traduzcan directamente en beneficios monetarios como resultado de la explotación de los recursos naturales, o que generen beneficios difusos para todos como la construcción de infraestructura que no implique destrucción de profundo impacto en la naturaleza y los recursos de uso de los pueblos indígenas, la indemnización a favor de los pueblos afectados no se traduce necesariamente en mecanismos de reparto de beneficios, sino que requerirá definir sistemas compensatorios adecuados. El problema está en que si este fuera un caso consultado previamente y los pueblos lo rechazaran, construir infraestructura pese a la negativa sigue siendo una vulneración, aunque sea posible, y la excepcionalidad es la forma de legalizar la cuestión.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece en su art. 40, en marcos generales, el derecho de los pueblos indígenas a “una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos”. Bajo esta perspectiva y directriz general, la Declaración incorpora distintas líneas en las que opera el derecho a la reparación o indemnización como compensación: “daños causados al medioambiente, a la capacidad productiva de las tierras y otros recursos naturales, y a la salud de los pueblos indígenas”.⁷ La indemnización vuelve a aparecer como mecanismo compensatorio sin cuestionar la perspectiva del desarrollo occidental, que es la que genera estos daños a las comunidades. Y sin que sea el fin perseguido por la Declaración, constituye una salida legal, vía reparación, mediante la indemnización a los afectados. Lo importante de estas líneas jurídicas que traza la Declaración radica en que la formulación amplia de estas disposiciones sugiere que el deber de reparación es aplicable no solo al impacto negativo de actividades llevadas a cabo por las autoridades del Estado, sino también por empresas comerciales u otros actores privados como las transnacionales. Enfatiza que, en este último tipo de casos, los Estados tienen la obligación de asegurar que existan mecanismos efectivos y accesibles de reparación.

Se ha generado también derechos de los pueblos indígenas a participar en la medición de los daños ambientales causados por tales proyectos, así como en la determinación de los impactos sobre sus actividades básicas de subsistencia (CIDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6).⁸ En la misma medida se plantea el derecho de los pueblos indígenas a participar en el proceso de cuantificación de la indemnización por los daños causados por proyectos de exploración y

7 Declaración de Naciones Unidas, art. 20.2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa; art. 29.2 3. “[Los Estados deben] garantizar (...) que se apliquen debidamente programas de (...) restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados” por el almacenamiento de productos tóxicos en sus territorios; art. 32.2. “Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa” de los daños causados por las actividades de inversión o desarrollo.

8 Ver, también, CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 6.

explotación de recursos naturales en sus territorios, según sus propias prioridades de desarrollo (Recomendación 5). Por prioridades de desarrollo se entiende que serán parte de algún convenio de ganancia o de indemnización que les permita enajenar alguna forma de valor cultural (Etnicidad SA) o alguna forma de potenciar la producción de algún producto para su comercialización, pero por muy beneficioso que sea, esto no implica remediar el daño al medio ambiente y al territorio.

En esta línea, los Estados tienen la obligación internacional de garantizar su participación en el proceso de determinación de la indemnización (CIDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 5). A este respecto, los Estados deben dar respaldo para que en el marco de los procedimientos de CPLI “se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo” (Recomendación 5). Por lo que existe una doble dimensión del desarrollo, por un lado el desarrollo macro por el cual se afecta al territorio indígena y, por el otro, el desarrollo de la comunidad, entendida como su inserción en ese proceso.

Las formas de indemnización por daño ambiental han sido también parte de la exigencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y se ilustran con las decisiones de los órganos interamericanos sobre reparaciones en casos de violación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Frente a este tipo de violaciones en general, la CIDH, ha recomendado a los Estados

reparar tanto en el ámbito individual como comunitario las consecuencias de la violación de los derechos enunciados. En este ámbito de reparación, la indemnización a ser pagada por el Estado (...) debe ser calculada conforme a los parámetros internacionales y debe ser por un monto suficiente para resarcir, tanto los daños materiales como los daños morales, sufridos con ocasión a las violaciones a los derechos humanos (...). La forma y monto de reparación debe ser acordada con los miembros de la comunidad (...) y sus representantes, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de la comunidad indígena (CIDH. Informe N° 73/04, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, Paraguay, 19 de octubre de 2004, Recomendación 6, en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146, párr. 8).

Por lo que la excepcionalidad a la consulta es previsible, sobre todo cuando ya se prevén presupuestos indemnizatorios que también son parte de las recomendaciones que hace la CIDH.

En la sentencia sobre el caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam, la Corte Interamericana consideró, al fijar la indemnización por los daños materiales, que

se extrajo una cantidad considerable de madera valiosa del territorio del pueblo Saramaka sin antes consultarle o brindarle una indemnización (...). Además, la prueba del caso indica que las concesiones madereras que otorgó el Estado causaron gran daño a la propiedad en el territorio ocupado y utilizado tradicionalmente por el pueblo Saramaka (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr. 199).

Es importante observar el contenido del fallo en lo que refiere a “sin antes consultarle o brindarle una indemnización”, lo que quiere decir que es aceptable si las indemnizaciones son previstas en el proyecto de desarrollo con anticipación al reclamo efectivo de los pueblos indígenas. La Corte IDH ordenó una indemnización monetaria para el pueblo por los daños materiales causados directamente por estas actividades. Pensando en la tensión planteada entre desarrollo y autodeterminación de los pueblos indígenas, aquí la balanza se inclina por el desarrollo, ya que con la capacidad adquisitiva del dinero dado por la indemnización no se repone el daño. No cuestiono aquí lo bueno que pueda hacer la comunidad con ese dinero, sino lo inevitable de la dispersión cultural por el daño y la afectación a todos los demás derechos reconocidos a los pueblos indígenas que dejan de tener validez al reducir la resolución del conflicto a un intercambio monetario (no quiere decir que ese sea el objetivo de la Corte, sino que los marcos jurídicos permiten que así sea).

En la misma sentencia sobre el caso del pueblo Saramaka, la Corte Interamericana consideró, al fijar la indemnización por los daños inmateriales:

la Corte describió el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo Saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no solo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto de la conexión espiritual que el pueblo Saramaka tiene con su territorio (...). Asimismo, existe prueba que indica el sufrimiento y la angustia que el pueblo Saramaka ha atravesado como resultado de una larga y continua lucha por el reconocimiento legal de su derecho al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado durante siglos (...), así como la frustración respecto del sistema legal interno que no los protege contra violaciones a dicho derecho (...). Todo ello constituye una denigración de sus valores culturales y espirituales. La Corte considera que el daño inmaterial que estas alteraciones causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo Saramaka les da el derecho de obtener una justa indemnización (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr. 200).

Anoto esta parte para resaltar que evidentemente se expone una gran e importante descripción sobre la gravedad del daño que sufre un pueblo indígena, vinculado a todos sus derechos colectivos e individuales y por consiguiente a sus derechos humanos; y aun así, se pretende reparar por vía de la indemnización mercantil, y por lo tanto occidental, cuestiones estructurales que tienen que ver con otro tipo de lógicas, vinculadas con su cosmovisión y relación con la naturaleza, lo que implica una gran contradicción.

El párrafo 194d de la sentencia de la Corte en el caso Saramaka, plantea la determinación de los beneficiarios de la justa compensación en relación con proyectos de desarrollo e inversión en el territorio Saramaka:

deberá ser hecha en consulta con el pueblo Saramaka y no unilateralmente por el Estado. En todo caso, (...) “tales asuntos pueden ser discutidos y analizados durante el proceso de consulta y el proceso de búsqueda de acuerdos sobre las medidas legislativas y administrativas requeridas para, *inter alia*, dar efecto al requisito de compartir beneficios” (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la

Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C N° 185, párr. 25).

La Corte IDH precisó que:

todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo Saramaka, así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la “justa indemnización” que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo Saramaka de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales, y según lo ordenado por el Tribunal en la Sentencia (Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C N° 185, párr. 27).

Esto abre una doble posibilidad: por un lado, hacia la indemnización negociada o beneficios compartidos, que significa un contrato entre las partes (muy difícilmente que ocurra así) y, por otro lado, la indemnización impuesta como solución del conflicto, cuando no se ha alcanzado el consentimiento vía consulta, como lo hemos visto más atrás.

8. Términos generales de medición de la indemnización

Los términos de la indemnización compensatoria por limitaciones del derecho de propiedad territorial indígena han sido, en términos generales, que esta debe ser igual a la que recibiría un propietario privado. El Banco Mundial, en su política operacional sobre pueblos indígenas, estipula que deberán recibir,

de manera apropiada desde el punto de vista cultural, los beneficios, indemnizaciones y derechos a un debido proceso, equivalentes, cuando menos, a los que tendría derecho cualquier propietario con pleno título legal sobre la tierra en caso de que sus tierras fueran sometidas a explotación comercial (Banco Mundial, Política Operacional OP 4.10, párr. 18);

mientras que algunas constituciones, sobre todo aquellas que han alcanzado el constitucionalismo plurinacional como hemos visto en el capítulo 2,⁹ delimitan como no enajenables, inalienables e imprescriptibles a los territorios comunitarios reconocidos (claro que no a todos), lo que implica un valor inmensurable en términos económicos. Para la línea de desarrollo del Banco Mundial, los territorios deben ser tasados en su valor de propiedad privada, lo que indica una inclinación por el desarrollo en territorios indígenas por parte de este órgano internacional.

9 Las Constituciones de Bolivia, Ecuador y la jurisprudencia de la Corte Colombiana.

9. La indemnización en la lógica del desarrollo capitalista

Debemos distinguir las reparaciones, como forma de compensación histórica a las comunidades indígenas, de las indemnizaciones por daños y desplazamiento provocado por los proyectos de desarrollo y de explotación de recursos que usurpan sus territorios. Para el inversionista, ya sea el Estado, una empresa transnacional o ambos, las indemnizaciones son un costo más a la hora de planificar sus proyectos sobre el territorio en cuestión. La indemnización económica (monetaria), como hemos visto, es una constante a la hora de resarcir daños bajo la jurisprudencia internacional y equivale a un intercambio de mercancías en el mercado, y son consecuencia del desplazamiento forzado o del daño al hábitat de las comunidades que altera su supervivencia y su reproducción cultural, y por su carácter legal, tiende a ser una salida económica que permite vulnerar todos los demás derechos de los pueblos indígenas.

La consulta tiende a ser una opción administrativa para conseguir consentimiento que puede resultar favorable o no a quien la impulsa. Así, la excepcionalidad que opera a través de la indemnización a los pueblos afectados es una opción; y por supuesto, la consulta es una buena herramienta para generar cierta legitimidad, pero no es vinculante. El cuerpo normativo relacionado con “la mercantilización del sistema neoliberal se ha ido perfeccionando cuantitativa y cualitativamente, a la vez que el control de las grandes empresas se ha ido vinculando con los sistemas voluntarios y unilaterales que han ido penetrando en las instituciones internacionales” (Zubizarreta y Ramiro, 2009). Si el capitalismo en general está en pleno ensanchamiento, entonces la excepcionalidad a la consulta es una herramienta en ejercicio, que permite encontrar una salida legal al conflicto, vista desde los inversores.¹⁰

El argumento utilizado por los inversores es que “los pueblos indígenas son atrasados y se oponen al progreso, y de que se contraponen el derecho de los pueblos indígenas con el interés nacional” (Deocón, 2006: 3). Este discurso fue contundente sobre todo en el período neoliberal, pero después de más de treinta años de políticas de este corte, no parece que toda esta modernización forzada de nuestras sociedades esté sirviendo para paliar las desigualdades y resolver los conflictos sociales. Y, en ese sentido, lo que se continuará demandando es sencillamente el derecho de los pueblos indígenas a decidir sobre su propio futuro.

10 Con todo ello, se hace evidente la profunda asimetría que existe entre los derechos de las empresas transnacionales, que se protegen mediante los “múltiples acuerdos que forman el nuevo Derecho Corporativo Global que se concreta en una serie de normas y acuerdos bilaterales, multilaterales y regionales promovidos desde instancias como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, y sus obligaciones a nivel ambiental, laboral y social, que en buena medida se dejan en manos de la ética empresarial y de los acuerdos voluntarios”. Dicho de otro modo: mientras la seguridad jurídica de los contratos y de los negocios de las compañías transnacionales se tutela desde la fortaleza de la *lex mercatoria*, la ciudadanía no dispone de sistemas normativos y de mecanismos de control eficaces para verificar el cumplimiento de los derechos humanos (Hernández Zubizarreta, 2009).

10. La indemnización en la lógica de la autodeterminación de los pueblos indígenas

El Foro Social Mundial de 2009 en Belén, Brasil, reunió a pueblos indígenas de todo el mundo, a la cabeza del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas y a todas las organizaciones regionales.¹¹ Allí se concluyó con el más importante documento de definición sobre la perspectiva de los pueblos indígenas, cuyo texto manifiesta la “lucha global por la Madre Tierra contra la mercantilización de la vida”, y define:

Esta crisis de modelo de desarrollo capitalista, eurocéntrico, machista y racista es total y nos lleva a la mayor crisis socioambiental climática de la historia humana. La crisis financiera, económica, energética, productiva agrava el desempleo estructural, la exclusión social, la violencia racista, machista y fanatismo religioso, todo junto a la vez. Tantas y tan profundas crisis al mismo tiempo configuran una auténtica crisis civilizatoria, la crisis del “desarrollo y modernidad capitalista” que ponen en peligro todas las formas de vida. Pero hay quienes siguen soñando con enmendar este modelo y no quieren asumir que lo que está en crisis es el capitalismo, el eurocentrismo, con su modelo de Estado Uninacional, homogeneidad cultural, derecho positivo occidental, desarrollismo y mercantilización de la vida.

Esta postura política identifica al desarrollo capitalista como el enemigo de la vida de los pueblos indígenas, quienes tienen otra forma de ver el mundo y otra forma de relacionarse con la naturaleza. Frente al desarrollo y la explotación indiscriminada de recursos naturales, ellos plantean:

Los pueblos indígenas originarios practicamos y proponemos: la unidad entre Madre Tierra, sociedad y cultura. Criar a la Madre Tierra y dejarse criar por ella. Crianza del agua como derecho humano fundamental y no su mercantilización. Descolonialidad del poder con el “Mandar obedeciendo”, autogobierno comunitario, Estados plurinacionales, autodeterminación de los pueblos, unidad en la diversidad como otras formas de autoridad colectiva. Pertenece a la Madre Tierra no somos dueños, saqueadores, ni vendedores de ella y hoy llegamos a una encrucijada: el capitalismo imperialista ha demostrado ser no solo peligroso por la dominación, explotación, violencia estructural sino también porque mata a la Madre Tierra y nos lleva al suicidio planetario, que no es ni “útil” ni “necesario”.

11 Belem do Pará, 1º de febrero del 2009: 1. CAOI, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas 2. ECUARUNARI, Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador 3. ONIC, Organización Nacional Indígena de Colombia 4. CONACAMI, Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería 5. CONAMAQ, Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qollasuyu (Bolivia) 6. ONPIA, Organización Nacional de Pueblos Indígenas de Argentina 7. Parlamento Mapuche (Chile) 8. Convergencia Nacional Maya Wakib Kej 9. ANAMEBI, Asociación Nacional de Maestros en Educación Bilingüe del Perú 10. Consejo Nórdico Same 11. CONAIE, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador 12. CONIC, Coordinadora Nacional Indígena y Campesina 13. CONAVIGUA, Coordinadora Nacional de Viudas de Guatemala 14. CUC, Comité de Unidad Campesina de Guatemala 15. Consejo de Pueblos de la Comunidad San Marcos 16. ARPI, Asociación Regional de Pueblos Indígenas de la Selva Central (Perú) 17. MCP, Movimiento Cumbre de los Pueblos 18. CAH, Consejo Aguaruna y Huambisa 19. CRIC, Consejo Regional Indígena del Cauca 20. AICO, Autoridades Indígenas de Colombia 21. OPIAC, Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana 22. Organización Indígena Kankuamo 23. CRIDEC, Consejo Regional Indígena de Caldas 24. OIA, Organización Indígena de Antioquia 25. ORIVAC, Organización Regional Indígena del Valle del Cauca 26. CNA, Confederación Nacional Agraria 27. FDCC, Federación Departamental Campesina del Cusco 28. Lucha Indígena 29. Agencia Internacional de Prensa Indígena (México) 30. FNMBMS, Fed. Nacional de Mujeres Campesinas Originarias Bartolina Sisa (Bolivia) 31. Red Juvenil TINKUY 32. Frente de Defensa y Lucha Campesina y Mapuche de la Patagonia (Argentina) 33. Mesa Nacional Indígena de Costa Rica 34. Coordinadora del Pueblo Chorotega (Nicaragua).

Claramente estamos ante otra forma de entender la vida, y en la perspectiva de sus demandas por la autodeterminación sobre su vida en su territorio, la consulta es un filtro para la aceptación o negación de algún tipo de intervención por parte de agentes externos a la comunidad en el territorio; por lo tanto, la indemnización es solo una forma mercantil de legalizar la usurpación, cuando esta no cuenta con aceptación previa. La excepcionalidad opera aquí como la salida jurídica a la negación en la consulta, y termina siendo una ventana para vulnerar todos los derechos: No solo eso; determina una forma capitalista de reparación, que en esta perspectiva de los pueblos indígenas es contraria a la lógica de sus percepciones, por lo que no es una reparación propiamente dicha. Así, la excepción a la consulta es un enclave jurídico que permite esta vulneración mediante esa figura jurídica, vía indemnización.

CONCLUSIONES

La autodeterminación de los pueblos indígenas, que en su máxima expresión es la facultad de potestad pública dentro de su territorio, es el reclamo permanente de las comunidades indígenas desde los tiempos de la Colonia; las repúblicas se fundaron bajo el criterio de la unificación estatal a partir de crear y forjar la nación. En ese sentido, el monismo unitario se impuso en todos los campos de la organización estatal, siempre bajo una jerarquización que dejaba a los pueblos indígenas por debajo de la condición de ciudadano, y por lo tanto como lo último en la cadena del ordenamiento social. El monismo jurídico como la implantación de un sistema jurídico único y con normas generales a todo el territorio, fue el sostén formal para imponer la propiedad privada de las elites por sobre territorios comunitarios y el desplazamiento y la aniquilación de los pueblos que en ellos se encontraban. Esto fue una constante, que por supuesto trajo consigo una resistencia tenaz de los pueblos. No es sino hasta la segunda mitad del siglo XX que los pueblos indígenas empiezan a ser visibilizados como sujetos políticos independientes que exigen sus propias demandas de reconocimiento de derechos sociales, culturales y, sobre todo, territoriales.

Las dimensiones de explotación de los territorios por supuesto se configuraron en diferente magnitud tras el crecimiento del capital transnacional, y su entrada en los estados periféricos. Junto con ello, la aparición de organizaciones internacionales de pueblos indígenas, y su presión ante los foros internacionales así como en los organismos multilaterales, tras décadas de lucha movilizadora, posibilitan el Convenio 169 de la OIT. Una de las mayores aspiraciones en la demanda de los pueblos indígenas es su consentimiento, antes de cualquier irrupción en su territorio por parte de agentes externos, asumiendo que estos territorios están reconocidos (esta sería la primera lucha).

El Convenio 169 de la OIT reconoce la versión más débil del consentimiento que es la consulta previa libre e informada, debido a las posturas conservadoras tanto de Estados como de empleadores. Sin embargo la consulta como mecanismo jurídico ha demostrado ser el centro de la tensión entre el desarrollo capitalista, venga este de Estados, empresas transnacionales o locales, y la autodeterminación política, social y cultural que aspiran los pueblos indígenas tener dentro de sus territorios. Este centro de la tensión opera un poco más para un lado (desarrollo) o para el otro (autodeterminación), según el reconocimiento constitucional

interno que tenga un determinado Estado, así como por la voluntad política de los actores en cuestión, sobre todo los gobiernos nacionales.

Tanto en la Etnicidad SA como en la Etnicidad.gov, existe un paralelismo en la perspectiva de análisis de la cuestión de los pueblos indígenas en lo que refiere a una pugna de intereses entre el capitalismo y la autodeterminación de los pueblos indígenas: mientras que la primera ve la forma en que el mercado ingresa enajenando y alienando dentro de las comunidades, la segunda ve las formas jurídicas que ha tomado este proceso. La Etnicidad SA es también una forma de entender el sistema de cooperativismo que han tomado muchos pueblos indígenas en nuestra región, para organizarse como empresa y poder vender en forma de mercancía diferentes productos o espectáculos culturales, con el toque de la identidad originaria. La Etnicidad.gov es el marco teórico más importante sobre derechos de los pueblos indígenas (y afrodescendientes), la gobernanza, la forma en que los Estados y poderes judiciales han abordado la problemática y nos permite tener un mapeo de los resultados de estos procesos en toda América Latina.

La excepcionalidad a la consulta previa es un mecanismo jurídico que permite anular el proceso de consulta y determina una solución mercantil a través de las indemnizaciones. Para el desarrollo capitalista y los inversionistas, sean el Estado, una empresa local o transnacional, el costo de la indemnización (monetario o con otras tierras) es parte del costo de inversión, porque engrana con la lógica de las expropiaciones y del costo-beneficio. Una solución mercantil y el despojo del territorio a una comunidad significan la anulación sistemática de todos los demás derechos conquistados por ellos y reconocidos en el derecho internacional y nacional. Mientras que para la lógica o cosmovisión occidental la reparación económica tiende a ser una solución racional y justa, para una comunidad que tiene otra lógica y otra cosmovisión de su relación con la naturaleza y la vida, lejos de la cultura del consumo, una indemnización monetaria no significa una reparación verdadera. Pero hemos visto, tanto por la línea de algunas legislaciones y por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH, que la excepcionalidad a la consulta y la solución por indemnización es una forma legal de cierre del conflicto, al menos en lo formal.

Tanto la jurisprudencia de la Corte IDH o los informes de la CIDH han demostrado un constante empuje hacia la búsqueda del consentimiento, superando los parámetros de la consulta. Pero mientras la propia normativa internacional y los marcos más generales, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, tal como lo hemos visto, tengan incorporada la forma legal de la excepcionalidad, esta sigue operando como una forma de solución mercantil del conflicto. Los desplazamientos forzados o los daños medioambientales que impiden la supervivencia de una comunidad son actos genocidas, porque suprimen los aspectos comunitarios de relacionamiento social y anulan todo un sistema cultural que los pone en peligro de extinción física, no solo porque se les despoja de sus medios de supervivencia, sino porque son empujados a un mundo totalmente ajeno, donde la única forma de incorporarse es ingresando al mercado de fuerza de trabajo, en el último peldaño de la jerarquización y explotación social.

BIBLIOGRAFÍA

- Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid, Trotta.
- Arocena, J. (1995). *El desarrollo local: Un desafío contemporáneo*. Caracas, Nueva Sociedad.
- Comaroff, J. L. y Comaroff, J. (2011). *Etnicidad S.A.* Buenos Aires, Katz Editores.
- Cardoso, F. (1980). “El desarrollo en el banquillo”, *Comercio Exterior*, Vol. 30, Nº 8.
- Cruz, A. (2010). *Pueblos Originarios en América*. Madrid, Aldea.
- Custodio, Á. (2013). “Epistemología del desarrollo, América Latina y las teorías de la CEPAL”, *Rebellion.org*.
- Deocón, C. (2006). “Resolución de conflictos y pueblos indígenas”, en Berraondo, M.: *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, Universidad de Deusto.
- Díaz, Á. (1996). Chile *¿hacia el postneoliberalismo?* Informe presentado en la conferencia sobre respuestas de la sociedad civil al ajuste neoliberal. Austin, University of Texas.
- Gallicchio, E. y Winchester, L. (2003). *Territorio local y desarrollo. Experiencias en Chile y Uruguay*. Santiago de Chile, Ediciones SUR/CLAEH.
- García Linera, A. (2012). *Geopolítica de la Amazonia, poder hacendal patrimonial y acumulación capitalista*. La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional.
- Gonzáles, E. y Pedro, R. (2009). *Multinacionales en América Latina*. Madrid, Aldea.
- Hall, G. y Patrinos, H. A. (2005). *Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina: 1994-2004*. Washington, Banco Mundial.
- Harvey, N. (2002). “Rebelión en Chiapas: reformas sociales, radicalismo campesino y límites del salinismo”, en Viqueira, J. P. y Ruz, M. H.: *Chiapas, los rumbos de otra historia*. México, UNAM.
- Hernández Zubizarreta, J. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los Derechos Humanos: Historia de una asimetría normativa*. Bilbao, Hegoa y OMAL.
- Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. (2009). *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*. Barcelona, Icaria.
- Irigoyen Fajardo, R. (2011). “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez, C. (coord.): *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- López Austin, A. (2001). “La religión, la magia, la cosmovisión”, en *Historia Antigua de México IV*, México, INAH-UNAM-M.A, Porrúa.
- Mariátegui, J. C. (1928). *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima, Amauta.

- Portes, A.** (2001). *El neoliberalismo y la sociología del desarrollo: tendencias emergentes y efectos inesperados*. Bogotá, ILSA.
- Rodríguez Garavito, C.** (2012). *Etnicidad.gov los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- (2013). “Redistribución con reconocimiento”, en *El derecho las desigualdades estructurales y la justicia étnico-racial en América Latina*. Buenos Aires, ILADD.
- Rostow, W. W.** (1963). *Las etapas del crecimiento económico*. Paris, Seuil.
- Santos Sousa de, B.** (1998). *De la mano de Alicia, lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- (2010). *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá, Uniandes y Siglo del Hombre.
- Santos Sousa de, B. y Rodríguez Garavito, C.** (2007). “Más allá de la gobernanza neoliberal”, en *El derecho y la globalización desde abajo*. Barcelona, Anthropos.
- Taylor, C.** (1993). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Terranuova** (2008). *Organización y liderazgo para la participación, Pueblos indígenas de la amazonia peruana*. Perú, Edición Terranuova.
- Touraine, A.** (1998). *Crítica a la Modernidad*. Bogotá, Fondo de Cultura Económica.
- Zizek, S.** (2005). “Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional”, en Jameson, F. y Zizek, S.: *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Buenos Aires, Paidós.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH.** Caso Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C N° 124.
- Corte IDH.** Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N° 125.
- Corte IDH.** Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N° 146.
- Corte IDH.** Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172.
- Corte IDH.** Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N° 185.
- Corte IDH.** Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C N° 212.
- Corte IDH.** Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N° 214.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999.

CIDH. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev. 2 de junio de 2000.

CIDH. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001.

CIDH. Informe N° 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002.

CIDH. Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.

CIDH. Informe N° 73/04, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya (Paraguay), 19 de octubre de 2004.

CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007.

CIDH. Informe de Seguimiento. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009.

CIDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.

Sentencias Constitucionales

Corte Constitucional de Bolivia, sentencia 0045 de 2006.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-652/1998.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-769/2009.

Corte Constitucional de Colombia Auto 004/009 2009.

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Sentencia 1179-2005.

Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 05427 2009 PC/TC.

Pronunciamientos institucionales

BID (2006). Política Operativa para los pueblos indígenas.

OIT (1985). Programa y Presupuesto del bienio 1986/1987: 60° ejercicio económico.

ONU (1997). Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 51° período de sesiones. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

— (2001). Relatoría especial sobre los derechos de los pueblos indígenas “Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio”. Informe del Secretario General, Anaya James.

PNUD (1994). Informe Desarrollo Humano: del Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo.

LA IDENTIDAD LGBTI

Contexto individual y familiar
a través de las instituciones jurídicas del
Ecuador y la Argentina

CHRISTIAN ALEXANDER PAULA AGUIRRE

Tutora: Carolina Von Opiela

INTRODUCCIÓN

La construcción binaria del cuerpo y la sexualidad entre hombres y mujeres, heterosexuales y no heterosexuales, tiene su origen en el Estado liberal y se sustenta en el establecimiento de un régimen de patriarcado basado en la subordinación de la mujer frente al hombre, pero sobre todo en el establecimiento de una concepción de un estereotipo de mujer y hombre y su orientación sexual. Este sistema debe ser entendido como un conjunto de discursos, lenguajes, prácticas y formas de circulación del poder, que ubican a los hombres como centro de la vida social.¹

Lo que ha formado el *patriarcado* de manera cultural y política es un estereotipo de persona condicionado a un sexo definitivo, arraigado a la heterosexualidad y que legitima la dominación de los hombres sobre las mujeres.² Esta identidad se complementa desde la visión adulta, heterosexual y mestiza asumiendo que las diferencias de estos rasgos son débiles, es decir, femeninos.³ El patriarcado vigente tiene raíces norteamericanas, capitalistas, y contextualiza al dominio del poder al hombre heterosexual en la esfera pública y privada con las características que se mueven en el mercado: agresividad, competencia y ansiedad. Los hombres, para encasillarse en el modelo patriarcal, deben acumular símbolos culturales que visibilicen virilidad y realizar acciones que denoten esta apropiación desde lo heterosexual.⁴

Los valores mencionados fueron normalizados e implantados como “verdades absolutas”. Uno de estos valores es la *naturalidad de la heterosexualidad*, que se fue estableciendo a través de varios procesos políticos con varios resultados,

1 Amelia Valcárcel. *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Santiago de Chile, Naciones Unidas-CEPAL, 2001, p. 8.

2 Mauricio Menjivar. *Guía Metodológica para el Trabajo Sobre Masculinidad*. San José de Costa Rica, OEA, 2001, p. 43.

3 Álvaro Campos. *Así aprendimos a ser hombres*. San José de Costa Rica, Oficina de Seguimiento y Asesoría de Proyectos OSA, S.C., 2007, p. 20.

4 Michael Kimmel S. “Homofobia, temor, vergüenza y silencio en la Identidad masculina”, en Teresa Valdés y José Olavarría: *Masculinidad-es Poder y Crisis*. Santiago de Chile, FLACSO-Chile, 1997, pp. 50-51.

generando así conceptos y estándares de tratamiento para la población de lesbianas,⁵ gays,⁶ bisexuales,⁷ trans⁸ e intersex.⁹

Existen tres enfoques teóricos que constituyen la epistemología sexual de occidente¹⁰ y que se refieren a cómo el patriarcado se ha encargado de dominar el poder y controlar al sexo y la sexualidad mediante sistemas políticos: el régimen disciplinario, régimen soberano y régimen fármaco-pornográfico. Los dos primeros se sustentan en una lectura de Michel Foucault¹¹ y Thomas Laqueur,¹² mientras que la tercera toma las teorías de Judith Butler.¹³

El *régimen disciplinario* toma fuerza a partir del siglo XVII; la *biosexopolítica* se enfoca en la producción y control del sexo y la sexualidad mediante un sistema de diferencias sexuales basadas en la retórica científico-técnica. Judith Butler afirma que el género es performativo, es decir que se confunde con un signo de la verdad propia de la persona. El género está condicionado por normas obligatorias dentro de marco binario.¹⁴ La idea de naturalidad de la masculinidad y feminidad son construcciones sociales producidas con un objetivo reproductor de la sexualidad e influyen en la vida para controlarla según determinados patrones.

Este régimen orienta la sexualidad a la reproducción de la especie imponiendo reglas como la represión de la masturbación, la invención de las identidades sexuales hétero y la diversidad sexual, normalizando la primera y patologizando

5 Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos y Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Orientación Sexual Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes*, OEA/Ser. G CP/CAJP/INF. 166/12, 2012, p. 4: "Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. De la información recibida por la Comisión se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar el uso y referencia a los términos lesbiana (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y gay o gai (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina)".

6 *Ibid.*

7 *Ibid.* Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

8 *Ibid.* Este término paragua —que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones— es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.

9 *Ibid.*, párr. 13: Desde la perspectiva del sexo, además de los hombres y las mujeres, se entiende que se alude también a las personas intersex. En la doctrina se ha definido la intersexualidad como "todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente". Históricamente, la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace "con 'ambos' sexos, es decir, literalmente, con pene y vagina". Estas expresiones también se han reflejado en el lenguaje jurídico y en el lenguaje médico. En la actualidad, tanto en el movimiento social LGTBI como en la literatura médica y jurídica, se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado.

10 Beatriz Preciado. *TestoYonki*. Madrid, Espasa Calpe, 2008, p. 58.

11 Michael Foucault. *Historia de la Sexualidad y La voluntad del saber*. Madrid, Siglo XXI, 1998.

12 Thomas Laqueur. *La construcción del cuerpo y género desde los griegos hasta FREUD*. Madrid, Cátedra, 1994.

13 Beatriz Preciado, *op.cit.*

14 Judith Butler. *Performatividad, Precariedad y Políticas Sexuales*. California, University of California, 2009. Disponible en: <http://www.aibr.org/antropologia/04v03/criticos/040302.pdf>. Fecha de acceso: julio de 2014.

la segunda.¹⁵ De esta manera, se afianza la idea del cuerpo reproductor como propiedad del *pater familias* (figura del derecho romano), del Estado y de Dios. Los dispositivos biosexopolíticos disciplinarios están dirigidos a naturalizar una estética de la diferencia sexual y de las identidades sexuales estableciendo una producción de la subjetividad sexual mediante arquitecturas exteriores del cuerpo (rol masculino o femenino heterosexual), asimilando el placer de la sexualidad como algo maléfico y a la homosexualidad como antinatural.¹⁶

Simultáneamente, surge el *régimen soberano*, que se caracteriza por las imposiciones del *biopoder*, descrito como la forma de poder productor y difuso: una *sociedad disciplinaria* que calcula técnicamente la vida en términos de población e interés nacional. Este poder opera mediante el dominio de lo jurídico, especialmente a través de lo punitivo, apoderándose del cuerpo humano.¹⁷

El *biopoder* se expande a través de una lógica *monosexual*, que consiste en la reproducción de un modelo de supremacía entre seres humanos, denominada por la masculinidad hegemónica, elevando la figura del hombre y los rasgos asignados a este como herramienta de represión sexual natural. El empoderamiento del hombre y de lo masculino se evidencia en una dualidad en donde el hombre pertenece a lo público con virtudes activas, mientras que la mujer y lo femenino es localizado en lo privado con virtudes pasivas.¹⁸ Estos encasillamientos de actividades entre hombres y mujeres responden a la división sexual del trabajo, con estereotipos de género que se manifiestan a través de la colocación de los hombres, y lo asociado a lo masculino, en actividades y espacios públicos de poder, mientras que a la mujer y lo femenino, a labores de complemento, débiles y de sumisión dentro de espacios privados.¹⁹ Este sistema binario se naturaliza a través instrumentos ginecológicos, la invención de la ortopedia sexual, las formas de representación de la masculinidad y feminidad en las artes y la comunicación, el desarrollo de técnicas de introspección y confesión, de la gestión del comercio sexual, entre otros.²⁰

El tercer sistema es el *régimen fármaco-pornográfico*. Este surge luego de la Segunda Guerra Mundial. Como base ideológica de estas prácticas, aparece la invención de la categoría de *género* en 1947 como un rasgo sintético, maleable y performativo (según la teoría de Judith Butler). En este sentido, se implanta una *lógica polisexual* con un sistema de semejanzas y diferencias sintéticas. Esta categoría desplaza al sexo, diseñando una distinción entre *biosexo* y *tecnosexo*, que a su vez distingue el *biocuerpo* del *tecnocuerpo*.²¹ Esta subjetividad es

15 Beatriz Preciado, *op.cit.*, p. 58.

16 *Ibid.*, pp. 56-57.

17 *Ibid.*, pp. 52-53.

18 *Ibid.*

19 Linda McDowell. "La Definición del Género", en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (comps.): *El Género en el Derecho*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 3-32; 7-13.

20 Beatriz Preciado, *op. cit.*, p. 57.

21 *Ibid.*, p. 33: "Tecnocuerpo: cuerpo no reducido a un cuerpo prediscursivo, ni tiene sus límites en la envoltura carnal que la piel bordea. Esta vida no puede entenderse como un sustrato biológico fuera de los entramados de producción y cultivo propios de la tecnociencia. Este cuerpo es una entidad tecnoviva multi-conectada que incorpora tecnología".

producida por la industria de farmacéutica (métodos anticonceptivos, hormonales y testosterona) y por la lógica masturbatoria (pornografía), y tiene por objetivo controlar el cuerpo y la sexualidad humana desde un tipo de perspectiva más invasiva,²² que a su vez es directa y subliminal: si bien la sexualidad no sigue siendo un tabú como práctica de deseos y placeres, esta sigue estando regularizada desde la perspectiva reproductora heterosexual.²³ La politización del sexo y la sexualidad con objetivos de dominio y control del cuerpo con fines reproductores desde lo heterosexualidad (reflejado en los tres sistemas mencionados), ha permitido el castigo y la represión contra el colectivo LGBTI estigmatizándolos como enfermedad o delito.

Si bien desde las teorías *queer* y la teoría contrasexual²⁴ se aprecia una idea de rechazo a la sumisión de los derechos de la población LGBTI a las normas vigentes, es necesario, como un primer paso para la visibilidad y la garantía del derecho a la identidad de la población LGBTI, el rescatar la igualdad de tratamiento desde la arquitectura construida desde el binarismo. Existe un gran sistema de control de la vida que impide que drásticamente el poder binario y heterosexual de la vida se derrumbe; el reto de la nueva *sexopolítica* será, entonces, el adentrarse en las instituciones jurídicas y sociales que regulan la vida heterosexual, para que a partir de ahí se puedan evidenciar las necesidades particulares en ejercicio de derechos de la población LGBTI, y desde ese punto lograr que el sistema se quiebre para que se transforme y para dejar de someter a la sociedad a un constante sexualización reproductora del cuerpo.

En 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) quitó a la homosexualidad de la *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud*, lo que trajo sin dudas un cambio total en la concepción de la sexualidad en el espacio público. Después de que la no heterosexualidad fuera considerada como parte de la esencia humana, comenzaron procesos de derogación o inconstitucionalización de los tipos penales que sancionaban la identidad LGBTI. El primer obstáculo fue el reconocimiento en lo público como “normal”, lucha que hasta en la actualidad no está saldada.

A pesar de varios obstáculos sociales y de lidiar con los estigmas y estereotipos, desde 1990 la población LGBTI es visible en el espacio público sin mayores complicaciones. Como ejemplo de esto, podemos señalar los *Días del Orgullo LGBTI*, en el que toda la población LGBTI de los países en donde la identidad no está sancionada, deja la privacidad para expresar libremente su sexualidad e identidad de género en las calles, lo que es símbolo de rebeldía, protesta y reivindicación. Además, en la actualidad existen personalidades públicas que hacen visible su orientación sexual o identidad de género, sin tener mayores problemas con ello. Queda pendiente el problema de la toma del espacio público en el

22 Beatriz Preciado, *op.cit.*, p. 31.

23 *Ibid.*, p. 58.

24 Beatriz Preciado. *Manifiesto Contrasexual*. Barcelona, Anagrama, 2001, pp. 18-19: “La contrasexualidad tiene el fin de proponer un nuevo contrato sexual que supere el mundo de la sexualidad desde el punto de vista heterosexual y reproductivo. En este marco los cuerpos se reconocen así mismos no como hombres o mujeres, sino como personas con cuerpos que interactúan entre ellos dentro de la sociedad”.

relacionamiento emotivo-sexual entre las personas del mismo sexo y la identificación legal de las personas trans.

En el caso de las personas trans, su obstáculo radica en la legalización de su identidad autopercebida, la misma que consta en los documentos personales de identidad que, de algún modo, son el instrumento legal que hace visible a la persona frente al Estado. Estas personas son vulneradas, ya que el Estado cambia su nombre pero no su sexo en los documentos, como en el caso ecuatoriano. La identidad autopercebida transportada a los documentos de identificación representa la garantía máxima para una persona trans e intersex, ya que su identidad individual LGBTI es protegida por el Estado, lo que representa el acceso a derechos y servicios públicos.

En el presente trabajo de investigación, se abordará el derecho a la identidad LGBTI, tanto en el plano individual como en el familiar, tomando como base los estándares generados por Argentina a través de su Ley de Identidad de Género y la Ley de Matrimonio de Personas del Mismo Sexo. Se confronta la normativa argentina con la legislación ecuatoriana para evidenciar los problemas jurídicos existentes que impiden que la identidad LGBTI pueda ser ejercida en Ecuador. En este orden de ideas, el primer capítulo de esta investigación aborda la heterosexualidad y su aplicación a través de las normas jurídicas para confrontarlas a través del constitucionalismo argentino y ecuatoriano y responder a través del derecho constitucional y del principio de igualdad y no discriminación a los estigmas y estereotipos en perjuicio de la no heterosexualidad. El segundo capítulo desarrolla la comparación a nivel legal entre las normas ecuatorianas y argentinas que garantizan la identidad familiar e individual LGBTI. Para ello, se conceptualizan los elementos del derecho a la identidad de manera general, que luego se interpretan bajo la luz de las instituciones jurídicas familiares (matrimonio, unión de hecho y derechos del niño/a) provenientes de las dos legislaciones. En el tercer capítulo se analizan las tensiones existentes entre la legislación argentina y ecuatoriana frente a la identidad familiar e individual LGBTI, profundizando sobre algunos conflictos que provienen de la falta de compatibilidad normativa relativa al tema.

Por lo tanto, el presente trabajo plantea los estándares colocados por Argentina analizándolos desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, para lograr evidenciar las fallas en el Ecuador, de modo tal de poder ofrecer posibles salidas a esas tensiones a través del análisis comparativo.

LA HETERONORMATIVIDAD Y LA CONSTITUCIÓN

1. La heteronormatividad: el brazo jurídico del control sexual del cuerpo

La nueva verdad anatómica (heteronormada) viene a normalizarse y legitimarse dentro de la organización política social del biopoder.¹ En este orden de ideas, lo heterosexual se configura a través de sistema científico de diagnóstico y clasificación de cuerpo que liga al sexo anatómico, género y sexualidad. Por ejemplo a una persona de sexo hombre le correspondía naturalmente una expresión de género masculino y una orientación sexual heterosexual; resultando que cualquier diferencia de criterios frente a estas categorías se consideraba como una patología.² Ahora bien, esta concepción de la vida transportada al derecho implica que “el Estado es patriarcal y el derecho es masculino”,³ teniendo en cuenta que dichos regímenes se aplican a través del biopoder se puede concluir que tanto el Estado como el derecho son heteronormados.

Es así que la heteronormatividad es la materialización de la subjetividad sexopolítica instalada mediante la institución política, económica, social y simbólica proveniente del régimen disciplinario, que en el campo cultural su efectos surten en el imaginario social a través de la negación de la existencia de una identidad LGBTI,⁴ debido a que su patologización y criminalización provocaron que esta sea vista como una práctica demonizada al ser contraria a los criterios binarios de la vida.

Todas las sociedades que adoptaron el *imperio sexual* como modelo de organización instauraron el patriarcado, sometiendo los cuerpos de las personas a los regímenes de control del sexo y la sexualidad, para finalmente generar el mundo binario marcado por la sexobiopolítica heteronormada como una verdad natural absoluta, que solo se llega a cuestionar jurídicamente a partir del siglo XX,⁵ situación

1 Beatriz Preciado. *Manifiesto Contrasexual*. Barcelona, Anagrama, 2001.

2 *Ibid.*, p. 101.

3 Ramiro Ávila Santamaría. *El Neoconstitucionalismo Transformador*. Quito, UASB-Abya Yala, 2011, p. 44.

4 Francisco Amat Andrea. *El Banquete de Safo. Una tertulia dialógica sobre los discursos mediáticos del amor y los modelos de atracción con mujeres lesbianas y bisexuales*. Castellón, Universidad Jaume I, 2013, p. 33.

5 Esto se evidencia cuando la OMS excluyó a la homosexualidad como enfermedad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud, en 1990.

que generó que la sexopolítica de penalización se resquebraje. El caso de Ecuador resulta ejemplificador para el abordaje analítico de la crisis de la heteronormatividad.

El Código Penal ecuatoriano consideró, hasta 1997, a la homosexualidad como delito.⁶ Ese año, y en función de esta tipificación, detuvo a cien gays en la ciudad de Cuenca. Las denuncias y solidaridades llevaron a denunciar la inconstitucionalidad de este tipo penal y alcanzar un pronunciamiento judicial.⁷ De este modo, fue despenalizada la no heterosexualidad masculina,⁸ marcando de esta forma un hito que permitió la visibilización de la población LGBTI.⁹

La discriminación por orientación sexual se mantuvo a pesar de esta victoria, ya que el Tribunal Constitucional del Ecuador (TC) no reformó la integralidad del artículo, conservando como delito la no heterosexualidad masculina cuando se manifiesta como un acceso carnal del padre al hijo y de figuras de poder masculinas sobre niños,¹⁰ con lo cual se evadió neutralizar el lenguaje de género a la violación sexual y el estupro cuando el perpetrador y la víctima sean hombres.¹¹ Así se sostuvo el tabú, en lugar de notar que el delito del acceso carnal sin consentimiento es igualmente nefasto independiente del sexo de la víctima.

El caso presentado evidencia que las *subjetividades sexopolíticas* son difíciles de ser combatidas a pesar que exista una declaratoria judicial sobre vulneración de derechos. El poder binario siguió en control, debido a que en el ámbito jurídico no se imaginó la posibilidad de que las mujeres hagan uso de su sexualidad fuera de la reproducción. Además, al no retirar del tipo penal a la violación sexual de hombres a niños se mantuvo la idea patológica de la homosexualidad. De este modo, el caso ecuatoriano representa un buen ejemplo para visibilizar la posibilidad de afectar la heteronormatividad.

Otra crisis de la heteronormatividad es la situación de las personas intersex, debido a que desde el mundo binario la asignación del sexo está marcada por su representación corporal exterior y su capacidad reproductiva con el objetivo de asignar un rol social dentro de la duplicidad, ignorando totalmente la posibilidad de la existencia de estas personas. Esta intromisión arbitraria que existe de parte de la sociedad y el Estado sobre el cuerpo de las personas recién nacidas, con el objetivo de la imposición de un sexo solo por motivos

6 Código Penal ecuatoriano de 1971, art. 516: "En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años".

7 Judith Salgado. "Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador", en *Aportes Andinos: Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad* 11, Quito, Programa Andino de Derechos Humanos-Universidad Andina Simón Bolívar, 2004. Disponible en: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista11/articulos/judith%20salgado.htm>. Fecha de acceso: junio de 2014.

8 Tribunal Constitucional de Ecuador, Sentencia 106-1-97, Caso N° 111-97-TC, publicada en el Registro Oficial 203, de 27 de noviembre de 1997.

9 Cristina Mancero. *La construcción del movimiento gay y sus manifestaciones sociales, culturales, y políticas en la ciudad de Quito*. Quito, FLACSO-Ecuador, 2007, p. 47.

10 Judith Salgado, *op. cit.*

11 Código Penal ecuatoriano de 1971, art. 516: "Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo. Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años".

performativos exteriorizados, es un claro reflejo de la cristalización de las sexopolíticas reproductoras.

Ahora, en el siglo XXI, cuando la dinámica social de la población LGBTI es pública, los cambios estructurales del poder heteronormado tienen que comenzar a resquebrajarse; así el derecho al matrimonio de personas del mismo sexo y el reconocimiento del derecho a la identidad de género autopercibida, si bien responden a un patrón aún binario concentrado dentro del régimen fármaco-pornográfico, su desarrollo implica calar en el poder del control del cuerpo y la sexualidad desde su estructura y evidenciar las exclusiones existentes desde este poder en perjuicio del desarrollo de los derechos de las personas, en especial de la población LGBTI.

1.1. Repercusión constitucional de la heteronormatividad

El derecho como ciencia, a través de la heteronormatividad, ha generado marcos jurídicos que promueven el mantenimiento del control del cuerpo, el sexo y la sexualidad de las personas desde una visión heterosexual. En el mundo jurídico actual, las constituciones de cada país representan los límites y los vínculos que tiene el Estado frente a las personas y sus derechos. Estos máximos contratos sociales reflejan el desarrollo de esa sociedad y sus expectativas, por lo que a través de las injerencias del patriarcado se han plasmado las biosexopolíticas y las lógicas monosexuales de controlar la sexualidad y los roles de género.

La presente investigación toma como objeto de análisis dos Cartas Magnas: la Constitución de la República del Ecuador (CRE), del año 2008, y la Constitución de la Nación Argentina (CNA), del año 1994. La primera es el resultado de un proyecto político con ideas progresistas que intenta derribar estructuras hegemónicas de poder y que conforma un catálogo amplio de derechos pensados bajo la sinergia de la unión en la diversidad complementado con la perspectiva andina del Sumak Kawsay.¹² Estas nuevas lógicas de la CRE buscan que el Estado deje de ser constitucional-liberal y pase a ser un Estado constitucional de derechos.¹³ La Constitución de la Nación Argentina, en su versión original de finales del siglo XIX, representó la edificación del Estado liberal; sin embargo, con la reforma constitucional de 1994 se da un salto a un Estado constitucional de derecho,¹⁴ que incorpora una visión más global de derechos humanos y otorga a los tratados internacionales de derechos humanos un rango constitucional.

12 Carolina Silva Portero. "¿Qué es el buen vivir en la Constitución?", en Ramiro Ávila Santamaría: *La Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, pp. 111, 118-119 y 155. Esta concepción significa el equilibrio de las tres *pachas*: sentirse bien (Ukhun Pacha), hacer bien (Kay Pacha) y pensar bien (*Hanaq Pacha*). La simetría de estos tres estratos permite la realización de un *buen vivir* reflejado en el amor, la paz y la armonía en general, pero al momento en que aparecen situaciones que alteran tal equilibrio a través de enfermedades o la guerra surge el dinamismo, en el cual, a medida que se pueda encontrar el "punto medio" de todo momento vivido se podrá alcanzar el *kawsay* o la existencia. En definitiva, el *sumak kawsay* es un principio filosófico de origen indígena, que representa la conjugación de fuerzas: la razón, los sentimientos y los instintos, que en su equilibrio permiten vivir bien o llegar a una existencia plena. Es así, que el *sumak kawsay*, o vida plena, "consiste en llegar a un grado de armonía total con la comunidad y con el cosmos".

13 CRE, art. 1.

14 CNA, art. 1.

Ambas Constituciones se analizan bajo las bases doctrinarias de Rebeca Cook y Simone Cusack, quienes han determinado la existencia de estereotipos de género a partir de las siguientes dimensiones: sexo, múltiples, sexuales y roles sexuales.¹⁵ En el presente estudio, se va a utilizar solo el estereotipo sexual, para identificar disposiciones heteronormadas que afectan a los derechos de la población LGBTI. El trabajo se basa en la *interpretación literal de las normas*, de modo tal que permite visibilizar la carga estereotipada en la redacción de los textos, resaltando el peligro de esta forma de interpretación constitucional y teniendo en cuenta que las dos Constituciones garantizan los derechos de manera eficaz a través de la interpretación integral y sistemática en conjunto con el “Bloque de Constitucionalidad Federal” de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El *estereotiposexual* es el que dota a la mujer y al hombre de características sexuales específicas, que juegan un papel en la atracción y en el deseo sexual. Bajo esta noción de la sexualidad, el ejercicio de la sexualidad de las mujeres ha sido limitado solo con fines reproductivos.¹⁶ Este estereotipo permite la constante discriminación contra la población LGBTI, ya que el *régimen disciplinario* asume la sexualidad solo con fines reproductivos. De esta manera, el ejercicio de la sexualidad diversa se transforma en un prejuicio social cargado de estigmas negativos que sin duda ha repercutido en la elaboración normativa discriminatoria, tanto en la CRE como en la CNA.

La CRE reconoce en su art. 66, núm. 9, el derecho de todas las personas “a tomar decisiones, libres, informadas y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual”, enfatizando que la sexualidad y la orientación sexual están protegidas por el Estado; y que este tiene la obligación de promover el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. En función de esto, la CRE reconoce como responsabilidades de las ecuatorianas y ecuatorianos “respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género y la orientación e identidad sexual”.¹⁷ Existen insumos constitucionales muy fuertes para que la orientación sexual no sea una justificación de exclusión y mucho menos un impedimento para el ejercicio pleno de derechos; adicionalmente, se presenta como un arma jurídica para eliminar los estereotipos de género dentro de las relaciones humanas.

Si bien la CRE refleja un gran avance sobre derechos que permiten la igualdad en la diversidad, el tema LGBTI continúa segregado socialmente por el afianzamiento de los estereotipos al momento de regular los derechos de familia en la redacción del art. 67, que establece:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

15 Rebeca Cook y Simone Cusack. *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*. Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2010, p. 28.

16 *Ibid.*, p. 31.

17 CRE, art. 83.14.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

La existencia de mencionada norma resulta limitativa y contraproducente para el ejercicio de derechos de la población LGBTI, porque está cargada de discriminación expresa con aval constitucional. De esta manera, se evidencia cómo el derecho ha servido de herramienta para la vulneración a la población LGBTI, siendo las leyes y demás fuentes del derecho medios que han logrado el afianzamiento de los roles y estereotipos generados por el *Régimen Disciplinario* y por el *Soberano*. Por lo tanto, el *estereotipo sexual* mantiene un texto heteronormado en la CRE al no considerar la real existencia de familias diversas conformadas por la población LGBTI.

Por su parte, la CNA contiene una normativa que igualmente refleja el estereotipo sexual dentro de su artículo 19 que establece lo siguiente:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Si bien el artículo no hace mención a la homosexualidad de manera directa, podría entenderse de manera implícita como un atentado a la moral desde una perspectiva patriarcal dentro de una sociedad mayormente religiosa. Sobre este último punto es necesario notar la referencia a Dios dentro del texto, para evidenciar la carga represiva proveniente del *Régimen Disciplinario* bajo la biosexopolítica de la criminalización de la no heterosexualidad. Por otro lado, el artículo no está escrito con lenguaje neutro, presumiendo que las mujeres no tienen la posibilidad de realizar actos que ofendan el orden o la moral pública y enfatizando el estereotipo reproductor de la sexualidad de la mujer. Así, el derecho ha invisibilizado el ejercicio del derecho a la sexualidad de la mujer fuera de los fines reproductivos en las dos jurisdicciones. Entonces, de la lectura e interpretación literal del art. 19 de la CNA resulta heteronormado de manera implícita por su carga estereotipada sobre la sexualidad.

En este orden de ideas, la CRE garantiza los derechos de la población LGBTI como derechos individuales, pero cuando la orientación sexual se mezcla con el derecho de familia, es decir, cuando existen efectos colectivos, mantiene los mismos criterios jurídicos de épocas pasadas, tanto así que es análoga a la estructura del vigente Código Civil,¹⁸ que en su art. 81 describe al matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.¹⁹ De esta forma, la CRE vigente, ciega a la dinámica social actual en el mundo, mantiene al matrimonio bajo los estándares del siglo XIX restringiendo la factibilidad del matrimonio igualitario.

18 Este Código fue aprobado el 21 de noviembre de 1857 y tomó vigencia a partir del 1 de enero de 1861, si bien han existido algunas reformas importantes en la institución matrimonial, en su esencia este no ha sufrido cambios.

19 Congreso Nacional. *Código Civil*, Libro I, Codificación N° 10, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 81.

La CRE contiene varias normas que permitirán deconstruir los patrones estereotipados que afectan a hombres y mujeres de manera individual. Sin embargo, cuando esos hombres y mujeres deciden construir relaciones familiares con personas de su mismo sexo, la CRE las y los limita con cargas estereotipadas de género de carácter conservador y restrictivo, y por ende, discriminatorio.

Así, la existencia de estereotipos de género en los textos constitucionales de ambos países condiciona el ejercicio de derechos, ya que su interpretación literal trae consigo la aplicación discriminatoria de las normas generando situaciones de vulneración de derechos hacia la población LGBTI. En conclusión, las normas, tanto de la CRE como de la CNA, no pueden leerse solas sin tomar en cuenta la integralidad de su texto, en conjunto con los tratados internacionales de derechos humanos vinculantes para cada Estado.

2. Límites al control político del cuerpo y la sexualidad: la garantía constitucional de derechos

2.1. Garantismo constitucional

El abordaje de las herramientas jurídicas que desarrollaron tanto la CRE como la CNA sirve para evitar los efectos de las interpretaciones literales y así brindar contenido real a los derechos que formalmente existen en estos textos normativos. En este sentido, se podrá analizar como el garantismo constitucional de la CNA y de la CRE permite que la población LGBTI pueda ejercer sus derechos.

Ramiro Ávila Santamaría divide al desarrollo constitucional con perspectiva de derechos en tres momentos:²⁰ por un lado el neoconstitucionalismo occidental, de matriz europea; y por el otro lado, desde América Latina, dos tipos de aplicación que provienen de esta corriente: el neoconstitucionalismo latinoamericano y el transformador.²¹ El *neoconstitucionalismo occidental* se caracteriza por considerar que la garantía de los derechos no consiste solamente en la prevención de su violación.²² En esta forma de concebir al derecho “muchos temas se pueden ceder ante la demanda de grandes sectores de la población”,²³ considerando que el derecho está incompleto frente a la diversidad de dinámicas sociales, por lo que este debe estar listo para regular y garantizar derechos al momento que estos sean expuestos al Estado.²⁴

El *neoconstitucionalismo latinoamericano* surge como respuesta al terrorismo de Estado que inicia en la década de los sesenta y finaliza en los ochenta. Durante este tiempo, la doctrina de seguridad nacional, la guerra fría, el uso excesivo de la fuerza y las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos fueron las cicatrices de un continente sometido por el control y el dominio de la fuerza.

20 Ramiro Ávila Santamaría. *El Neoconstitucionalismo Transformador*. Quito, UASB-Abya Yala, 2011.

21 *Ibíd.*, p. 50.

22 *Ibíd.*, p. 54.

23 *Ibíd.*, p. 55.

24 *Ibíd.*, p. 56.

Estas formas de gobierno se apoderaron del continente, pero con mayor fuerza en el Cono Sur. Cuando estos Estados retornaron a la democracia, muchas de sus reformas constitucionales fueron influenciadas por el neoconstitucionalismo europeo,²⁵ sin embargo agregaron elementos que constituyeron el constitucionalismo de tipo latinoamericano caracterizado por: expansión de derechos, control de constitucionalidad por todos los jueces, redimensionamiento del Estado, constitucionalismo económico con fines de equidad e hiperpresidencialismo.²⁶

En la expansión de derechos es importante señalar al art. 75, inc. 22, de la CNA, que al incluir al núcleo duro del derecho internacional de derechos humanos (*hard law*),²⁷ se nombran taxativamente los tratados internacionales de derechos humanos, a los que la Nación Argentina los dota de una jerarquía constitucional denominada “Bloque de Constitucionalidad Federal”,²⁸ que sirve para acoplar elementos útiles en la interpretación de la CNA, y en la integración de los vacíos normativos de esta según los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22.²⁹

Sin embargo, resulta perjudicial el hecho que las normas internacionales de *soft law*³⁰ no puedan incorporarse al sistema jurídico nacional con la misma jerarquía constitucional, ya que la CNA limita taxativamente a los tratados internacionales que tendrán el rango constitucional dejando la puerta entreabierta para incrementar ese número en un futuro. Por otro lado, los pronunciamientos de los organismos internacionales provenientes de estos tratados a favor la población LGBTI son vinculantes para la Argentina desde la base constitucional, motivo por el cual a medida que el derecho internacional vaya expandiendo la posibilidad de mayores garantías para la población LGBTI, existirán mayores insumos para luchar contra el biopoder y el patriarcado heteronormado.

A través de la doctrina del “Bloque de Constitucionalidad Federal”, se realizó una interpretación dinámica y sistemática³¹ logrando superar la interpretación literal del art. 19 de la CNA en el caso Asociación Lucha por la Identidad

25 *Ibid.*, p. 59.

26 *Ibid.*, p. 60.

27 Carlos Villa Durán. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, Trotta, 2006, p. 209: “... crea obligaciones jurídicas concretas para los Estados Partes en los mismos. Además, ponen en funcionamiento un entramado institucional que se encarga de supervisar, controlar y garantizar el buen cumplimiento de esas obligaciones por parte de los Estados”.

28 Germán Bidart Campos. *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires. Ediar, 1996, Tomo I, Cap I, párr. 9: Se trata de un conjunto normativo que parte de la constitución añadiendo contenidos, disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto formal de la Constitución.

29 *Ibid.*, Tomo I, Cap V, párr. 33.

30 Carlos Villa Durán, *op. cit.*, p. 210: “Esta segunda categoría de instrumentos internacionales tiene un valor jurídico desigual. De un lado, si contiene normas ya existentes en la esfera del derecho internacional consuetudinario, son principios generales del derecho internacional, o son el fruto derivado de las organizaciones internacionales, serán también jurídicas que se presumen obligatorias para los Estados. De otro lado, si son simplemente nuevas propuestas para el desarrollo progresivo del derecho internacional, en este caso debe verificarse que concurra el consenso de los Estados para que sean como normas de derecho internacional positivo”.

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Caso Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual c/Inspección General de Justicia*, 2006. Disponible en: <http://falloscsn.blogspot.com.ar/2006/11/alitt-2006.html>. Fecha de acceso: junio de 2014.

Travesti-Transsexual c/Inspección General de Justicia, de 22 de noviembre de 2006, resuelto por la Corte Suprema de la Nación Argentina; en el cual la Corte señaló que la discriminación a la diversidad sexual ha sido una práctica histórica, por lo que en el caso se vulneró los arts. 14 y 16 de la CNA a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos;³² adicionalmente, la Corte sobre el art. 19 de la CNA en relación con los arts. 1, 2 y 75, inc. 22, señala que el contenido de dicho derecho es la autonomía individual y la libertad de tomar decisiones sobre la vida.³³ Entonces, al amparo del neoconstitucionalismo latinoamericano es que Argentina logra superar los estereotipos de género que se encuentran en la CNA cuando su aplicación es literal.

El *neoconstitucionalismo transformador* responde a una identificación de los problemas sociales de Latinoamérica a partir del colonialismo, por lo que se encarga de la deconstrucción de esos patrones en función del reconocimiento y garantía de las diferencias³⁴ en diversidad. Incorpora movimientos sociales, se reconocen actores y prácticas alejadas de los países hegemónicos, nuevas formas de organización y de hacer política, nueva territorialidad y una tendencia a la desmercantilización basada en la relación del ser humano con la Pachamama.³⁵ El caso ecuatoriano, como ejemplo de este neoconstitucionalismo, resulta innovador en cuanto logra la integración de los instrumentos internacionales de derechos humanos a la dinámica jurídica interna del Estado, debido a que para ello se cruzan dos características del *neoconstitucionalismo transformador*, la expansión de derechos y el redimensionamiento del Estado. La CRE, en su art. 1, señala que el Ecuador es un Estado de derechos,³⁶ lo que se traduce en dos perspectivas: la pluralidad jurídica y la centralidad de los derechos.³⁷

En la *pluralidad jurídica*, el sistema jurídico internacional es parte del derecho interno, y las normas son creadas por órganos distintos al legislativo nacional y aplicadas por órganos distintos a la función judicial.³⁸ Así, esta concepción significa la existencia de múltiples sistemas jurídicos, como las Naciones Unidas, Organización de los Estados Americanos (OEA), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), entre otros, de los cuales el Ecuador es parte, además de la justicia indígena; que no siempre conviven en una forma pacífica, pero que en general garantizan la vigencia y el reconocimiento de derechos.³⁹ La *centralidad de los derechos en la Constitución*, por su parte, insta que el fin del Estado es el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos constitucionalmente establecidos. En este sentido, la parte orgánica

32 *Ibid.*, párr. 18.

33 *Ibid.*, párr. 19.

34 Ramiro Ávila Santamaría, *op. cit.*, p. 76.

35 *Ibid.*, p. 79.

36 CRE, art. 1.

37 Ramiro Ávila Santamaría. "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia", en Ramiro Ávila Santamaría (comp.): *Constitución del Ecuador del 2008 en el contexto andino*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-39, 29.

38 *Ibid.*, p. 32.

39 *Ibid.*, pp. 33-36.

debe adecuarse a cumplir con los derechos y el sistema jurídico debe sustentarse en la parte dogmática de la CRE. Por ello, existen garantías que son de políticas públicas,⁴⁰ normativas⁴¹ y jurisdiccionales.⁴² En esta nueva perspectiva del Estado lo más importante son los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley.⁴³

La aplicación de este garantismo de la CRE generó que en varios procesos la Justicia haya reivindicado los derechos de la población LGBTI; como el caso de Acción de Protección del equipo de fútbol lésbico de Guipuzcoa, signado con el Caso N° 572-2010 y resuelto por el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha.⁴⁴ Otro caso es la Sentencia Tribunal Contencioso Electoral bajo la Causa N° 148-2013-TCE, en contra del ex candidato a la presidencia del Ecuador, Nelson Zabala, debido a sus declaraciones peyorativas en perjuicio de la población LGBTI dentro del proceso electoral.⁴⁵ A pesar de que en estos casos relativos a la discriminación basada en orientación sexual e identidad de género, que han sido resueltos a favor de la población LGBTI, aquellos que se fundamentan en su identidad familiar, son rechazados.

En este contexto, la garantía de la CRE hacia la población LGBTI es la más amplia que ha existido en Ecuador en su historia, porque trasciende el catálogo de derechos detallados en el texto constitucional. El bloque constitucional ecuatoriano no se limita a una lista taxativa de tratados que reconoce su nivel constitucional como lo hace la Argentina, sino que procura que todo insumo de los organismos de los cuales forma parte puedan sumar para la verdadera garantía de los derechos de las personas.

Si bien la CNA contiene instituciones jurídicas que promueven la vigencia y protección de los derechos humanos, tiene su principal preocupación en el afianzamiento del sistema democrático.⁴⁶ La CRE resignifica el derecho atándolo a la cosmovisión indígena, para diseñar normas jurídicas que permitirían a las personas y a la sociedad civil superar las crisis políticas y culturales, gracias a un catálogo abierto de derechos humanos que permite la inclusión de todos los instrumentos relacionados de la materia. Además, se incluye al art. 98 como una fuente de reconocimiento de futuros derechos que probablemente no fueron imaginados en el año 2008 pero que el paso del tiempo exige su garantía y protección.

Así, la CRE, a comparación de la CNA, es una norma jurídica de mayor garantía y protección de los derechos humanos, que además genera instituciones fuertes que logran abrir una camino para que las crisis políticas y culturales puedan ser sobrellevadas y superadas gracias a una contención jurídica de nivel constitucional. Ahora bien, el reto de la CRE es lograr que todo ese catálogo

40 CRE, art. 85.

41 *Ibíd.*, art. 84.

42 *Ibíd.*, art. 86.

43 Ramiro Ávila Santamaría. "Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia", *op. cit.*, pp. 36-37.

44 En este, se aceptó la causa declarando inconstitucional la sanción impuesta al club femenino Guipuzcoa, decisión que se fundamentó en la orientación sexual de algunas de las integrantes del dicho equipo.

45 Nelson Zabala fue sancionado a través de una pena pecuniaria de tres mil ciento ochenta dólares de los Estados Unidos de América y la suspensión del ejercicio de sus derechos de participación por un año.

46 Especialmente tratando de evitar que se rompa el orden constitucional a partir de alguna dictadura cívico-militar.

de derechos pueda ser aplicado a toda la población, en especial a la LGBTI; por el otro lado, la CNA a pesar de no poseer un texto tan reglamentario como el ecuatoriano, tiene la capacidad de ser interpretado más allá de la literalidad de su contenido, a través del “Bloque de Constitucionalidad Federal”, como lo establece el *neoconstitucionalismo*.

Por lo tanto, a nivel literal, la CRE supera a la CNA en la garantía de derechos a la población LGBTI dotando de un catálogo amplio de derechos bajo una perspectiva de diversidad. Sin embargo, el mismo texto de la CRE se contradice cuando garantiza el derecho de familia desde una visión heteronormada. Por su parte, la CNA a través del “Bloque de Constitucionalidad Federal” aplicado con la interpretación sistemática y dinámica logra darle mayor fuerza y contenido a la literalidad de la norma constitucional a favor de la población LGBTI.

2.2. Principio de igualdad y no discriminación a la población LGBTI

a) Contexto internacional: Desde el concierto internacional se han elaborado varias estructuras jurídicas que permiten que el derecho a la igualdad y no discriminación de la población LGBTI sean aplicadas de manera eficaz para enfrentar jurídicamente al patriarcado⁴⁷ y, por ende, a la discriminación basada en orientación sexual e identidad de género. En este orden de ideas, es necesario identificar los instrumentos internacionales que desarrollan la protección a la población LGBTI.

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Asamblea General, en el año 2008, aprobó la resolución A/63/635 denominada “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, en la cual se manifiesta la preocupación por la situación de discriminación y violencia en contra de la comunidad LGBTI de manera generalizada en todos los países del mundo, exhortando a los Estados a tomar medidas para revertir esta situación. El 2 de julio del 2009, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), de Naciones Unidas, y el Comité de Tratado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) emitieron la Observación General número 20 en su 41 período de sesiones. Esta observación se trató sobre “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales” (art. 2, párr. 2 del PIDESC). Como aspecto relevante de esta interpretación al PIDESC, manifestó que la expresión “cualquier otra condición social” incluye la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación.

En el ámbito americano, la Asamblea General de la OEA, consciente de la sistemática e histórica discriminación en perjuicio de la comunidad LGBTI dentro del continente, ha aprobado varias resoluciones desde el año 2008, en las cuales se resalta la necesidad de protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, además se insta a los Estados a tomar acciones para sancionar estos tipos prácticas motivadas

47 Alejandra Facchi. “El pensamiento feminista sobre el Derecho un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, en *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires* 6, Buenos Aires, 2005, pp. 27-47, 30.

por el odio y el desconocimiento.⁴⁸ En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso de *Karen Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, señaló que “El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”.⁴⁹

Desde la esfera internacional, existen reuniones de altas autoridades provenientes del campo de los derechos humanos para generar un insumo catalogado como *Doctrina de Autoridad* con base en el artículo 38 literal del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, siendo este una fuente auxiliar del derecho internacional. Este instrumento son los *Principios de Yogyakarta*,⁵⁰ que conforman un catálogo de derechos aplicables exclusivamente a la población LGBTI y que marcan el primer intento de formalizar un instrumento de derechos humanos que pueda visibilizar las necesidades actuales de garantía y protección a los derechos humanos de este sector de la humanidad.

En este orden de ideas, los estándares detallados con anterioridad son vinculantes para el Ecuador por dos razones constitucionales: la primera es resultante de la idea concreta de la definición del Estado de derecho; la segunda se basa en el principio número 3 del art. 11 de la Constitución que manifiesta que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación (...)”. Adicionalmente, la Constitución ecuatoriana en su art. 424 menciona que es superior y prevalece sobre otra norma dentro del ordenamiento jurídico nacional; sin embargo, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.⁵¹

En el caso de Argentina, se debe tomar en consideración que el principio de igualdad y no discriminación está vigente desde el año 1853 a través del art. 16 en complemento del art. 75, núm. 22, de la CNA, en donde dota carácter constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos, sin embargo, muchos de los instrumentos detallados con anterioridad no constan dentro de la lista de tratados propuesto por la Constitución. Sin embargo, en especial a lo que se refiere el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), Argentina (como todos los Estados que ratificaron la Convención Americana

48 Resoluciones de la OEA: G/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011; G/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009; AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008; Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada a través de la resolución AG/doc.5426/14 rev. 1, aprobada el 30 mayo 2014.

49 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2012, párr. 93.

50 Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos. *Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género “Principios de Yogyakarta”*. Yogyakarta, 2007.

51 CRE, art. 424.

sobre Derechos Humanos, CADH, incluido Ecuador) debe implementar el *control de convencionalidad* para la incorporar los estándares interamericanos dentro del Estado, obligación nacida a partir del caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* que señala que las Cortes de Justicia de los Estados parte de la CADH deben realizar el “Control de Convencionalidad” sobre los estándares interamericanos.⁵²

El principio de igualdad y no discriminación a favor de la población LGBTI si bien no se encuentra textualmente en la CNA, ni tampoco aparece de manera expresa en los tratados internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional, es aplicable a través del cumplimiento de la obligación de control de convencionalidad que sí resulta vinculante para Argentina, ya que la CADH es parte del “Bloque de Constitucionalidad Federal”.

Por tanto, los estándares internacionales de igualdad y no discriminación son vinculantes para Ecuador y Argentina en función de sus diseños constitucionales y además por sus obligaciones internacionales frente a los tratados de derechos humanos que han ratificado.

b) Contexto nacional: La CRE contempla el principio de igualdad y no discriminación como un eje prioritario a ser aplicado en la interpretación de toda norma constitucional y legal; así como para la definición y efectivización de toda política pública. En este contexto, su tratamiento constitucional frente a la comunidad LGBTI se ha traducido en cuatro diferentes formas: elemento constitutivo del Estado, principio, derecho, obligación y deber.⁵³

Por su parte, la categoría orientación sexual está protegida por la CRE como un principio y derecho de libertad en el art. 66, núm. 9, como el derecho a tomar decisiones libres y voluntarias sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, teniendo el Estado la obligación de promover medios para que esas decisiones se ejerzan de manera segura.

En el caso argentino, el principio de igualdad y no discriminación no es claro en la redacción dentro de la CNA, debido a que al ser una reforma de la de 1853 todavía mantiene rezagos de la época, como la regulación de la esclavitud (art. 15). Por otro lado, el texto constitucional carece totalmente de referencia al tema de la orientación sexual o identidad de género, por lo que no existen normas parecidas al caso de la CRE. Sin embargo, existen varios artículos que permiten desarrollar el principio de manera general en calidad de: derecho, garantía y obligación del Legislativo.

La garantía del principio de igualdad y no discriminación *a priori* es facultad del Congreso en materia legislativa, tributaria, acciones positivas y procesos de integración. Sin embargo, es interesante constatar que el principio está considerado para ser exigible a través de una Garantía de Amparo de derechos, lo que representa una obligación trasladada al Poder Judicial para que realice un constante ejercicio de interpretación de la CNA y de los tratados internacionales del art. 75, inc. 22, para lograr la efectiva garantía del derecho a igualdad y no

52 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2006, párr. 124.

53 Christian Paula. *La Responsabilidad Internacional del Ecuador por la Prohibición del Acceso al Matrimonio Igualitario en Virtud de la Discriminación de Jure en la Constitución del 2008*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2014, p. 20.

Tabla 1. Tratamiento constitucional de la igualdad y no discriminación LGBTI en la CRE

Elemento constitutivo del Estado, principio fundamental, deber del Estado	Art. 3.1	Son deberes primordiales del Estado. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
Principio de aplicación de los derechos	Art. 11.2	Nadie podrá ser discriminado por razones de (...) orientación sexual e identidad de género (...). El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.
Derecho de libertad	Art. 66.4	Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.
Deberes de las y los ecuatorianos	Art. 83.10	Promover la unidad y la igualdad en la diversidad (...).
	Art. 83.14	Respetar y reconocer las diferencias de género, la orientación sexual e identidad de género.

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de la CRE.

discriminación. Así, la garantía del derecho se encuentra compartida entre el Congreso y la función judicial.

En el caso de la igualdad y no discriminación a la población LGBTI, es importante señalar que el art. 16 de la CNA abre el respeto y garantía de este derecho a todas las personas sin distinción, a pesar de que su texto está escrito en otro contexto; sin embargo, al no existir una norma que expresamente prohíba que la población LGBTI está garantizada de manera constitucional, se podría interpretar de manera extensiva e integral a la CNA, entendiendo que la población LGBTI está protegida contra la discriminación como cualquier persona con o sin título nobiliario.

En este orden de ideas, la CRE respeta y garantiza a la población LGBTI de manera expresa a través de normas claras que vinculan al Estado ecuatoriano; mientras que la CNA, gracias a sus arts. 16 y 75, inc. 22, permite que el proceso interpretativo pueda alcanzar la protección de los derechos de la población

LGBTI. Entonces, en comparación de las dos Constituciones, en el caso ecuatoriano la responsabilidad de no discriminar por orientación sexual o identidad de género es responsabilidad del Estado, la sociedad y cada uno de los ecuatorianos y ecuatorianas; mientras que en Argentina dicha responsabilidad la CNA la marca de textual a la función legislativa y de manera indirecta a la función judicial, sin embargo, por el control de convencionalidad, las obligaciones del Estado se aplican según los estándares internacionales de derechos humanos (garantía, respeto y protección).

LA IDENTIDAD LGBTI

1. Contenido del derecho a la identidad

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su art. 17, y la CADH, en su art. 11, señalan que ninguna persona debe ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, entre otras; y que toda persona tiene derecho a ser protegida de estas intromisiones.¹ El derecho a la identidad no se encuentra garantizado taxativamente en el derecho internacional de los derechos humanos. Se debe tener en cuenta que cuando estos fueron desarrollados, los temas de identidad de género y orientación sexual seguían siendo un tabú, producto del *biopoder*. Sin embargo, en los cuerpos duros se reconocieron derechos que al momento de ser interpretados y aplicados a la realidad LGBTI podrían ser pensados como derecho a la identidad. En este sentido, el derecho a la intimidad o vida privada parte como esa gran base que sostiene varios derechos y se desarrolla en dos dimensiones: la primera como la tutela a la confidencialidad o inviolabilidad del hogar y de las relaciones familiares, y la segunda, como el derecho de la persona a desarrollar su personalidad.²

El alcance del derecho a la vida privada, según la Comisión Internacional de Juristas, puede ser analizado en tres espacios: decisional, relacional y zonal. La primera (decisional) se refiere a las elecciones personales e íntimas de índole individual relacionadas con la dignidad personal y la autonomía. La segunda (relacional) contiene a las relaciones de familia, al matrimonio o la procreación; mientras que la tercera (zonal) guarda relación con las actividades que ocurren dentro del hogar.³ Para que este derecho esté protegido, el Estado está obligado a adoptar medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques [arbitrarios o ilegales] y la protección de este derecho.⁴

1 PIDCP, art. 17; CADH, art. 11.

2 Daniel O'Donnell. *Derechos Internacionales de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. México, Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012, p. 562.

3 Comisión Internacional de Juristas. *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos GUÍA PARA PROFESIONALES 4*, Ginebra, 2009, p. 54.

4 Comité de Derechos Humanos. *Observación General N° 16 (art. 17)*, 1998, párr. 1: "El derecho de toda

El segundo aspecto del derecho a la intimidad se refiere a la personalidad jurídica, e implica “la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”.⁵ Adicionalmente, este derecho consiste en el reconocimiento formal de una persona como tal, por el mero hecho de existir, con independencia de sus condicionamientos sociales, correspondiéndole por ello automáticamente derechos y deberes.⁶ Así, la Corte Constitucional Colombiana señala que la sexualidad de una persona, sea esta heterosexual u homosexual, es un elemento esencial del ser humano que determina su marco de sociabilidad; por ello el derecho a la personalidad y a su libre desarrollo desenvuelve su máxima expresión en la aceptación y posterior exteriorización de la orientación sexual, debido a que esto constituye la identidad del ser y por tanto una forma de ejercicio de la libertad individual de forma decisiva.⁷ Lo que significa que la personalidad jurídica envuelve el hecho de ser persona y ser humano visible ante sí mismo así como frente a los demás, debido a que ese reconocimiento es el punto de partida para exigir derechos y asumir obligaciones en sociedad. Por lo tanto, la personalidad jurídica es un derecho que habilita la legalización y legitimación de las decisiones que las personas realicen en su fuero interno y que deseen exteriorizarlas en la dinámica interpersonal.

Según señala el Comité de Derechos Humanos, “la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que esta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola”;⁸ mientras que la CIDH manifiesta que este derecho “... garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo. En este sentido, varias garantías de la CADH que protegen la inviolabilidad de la persona establecen zonas de intimidad”.⁹

En definitiva, para lograr identificar el concepto del derecho a la identidad, es necesario recurrir a la Corte IDH, que en desarrollo del presente derecho en el caso *Forneron e Hija vs. Argentina* ha señalado que este representa el conjunto de atributos que permiten la individualización de la persona en sociedad.¹⁰ Entonces, esta conjunción entre el derecho a la intimidad y el derecho a la personalidad jurídica y al nombre, conjugados en clave de igualdad y no discriminación, resultan ser elementos que permitirán configurar el derecho a la identidad LGBTI tanto en el aspecto individual como familiar.¹¹

persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como de ataques ilegales a su honra y reputación”.

5 Corte IDH. *Caso Bámaca Velasquez Vs. Guatemala Fondo*. Costa Rica, 2000, párr. 179.

6 Amnistía Internacional, art. 6: *reconocimiento de la personalidad jurídica*. Disponible en: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-a6.html>. Fecha de consulta: julio de 2014.

7 Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia N° C-098/96*. Bogotá, 1996, párr. 4.

8 Comité de Derechos Humanos, Consideraciones. *Caso A. R. Coeriel and M. A. R. Aurik c. Países Bajos*, Comunicación N° 453/1991, 1994, párr. 10.2.

9 CIDH. *Informe N° 38/96, Asunto N° 10.506, X e Y (Argentina)*. Washington D. C., 1996, párr. 91.

10 Corte IDH. *Caso Forneron e Hija Vs. Argentina*. Costa Rica, 2012, párr. 123.

11 Daniel O'Donnell, *op. cit.*, pp. 562-563.

Ahora bien, como producto de la influencia de *biopoder* y la noción reproductiva de la sexualidad, los primeros casos expuestos en el sistema internacional de protección de derechos humanos optaron por analizar la orientación sexual a través de una *teoría decisional de la vida privada*. Como ejemplo, el Comité de Derechos Humanos dentro del caso *Toonen contra Australia* tomó la señalada teoría para establecer que la conducta sexual de una persona dirigida hacia otra de su mismo sexo era una decisión íntima y privada de un adulto,¹² por lo que “es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado queda incluida en el concepto de ‘vida privada’”.¹³

La teoría *decisional de la vida privada* en materia de orientación sexual resulta una aplicación del patriarcado, del biopoder y de la heteronormatividad ya que sus afirmaciones son incompatibles con la configuración de una identidad LGBTI: señalan únicamente al acto sexual como única expresión de la orientación sexual, dejando de lado otras expresiones de cariño o afecto; considera que la orientación sexual es una decisión adulta, siendo la única decisión que realizan estas personas es la de visibilizarse enfrentándola; finalmente, el hecho de que la orientación sexual se la analice dentro del derecho a la vida privada transgrede el derecho a igualdad y no discriminación, porque la idea del ocultamiento de las expresiones LGBTI es una forma de represión y segregación en el espacio público. Por lo tanto, a pesar de que muchas de las sentencias e informes de los organismos internacionales desarrollen los temas LGBTI desde el derecho a la vida privada, tomar a la orientación sexual desde la perspectiva de la teoría *decisional de la vida privada* sería basarse en los estereotipos y estigmas que se pretenden derribar al momento de configurar el derecho a la identidad LGBTI.

La identidad LGBTI, desde la perspectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos y las respectivas interpretaciones del derecho a la vida privada, ha fomentado dos visiones del derecho: una desde la perspectiva del biopoder a través de la teoría de la teoría *decisional de la vida privada* que mantiene las decisiones del ejercicio de la orientación sexual limitadas al ámbito del coito dentro del espacio privado ignorando la dinámica global del ejercicio de derechos desde una mirada LGBTI; y otra en la cual se aprecia el desarrollo del derecho a la identidad desde el punto de partida del derecho a la vida privada.

Como muestra de esto último, la sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile* implementó un estándar en el cual se resalta que la presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.¹⁴

Los derechos vinculados a la orientación sexual e identidad de género merecen especial atención por las exigencias actuales de los tiempos,¹⁵ debido a que “la

12 Comité de Derechos Humanos. *Caso Nicholas Toonen c. Australia*. Comunicación N° 488/1992, 1994, párr. 8.2.

13 *Ibid.*

14 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile Fondo*, Reparaciones y Costas, *op. cit.*, párr. 92.

15 Estela Pareja y Aida Guillén. “La carta de derechos humanos emergentes. Una respuesta de la sociedad civil a los retos del siglo XXI”, en *Naturaleza y alcance de los derechos humanos emergentes, en la carta*

sexualidad, heterosexual u homosexual, es un elemento esencial de la persona humana y de su psique y, por consiguiente, se integra en el marco más amplio de la sociabilidad¹⁶. Es así que el contenido del derecho a la identidad LGBTI consta de los siguientes elementos:

- a) Determinación de identidad propia.¹⁷
- b) Nombre.¹⁸
- c) Definición de propias relaciones personales,¹⁹ incluidos los profesionales y comerciales, entre otros.²⁰
- d) Expresión libre y pública de la identidad personal para sí mismo o en relaciones interpersonales.²¹
- e) Factor de individualización.²²
- f) Autodeterminación sexual en conexidad con los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo.²³
- g) Protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el derecho a escoger o cambiar el nombre.²⁴

Por lo tanto, la presente tesis partirá de afirmar que el derecho a la identidad LGBTI no proviene de la *teoría decisional de la vida privada*, sino que esta es un rasgo inherente a la condición humana con determinados elementos que permiten a la persona desarrollar su vida tanto en contextos privados como públicos y así reivindicar esa identidad en cualquier espacio.

2. El derecho a la identidad LGBTI desde lo individual

2.1. El género desde el acercamiento político de la sexualidad

Simone de Beauvoir, en su obra *El Segundo Sexo*, desafió al biologismo estableciendo que la mujer no nace sino que se hace, debido a que no existe ninguna orientación obligatoria de orden biológica, psicológica o económica que determine el papel que

de los derechos humanos emergentes y la renta básica. Catalunya, Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, 2007, pp. 15 y 22-34.

16 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia N° C-098/96 de 7 de marzo de 1996, párr. 4.

17 CIDH. Informe N° 4/01 Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala. Washington D. C., 2001, párr. 46.

18 Corte IDH. *Caso Gelman Vs Uruguay Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2001, párr. 127.

19 CIDH. Informe N° 4/01, *op. cit.*, párr. 46.

20 Comisión Internacional de Juristas, *Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos Guía para profesionales 4*, Ginebra, Gobierno de España-Ministerio de Igualdad, 2007, p. 57; Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). *Caso Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido, Aplicaciones N° 31417/96 y 3277/96*, 1999.

21 Comité de Derechos Humanos. *Caso A. R. Coeriel y M. A. R. Aurik c. Países Bajos, Comunicación N° 453/1991*, 1991, párr. 10.2.

22 Corte IDH. *Caso Forneron e Hija Vs. Argentina Fondo, Reparaciones y Costas*, Costa Rica, 2012, parr. 123

23 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No C-098/96, Bogotá, 1996 párr. 4.

24 Comité de Derechos Humanos, *Caso A. R. Coeriel y M. A. R. Aurik c. Países Bajos, Comunicación N° 453/1991*, 1994, párr. 10.2.

un ser humano en la sociedad.²⁵ A pesar de esta marcada frontera entre el género y el sexo, el desarrollo del uso de las categorías no distingue género de sexo.²⁶

La nueva visión del género, según Judith Butler, consiste en un sistema de normas sociales y prácticas institucionales que producen performativamente el sujeto que se pretende describir y que facilita una práctica discursiva y corporal performativa a través de la cual el sujeto adquiere inteligibilidad social y reconocimiento político.²⁷ La construcción sociocultural se genera por el cruce de las representaciones discursivas de los diferentes dispositivos institucionales como: la familia, la religión, el sistema educativo, los medios de comunicación, la legislación o la medicina.²⁸ Es por ello que el género funciona como un dispositivo de subjetivación técnica que está en constante cambio.

Ahora bien, bajo la afirmación que el género es una categoría de transformación y apropiación del cuerpo que da un significado exterior de lo que desea el pensamiento, se han establecido desde la doctrina la existencia del *biosexo* y del *tecnosexo*. El primero es aquel que conserva la relación social existente entre la genitalidad y el género desde el momento del nacimiento,²⁹ sin que se hayan usado métodos tecnológicos para cambiar su *performance*. Por otro lado, está el *tecnosexo*, siendo hombres y mujeres trans o tecno, quienes aplicarán en sus cuerpos las tecnologías hormonales, quirúrgicas y/o legales, es decir, métodos de reconocimiento visual para modificar las asignaciones sociales a sus cuerpos y construir su propia *performance*.

La certeza de ser hombre o mujer es una ficción producida por un conjunto de tecnologías farmacológicas y audiovisuales que producen distorsiones permanentes en la realidad que nos rodea; las personas manejan estas herramientas de género compatibilizando su conciencia sexual con su cuerpo.³⁰ En este orden de ideas, las micropolíticas se utilizan para imponer las dicotomías entre lo femenino-masculino, así como entre lo heterosexual y lo no heterosexual.³¹ Esta capacidad de decisión es más flexible en la actualidad, debido a la existencia de estímulos en varios espacios, que permiten a las personas tener mayor información sobre su construcción de identidad. La *contrasexualidad* propone superar el mundo de la sexualidad desde el punto de vista heterosexual y reproductivo. En este marco, las personas se reconocen como cuerpos que interactúan entre ellos dentro de la sociedad.³²

Se cree que los tecnocuerpos son aquellos que de alguna manera han intervenido en su ser para dar coherencia a su existencia, sin embargo, la píldora anticonceptiva, al ser una hormona para manipular el cuerpo y frenar la reproducción, también es una tecnología utilizada por las personas heterosexuales. La

25 Linda McDowell. "La Definición del Género", en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares (comps.): *El Género en el Derecho*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 13.

26 *Ibid.*, p. 16.

27 Beatriz Preciado. *TestoYonki*. Madrid, Espasa Calpe, 2008, p. 91.

28 *Ibid.*, p. 88.

29 *Ibid.*, p. 90.

30 *Ibid.*, p. 94.

31 *Ibid.*, pp. 35 y 89.

32 *Ibid.*, pp. 18-19.

estimulación erótica de los medios de comunicación, los dispositivos comerciales existentes con fines sexuales, las hormonas y la testosterona y demás, son formas de control sobre el cuerpo, externos a él. En este sentido, todas las personas somos tecnocuerpo móviles, maleables, transformables, siendo nuestro cuerpo el lugar donde se verán los resultados sobre nuestras decisiones relacionadas con nuestra sexualidad.

Considerando que las imposiciones a la sexualidad de las personas se reflejan en la normatividad, es que nos interesa una aproximación a la identidad de género a través de la arquitectura normativa de Ecuador y Argentina, en relación con el derecho de las personas a cambiar formalmente su identidad impuesta a su identidad autopercebida.

Tabla 2. Identidad de género a nivel constitucional

	CRE	CNA
Derecho a la privacidad	Art. 66, núm. 20	} Art. 19
Derecho a la orientación sexual	Art. 66, núm. 9	
Derecho a la personalidad	Art. 66, núm. 5	
Derecho a la identidad	Art. 66, núm. 28	
Derecho a la integridad personal	Art. 33, núm. 6, lit.a	
Cláusula abierta de reconocimiento de derechos emergentes	Art. 98	Art. 33

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de la CRE, la CNA y José Miguel Onaindia. *La decisión sobre el género y los principios constitucionales*.

Originalmente, la Carta Magna argentina no reconoce expresamente el derecho a la identidad de género. Sin embargo, producto de la interpretación dinámica de las normas, se puede alcanzar un criterio adecuado y actual que permite que el alcance de los derechos de la CNA pueda garantizar la orientación sexual y la identidad de género. Tanto el derecho a la privacidad del art. 19 y el reconocimiento de nuevos derechos del art. 33 (ambos artículos leídos bajo la luz del art. 75, núm. 2, considerando los estándares internacionales de derechos humanos provenientes de los tratados enlistados dentro de la norma) son utilizados para el presente análisis. Al no existir expresamente ningún tipo de cláusula restrictiva del derecho a la orientación sexual e identidad de género, la interpretación dinámica de las normas antes descriptas resulta beneficiosa para que el derecho en referencia tenga bases constitucionales para su respeto y garantía por parte del Estado.³³

33 José Miguel Onaindia. "La decisión sobre el género y los principios constitucionales", en Carolina von Opiela: *Derecho a la Identidad de Género-Ley N° 26.743*. Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 19-26.

La CRE garantiza expresamente el derecho a la identidad de género (art. 66, núm. 9), y complementa el de identidad (art. 66, núm. 28), al reconocer la existencia de una identidad autopercibida libremente escogida y que refleja las condiciones de la persona. Esto último debería de facilitar el cambio de identidad para las personas trans en el Ecuador. Para que la interpretación integral de la CRE responda a la centralidad en los derechos, se integra a la anterior interpretación el derechos a la privacidad (art. 66, núm. 20) y al desarrollo de la personalidad (art. 66, núm. 5), que sumados con la aplicación directa de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 11, núm. 3) genera una estructura dura que ampara y protege el derecho a la identidad LGBTI, en particular de la población trans.

Sin embargo, el problema de Ecuador es que a pesar de la existencia de una Constitución garantista, al momento de ser aplicada en casos particulares, es interpretada a través de la visión del biopoder, el patriarcado y la heteronormatividad de los operadores de justicia, quienes se dejan llevar por prejuicios y estigmas sin entender la importancia de la interpretación integral y dinámica del texto en beneficio de las personas. Los operadores de justicia señalan que tal derecho a la identidad autopercibida para la población trans no existe, sin tomar en cuenta que la CRE prevé para esta situación la cláusula abierta de reconocimiento de derechos emergentes (art. 98).

En el caso argentino, la CNA no hablar expresamente de la identidad de género, por lo cual se requiere un ejercicio de interpretación dinámica para garantizar dicho derecho.

Las dos Constituciones, al contener cláusulas abiertas, permiten el reconocimiento de los derechos emergentes. La importancia de resaltar este punto radica en que los operadores de justicia, o la función legislativa, dentro de estos países, tienen la posibilidad de armar integralmente el derecho a la identidad de género a través de la interpretación dinámica y *prohomine* de las Constituciones, con el fin de que la identidad autopercibida sea legalizada como un elemento del desarrollo de la personalidad humana.

A pesar de esta amplia base constitucional por parte de la CRE y la limitada garantía de la CNA, la identidad autopercibida es reconocida parcialmente en el Ecuador, mientras que en Argentina este derecho está siendo protegido en su máxima expresión. Sin embargo, en el caso de los dos Estados, en particular Argentina, para el logro de esta reivindicación se necesitó de una ley: la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación (LRCIC) o Decreto Supremo N° 278, en el Ecuador; y la Ley de Identidad de Género (Ley N° 26.743) y Decreto-ley N° 18.248, en Argentina.

Para un análisis comparativo entre los dos países, existen cuatro categorías factibles de ser analizadas: nombre, requisitos para cambio de identidad, trámite judicial y documento.

En el caso argentino, la Ley de Identidad de Género (Ley N° 26.743) representa un avance trascendental para el respeto y la garantía del derecho a la identidad, que beneficia especialmente a la población trans, debido a que esta norma no solo se limita al cambio de nombre, sino que significa el cambio en los

Tabla 3. Garantía legal de la identidad de género entre Ecuador y Argentina

	ECUADOR	ARGENTINA	
	LRCIC	Ley Identidad de Género	Decreto-ley 18.248
Nombre/ identidad autopercibida	Art. 78: ... Prohibase igualmente el empleo de nombres diminutivos, a menos que se trate de aquellos que se hayan independizado suficientemente, y de aquellos comúnmente usados como apellidos. <i>Se cuidará de que el nombre o nombres con que se hace la inscripción del nacimiento permitan precisar el sexo del inscripto.</i>	Art. 2: Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo...	Art. 2: El nombre de pila se adquiere por la inscripción en el acta de nacimiento. Su elección corresponde a los padres; a falta, impedimento o ausencia de uno de ellos, corresponde al otro o a las personas a quienes los progenitores hubiesen dado su autorización para tal fin.
Cambio de identidad	Art. 84: Los nombres de una persona capaz podrán ser cambiados por una sola vez, sin más que su voluntad, previa solicitud del titular de la partida de nacimiento al Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación...	Art. 4: Toda persona que solicite <i>la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen</i> , en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos: 1. Acreditar la edad mínima de dieciocho (18)... 2. Presentar (...) una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente... 3. Expresar el nuevo nombre de pila elegido (...) En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial...	Art. 15: Después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, no podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos.

	ECUADOR	ARGENTINA
	LRCIC	Ley Identidad de Género
Trámite judicial	<p>Art. 89: Salvo lo dispuesto en el artículo 94, si se hubiere omitido alguno de los requisitos determinados en el artículo 25, <i>o se tratare de una partida con datos inexactos referentes a dichos requisitos, o si cambiare el sexo del inscripto, el interesado podrá pedir al juez de lo civil competente que declare la nulidad o la reforma de la partida. La demanda se tramitará en juicio sumario y se resolverá previos los dictámenes del Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación de la capital provincial y del Ministerio Público...</i></p>	<p>Art.5: ... <i>representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas...</i></p> <p>Art. 8: La rectificación registral conforme la presente ley, una vez realizada, solo podrá ser <i>nuevamente modificada con autorización judicial.</i></p>
Documento	<p>Art. 97: La identidad personal de los habitantes de la República se acreditará mediante la cédula de identidad o la de identidad y ciudadanía...</p>	<p>Art. 6: ... notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil de la jurisdicción donde fue asentada el acta de nacimiento para que proceda a emitir una nueva partida de nacimiento ajustándola a dichos cambios, y a expedirle un nuevo documento nacional de identidad que refleje la rectificación registral del sexo y el nuevo nombre de pila...</p>

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de la Ley Registro Civil, Identificación y Cedulación, de Ecuador y la Ley Identidad de Género y Decreto-ley N° 18.248, de Argentina.

documentos del sexo asignado al nacer a la identidad autopercebida. Sin embargo, la ley no solo encara esta problemática silenciada por todos los Estados, sino que la afianza con garantías de salud integral y una obligación de interpretación con respeto a la identidad de género al momento de la aplicación de las normas.

La ley ecuatoriana señala que es posible un cambio en el nombre, siempre y cuando aquel que se vaya a poner responda a los condicionamientos legales, gramaticales y de género.³⁴ En este sentido, el nombre representa la imposición del *biopoder* y de las características del rol que la persona está asignada a cumplir en la sociedad. Es importante destacar que

toda vez que los Registros Civiles están facultados para interpretar si el nombre cae bajo alguna de estas causales que permiten rechazar la inscripción de un nombre y, dada la vaguedad de los términos empleados, existe dificultad en precisar los límites de cada una de dichas características.³⁵

Por su parte, el caso argentino tiene dos vertientes: la del Decreto-ley N° 18.248 y la Ley de Identidad de Género. En la primera existe el mismo criterio que en la ley ecuatoriana,³⁶ al señalar la prohibición del registro de un nombre que “suscite equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone”. La siguiente vertiente proviene de la Ley de Identidad de Género, la cual tiene en cuenta la existencia del biopoder, y mediante la noción de la utilización de las tecnologías en el cuerpo, construye un concepto de identidad que supera al nombre a través de la garantía de la identidad autopercebida que se configura legalmente en el cambio del nombre, del sexo y la imagen en los documentos de identificación personal bajo una cláusula de confidencialidad. La ley refleja, también, la influencia del biopoder al permitir que los niños, niñas y adolescentes (NNA) puedan acceder al cambio de identidad bajo algunos condicionamientos como la revisión judicial del procedimiento. Sin embargo, en la CRE existe el reconocimiento a la identidad autopercebida (art. 66, núm. 28), que mediante una interpretación constitucional adecuada podría tener los mismos alcances que el art. 2 de la Ley de Identidad de Género argentina. El problema es que los funcionarios públicos no suelen asumir su responsabilidad de aplicar directamente la Constitución, motivo por el cual no proceden al cambio el sexo en el documento de identidad, sin mediar un proceso judicial.

En el Ecuador, la ley limita a la identidad al nombre, siendo los requisitos para cambiarlo, los mismos que para inscribir uno por primera vez: que sea “coherente” en lo cultural, gramatical y de género, ya que la persona que modificó su

34 LRCIC, art. 78: Requisitos para inscripción. La inscripción de un nacimiento deberá hacerse con no más de dos nombres que se tengan por tales en el uso general ecuatoriano. Tratándose de hijos de extranjeros podrán escogerse libremente estos dos nombres. Queda prohibido emplear en la inscripción de un nacimiento, como nombres los que constituyan palabras extravagantes, ridículas o que denigren la personalidad humana o que expresen cosas o nociones, a menos que su uso como nombres se hubiere consagrado tradicionalmente. Prohibase igualmente el empleo de nombres diminutivos, a menos que se trate de aquellos que se hayan independizado suficientemente, y de aquellos comúnmente usados como apellidos. Se cuidará de que el nombre o nombres con que se hace la inscripción del nacimiento permitan precisar el sexo del inscripto.

35 Carolina von Opiela. “Transformaciones: la (in) estabilidad del nombre”, en *Derecho a la Identidad de Género-Ley N° 26.743, op. cit.*, p. 214.

36 *Ibíd.*, p. 215.

biocuerpo a tecnocuerpo acude al Registro Civil ecuatoriano bajo una *performance* distinta a la impuesta al nacimiento. El Estado procede a tramitar su solicitud bajo la vía judicial, coartando la libertad de la persona trans y causándole un trato discriminatorio. En la Argentina, se procederá al cambio no solo del nombre, sino también del sexo y la imagen dentro de los documentos personales de identidad. Así, los requisitos se limitan a verificar la mayoría de edad, la presentación de la solicitud de cambio y la manifestación del nuevo nombre de pila. Con base a lo señalado, la ley argentina respeta la decisión individual de las personas sobre la identidad autopercebida y su *performance* de género, sin la necesidad de victimizarla en un proceso judicial.

En el Ecuador, solo las personas trans son obligadas por ley a seguir un proceso judicial para el cambio del nombre. El caso argentino contempla la posibilidad de judicializar el cambio de identidad autopercebida (nombre y sexo) del documento de identidad en dos momentos, el primero cuando la persona sea menor de 18 años y el segundo cuando una persona adulta que ya ha sido beneficiaria de la ley una primera vez solicita un nuevo cambio. A pesar que existe esta protección especial a los niños y niñas cuando su identidad autopercebida ha sido modificada a través de su padres o tutores, es importante señalar que si cuando ese niño o niña cumple su mayoría de edad pretende cambiar su identidad nuevamente, tendrá que someterse a un nuevo proceso judicial; por lo que en estas situaciones estas personas podrían afrontar dos juicios relativos a su identidad de género. Por lo tanto, el proceso ecuatoriano resulta discriminatorio y ofensivo hacia las personas trans y su identidad autopercebida, mientras que el argentino se encarga de proteger en cada instante la decisión personal y manifiesta una mayor injerencia solo en caso de menores de edad.

En el Ecuador, el documento de identidad, cambia el nombre de una persona trans después que dentro del proceso judicial el juez o jueza se haya pronunciado favorablemente a la solicitud; sin embargo, la modificación de la tarjeta índice se hace exclusivamente del nombre de pila por lo que en todos los documentos, con lo cual en la identificación de la persona seguirá constando el biocuerpo de nacimiento, que no es coherente con la realidad del tecnocuerpo. En el caso argentino, en cambio, las modificaciones que se hacen a los documentos, respetan la identidad autopercebida, lo que implica el cambio del nombre, del sexo y la imagen de la persona en todos sus documentos personas de identificación.

De acuerdo a lo señalado, podemos afirmar que existe un principio de inmutabilidad del nombre en la LRCIC y en el Decreto-ley N° 18.248, debido a que las dos normas tienen como hipótesis que los nombres asignados por terceros trascenderán a las decisiones personales posteriores, y que solo por situaciones excepcionales estos deben ser modificados, dado que dicho principio se encuentra en conexión con el de la seguridad jurídica y orden público³⁷ dentro de los negocios jurídicos, por lo que responde a un fin utilitarista más allá que la garantía.

Se torna necesario reflexionar acerca de si la Ley de Identidad de Género y el art. 66, núm. 28, de la CRE, mantienen el binarismo del biopoder patriarcal. Al

37 *Ibid.*, p. 209.

realizar un análisis superficial de la ley, podría pensarse que en efecto se mantiene el binarismo, debido a que las personas trans, al conformar su tecnocuerpo de acuerdo a las características de un biocuerpo distinto al suyo, pretenden que el Estado reconozca su tecnosexo como biosexo, lo que genera aquí condiciones binarias entre hombre y mujer siendo las modificaciones tecnológicas ese camino para encajar en cualquiera de los dos estereotipos. Desde esta perspectiva, se podría entender que la ley en referencia no realiza cambios para la identidad autopercibida, sino que mantiene los patrones patriarcales asimilados por las personas trans. Sin embargo, esta conclusión *a priori* significaría desconocer la existencia real del patriarcado a través del biopoder que pretende que pensemos que toda la dinámica social se divide en dos mundos, uno masculino-femenino y otro hétero-homosexual; pero la Ley de Identidad de Género es ese espacio que se abre dentro del binarismo para que la idea biológica del cuerpo para condicionar una identidad sea descartada en virtud del dinamismo de la construcción permanente y dinámica de la identidad a través de los dispositivos fármaco-pornográficos, los cuales permiten a las personas construir una identidad autopercibida, que sea legitimada por el Estado. Pero si bien la identidad autopercibida se da dentro del contexto binario de sexo biológico, ese espacio de decisión es una reivindicación de las decisiones personales sobre la conformación de los tecnocuerpos, que a través de la evolución de la sociedad y el progresivo derrumbamiento del biopoder y la heteronormatividad, permitirá que la contrasexualidad se imponga, estableciéndose así una despreocupación del estereotipo del biocuerpo dentro de los documentos de identidad.

2.2. Análisis de casos ecuatorianos sobre identidad de género

El biopoder afecta a la norma y establece restricciones sobre las decisiones del cuerpo, comprometiendo no solo los derechos de las personas, sino también exponiendo la responsabilidad internacional del Estado. Existen dos casos ecuatorianos relativos a identidad de género de personas trans, que sirven para ejemplificar las decisiones contradictorias del poder estatal, sin que ninguna de las dos haya logrado alcanzar rango nacional de jurisprudencia.

El primer caso es la sentencia de 25 de septiembre de 2009 emitida por la Corte Provincial de Pichincha, siendo juez ponente del Dr. Ramiro García Falconí; dentro de la Acción de Protección³⁸ N° 365-09-JLL accionada por el Sr. Dayris Estrella Estévez Carrera, y que se inicia refiriendo el sistema de Justicia a la víctima, siendo este el estigma por el cual se origina la lucha por la identidad autopercibida.

La accionante acudió al Juzgado Noveno de lo Civil de Pichincha para exponer a la magistratura que el Registro Civil del Ecuador le había violentado

38 CRE, art. 88: La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

sus derechos constitucionales, debido a que se negó a reconocer su identidad autopercibida dentro del documento de identidad. El juez tramitó la acción por vía constitucional a través de una acción de protección a la cual la rechazó, motivo por el cual la accionante apela la sentencia, remitiéndose el caso a la Corte Provincial de Pichincha. Los derechos de la CRE que se mencionaron como vulnerados en el proceso fueron aquellos que constan dentro del art. 66 (derechos de libertad), siendo los siguientes: núm. 3 lit. a (integridad física, moral y sexual), núm. 4 (igualdad formal y material), núm. 5 (desarrollo de la personalidad), núm. 9 (libertad en identidad de género) y núm. 20 (intimidad). Adicionalmente de los alegatos de la parte accionante, la Corte tomó en cuenta las resoluciones defensoriales de la Defensoría del Pueblo a través de las cuales se solicitaba al Registro Civil que realizara el reconocimiento de la identidad autopercibida de Dayris Estrella Estévez Carrera para que sus derechos puedan ser ejercidos con mayor libertad y en armonía con su dignidad de ser humanos. Sin embargo, el Registro Civil no las acogió.

Al momento de realizar su análisis jurídico, la Corte toma como sustento el art. 66, núm. 28, de la CRE, relativo al derecho a la identidad autopercibida, para establecer que el Ecuador reconoce ese derecho de escoger libremente la identidad según sean las convicciones culturales, sociales, religiosas, entre otras.³⁹ Adicionalmente, se toma el criterio sobre la conexión del derecho a la intimidad personal con el derecho a la identidad autopercibida, y así lograr cambiar el sexo dentro de los documentos personales de identidad.⁴⁰ Logrando consolidar este razonamiento dentro del paraguas de la dignidad humana y señalando que la orientación sexual y la identidad de género dejaron de ser consideradas como enfermedad, no es lógico que se estigmatice a la identidad autopercibida para que se puedan cambiar los documentos de identidad debido a que el derecho a la identidad es

... una derivación de la Dignidad Humana, así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad y estimamos que la identidad sexual es parte del núcleo duro de esa misma dignidad, resulta ilegítimo que el Estado pretenda limitar el derecho libre desarrollo bajo argumentos que evidencian claramente rasgos discriminatorios.⁴¹

Por lo tanto, la Corte decidió aceptar la acción venida de grado y ordenó al Registro Civil cambiar los datos de identificación de Dayris Estrella Estévez Carrera para que su identidad pase de masculino a femenino.

También se analiza la Acción de Protección N° 0912320100681, del 29 de julio de 2010, accionada la Sra. Diane Rodríguez y sustanciada ante la Corte Provincial del Guayas. En dicho caso, la accionante apeló ante la denegación de la primera acción, frente a lo cual la Corte la niega a través de una sentencia con fundamentación muy limitada. En esta sentencia la accionante manifiesta que se le ha vulnerado su derecho a la identidad debido a que

39 Corte Provincial de Justicia de Pichincha. N° 3 65-09-JLL. Quito, 2004, Considerando 4.

40 *Ibíd.*, Considerando 5.

41 *Ibíd.*, Considerando 10.

... es una mujer transgénero de nacionalidad ecuatoriana que se identifica genéricamente como una mujer reasignada familiar y socialmente y que ha sufrido actos de discriminación por poseer aún nombres femeninos y sexo masculino por lo que en su cédula de ciudadanía ha intentado hacer varios cambios, pero el departamento legal del Registro Civil identificación y cedulación no lo ha permitido.

Por su parte, el Registro Civil responde manifestando que

... en ninguna parte contempla el derecho ni la posibilidad de cambiarse de sexo, ni confiere competencia alguna a los funcionarios del Registro Civil para que procedan con el cambio de identidad de género masculino a femenino o viceversa en la tarjeta índice ni en la cédula de identidad y que por lo tanto cualquier resolución de autoridad pública conducente a cambiar la identidad de género de una persona devendría en inconstitucional.

La Corte, tomando los argumentos de las partes, determinó la inexistencia del derecho al cambio de identidad dentro de la CRE y de la LRCIC, motivo por el cual la petición de cambio de identidad de género fue rechazada.

El tercer caso proviene de la justicia argentina. Este lleva el nombre de *Trinidad Florencia c. GCBA s/Amparo*, y fue tramitado bajo un Amparo cuya sentencia se emitió el 19 de noviembre de 2010, en el Expediente N° 39.662/0, Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario (CAyT) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) N° 4, por la Jueza Helena Liberatori. Este es uno de los primeros casos argentinos en emitir un criterio de reconocimiento de la identidad autopercebida de las personas trans, siendo la beneficiaria la Sra. Florencia Trinidad, a la cual se reconoció el cambio de nombre y género en el Documento Nacional de Identidad (DNI) sin ningún tipo de condicionamiento.⁴²

El Ecuador reconoció un año antes que la Argentina el derecho a la identidad autopercebida: la sentencia del caso de Dayris Estrella Estévez Carrera data de 25 de septiembre de 2009, mientras que el de Florencia Trinidad se resolvió el 19 de noviembre de 2010. Sin embargo, la sentencia ecuatoriana no generó jurisprudencia dentro del sistema jurídico nacional, ya que la Corte Constitucional no la seleccionó para tal efecto dentro del plazo establecido por el art. 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador (LOGJCC).⁴³ Debido a esa despreocupación o desinterés voluntario o intencional,

42 Carolina von Opiela, *op. cit.*, p. 219.

43 LOGJCC, art. 25: Selección de sentencias por la Corte Constitucional. Para la selección de las sentencias por la Corte Constitucional, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1) Todas las sentencias ejecutoriadas de garantías jurisdiccionales serán remitidas en el término de tres días contados a partir de su ejecutoria a la Corte Constitucional, para su conocimiento y eventual selección y revisión. 2) La Sala de Selección, después de conocer las sentencias, escogerá discrecionalmente aquellas sentencias objeto de la revisión. El caso seleccionado se hará conocer a través del portal de internet de la Corte Constitucional. 3) La exclusión de la revisión no requiere de motivación expresa. 4) La Sala de Selección tendrá en cuenta los siguientes parámetros para la selección, que deberán ser explicados en el auto de selección: a) b) c) d) 5. la 6. 7. La Corte definirá los mecanismos para registrar y controlar los casos remitidos y no seleccionados. 8) La Corte dictará sentencia en los casos seleccionados dentro del término de cuarenta días siguientes a su selección. 9) Se remitirá, una vez adoptada la decisión, el expediente a la jueza o juez competente

el caso de Estrella Estévez solo tiene efecto interpartes, y cuando en el año 2010 la Sra. Diane Rodríguez presentó su caso en Guayaquil, tuvo una respuesta negativa por la Corte del Guayas a pesar de su similitud con el anterior. Esta discordancia de criterios tiene que ver con la interpretación constitucional, debido a que en el primer caso se evidencia que la Corte de Pichincha utilizó los métodos considerados en la LOGJCC,⁴⁴ realizando una lectura sistemática y dinámica de la CRE. Sin embargo, en el caso de Diane Rodríguez, la Corte decidió aplicar la sana crítica, es decir, la aplicación del biopoder y la heteronormatividad a través de los prejuicios y estigmas sociales, con el fin de denegar el reconocimiento legal de identidad autopercebida.

En este orden de ideas, la Corte IDH, en el caso *La Cantuta Vs. Perú*, manifestó que el derecho a la personalidad jurídica representa que a toda persona se le reconoce en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los mismos.⁴⁵ Sobre esta situación, la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *D. van Oosterwijk contra Bélgica*, recalcó que una persona trans tiene derecho de modificar tanto sus documentos de identificación como su partida de nacimiento, debido a que eso significa ejercer su derecho a la privacidad. Esto lo faculta a desarrollar relaciones sociales, protegiendo así el campo emocional de la persona y la realización de la propia personalidad.⁴⁶ Afianzando lo anterior, la Corte Europea de Derechos Humanos manifestó que los instrumentos de derechos humanos protegen el derecho de los trans al desarrollo personal y a la seguridad física y moral, por lo que el derecho a la identidad y desarrollo de la personalidad son rasgos de la identidad de género.⁴⁷

Con base a lo señalado, los estándares internacionales en materia de identidad de género exigen de los Estados, el cambio de su normativa y procedimientos para que la población trans sea protegida por la ley y así puedan cambiar sus documentos de identificación que reflejen la identidad autopercebida por la persona.

Se puede suponer que si los casos ecuatorianos hubiesen sido atendidos bajo la Ley de Identidad de Género argentina, no hubiesen sido judicializados y toda la población trans de Ecuador a la fecha de hoy tendrían sus documentos bajo su identidad autopercebida así como atención médica especializada para acompañar la decisión personal en sus tecnocuerpos. La poca capacidad de incidencia de la Corte Constitucional ecuatoriana ha provocado que la identidad LGBTI siga siendo vulnerada.

de primera instancia, para que notifique a las partes la sentencia y la ejecute. 10) No cabe recurso alguno de ninguna de las decisiones tomadas por la Corte en el proceso de selección. El trámite de selección o revisión no suspende los efectos de la sentencia.

44 LGJCC, art. 3: Métodos y reglas de interpretación constitucional. Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente...

45 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2006, párr. 120.

46 Comisión Internacional de Juristas, *op.c it.*, p. 58; Comisión Europea de Derechos Humanos. *Caso D. Van Oosterwijk c. Bélgica, Aplicación N° 7654/76*, 1979.

47 Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*, pp. 60-61; CEDH. *Caso X e Y c. Países Bajos, Aplicación N° 8978/80*, 1985, párr. 22.

3. Identidad familiar LGBTI

3.1. Familias diversas

El art. 17 de la CADH y el art. 23 del PIDCP señalan que la familia es el elemento fundamental de la sociedad, por lo que debe ser protegida por el Estado y la misma sociedad; adicionalmente, recalcan la existencia del derecho al matrimonio bajo dos condiciones: mayoría de edad y libre consentimiento. Teniendo en cuenta este marco general, proveniente del derecho a la familia, podemos señalar que este se encuentra garantizado doblemente por el derecho internacional: dentro del derecho a la intimidad y en los derechos del niño. El primero, que ya se ha analizado en este trabajo, debe ser mirado bajo la perspectiva de la identidad y la familia.⁴⁸ Con respecto a los derechos del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su art. 5 que los Estados deben respetar los derechos y deberes de los padres de los niños, para que estos puedan orientar adecuadamente el desarrollo de sus hijos; el art. 8, por su parte, garantiza el derecho de los niños a preservar su identidad familiar, prohibiendo al Estado injerencias ilícitas para ejercer el derecho.

A partir de la base normativa expuesta, podemos notar que no existe definición conceptual de familia, ya que los instrumentos hacen referencia a aquella como esencia de la sociedad y el matrimonio. Es por ello que la normativa internacional reconoce el concepto más amplio de familia, como el ya citado art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).⁴⁹ La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familia (CIPDTMF), en su art. 4 señala que familiares son las personas casadas con trabajadores/as migrantes o que tengan una relación, por lo que todos los efectos del matrimonio se mantendrán para las personas que conforman vínculos familiares.

A pesar de tener estos lineamientos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General N° 19, estableció que el concepto de familia no tiene un concepto único, que los Estados deben proteger las dinámicas sociales que constituyen familias con independencias de sus lazos jurídicos.⁵⁰ Es por eso, que el Comité en el caso *Balguer Vs. España* aclaró la existencia de una familia se debe interpretar a través de algunos elementos como la vida en común, los lazos económicos, una relación regular e intensa, entre otros.⁵¹

La Corte IDH, en la OC17/02, adiciona a los elementos antes descriptos la idea de que familia abarca a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano,⁵² pero abre más el espectro del derecho a la familia cuando dentro del

48 Daniel O'Donnell, *op. cit.*, p. 845.

49 *Ibid.*, p. 860.

50 Comité Derechos Humanos. *Observación General N° 19, art. 23. La familia*, párrs.2 y 3, 1990.

51 Daniel O'Donnell, *op. cit.*, p. 856; Comité Derechos Humanos. *Caso Balguer Vs. España*, 1994, parr. 10.2.

52 *Ibid.*, p. 857; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño OC17/2002*. Costa Rica,

caso *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, en el cual se discute la unión familiar de una madre lesbiana con sus hijas, se estableció que es violatorio la imposición de un concepto único de familia.⁵³ Para el contexto interamericano, el caso *Atala* representa el posicionamiento de las uniones afectivas de la población LGBTI como familia, motivo por el cual se interioriza en la región la obligatoriedad de los Estados en proteger a este tipo de familias.

En este sentido, la población LGBTI, debido a la diversidad en la conformación de sus relaciones personales, su procreación y su concepción de la sexualidad, aportan con criterios del derecho a la familia desde la convivencia y la vida en común, sin que necesariamente la reproducción o los parentescos consanguíneos sean los condicionamientos para su consideración como familia.

Desde el derecho a la familia, y más específicamente desde los derechos del niño, el caso *Atala* también contribuye a la desmitificación de la familia desde el patrón heterosexual, que considera al núcleo familiar donde un hombre y una mujer como padres constituye la forma ideal del desarrollo de un niño. El interés superior del niño no puede ser interpretado como una herramienta jurídica que obligue el crecimiento de un niño o niña en una familia heterosexual, dado que la orientación sexual no podría ser tomada como excusa de alejamiento o fracturación de la familia.⁵⁴

En la sociedad occidental han existido instituciones jurídicas (tales como el divorcio y la adopción y la misma familia LGBTI) que cambiaron la idea nuclear de la familia y que tienen su base en instrumentos de derechos humanos. De hecho, muchos Estados han reconocido la existencia de la familia LGBTI lejos de la lógica heteronormada;⁵⁵ sin embargo, a pesar de esta realidad, son pocos los Estados que en realidad asumen sus obligaciones de respeto, garantía y protección a la familia de la diversidad sexual y a su identidad como núcleo.

a) La familia diversa LGBTI en Ecuador y Argentina:

Ecuador y Argentina han asumido responsabilidades frente a los derechos humanos, tanto en la esfera nacional como internacional. Cabe entonces preguntarse en qué medida los estándares desarrollados están siendo aplicados a favor de la población LGBTI y sus familias. Para ello, es necesario identificar el sustento constitucional sobre la protección de las categorías orientación sexual e identidad de género. Estas están protegidas por la CRE como un principio y derecho de libertad en el art. 66, núm. 9, como el derecho a tomar decisiones libres y voluntarias sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, teniendo el Estado la obligación de promover medios para que esas decisiones se ejerzan de manera segura.

Adicionalmente, la CRE tiene dos artículos que son discordantes con toda la estructura integral de la norma:

2002, párr. 70.

53 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2012, párr. 175.

54 *Ibíd.*, párr. 154.

55 Daniel Berasteguí. *Creencias y Motivaciones en Gays y Lesbianas que quieren ser padres o madres*. Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2013, pp. 6-7.

Art. 67. Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

Art. 68. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.

Ahora bien, el desarrollo del criterio de la familia diversa por parte del Estado ecuatoriano se identifica de manera normativa en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, el cual dentro del Objetivo 2,⁵⁶ en el lineamiento estratégico 2.7 denominado *Garantizar la protección y fomentar la inclusión económica y social de personas en situación de movilidad humana, así como de sus diversos tipos de familias*, habla exclusivamente del trabajo de la política pública para el fortalecimiento y protección de las familias diversas resultado de la migración. Es así, que la real idea de familia diversa del Ecuador en la actualidad sigue siendo la nuclear heterosexual.⁵⁷

Por otro lado, la CNA no habla taxativamente sobre derecho a la familia, a la orientación sexual o al matrimonio; sin embargo, dentro del artículo 20 hace referencia a los casamientos de nacionales argentinos con extranjeros o extranjeras.⁵⁸

Este estudio considera tres instituciones jurídicas para analizar: matrimonio, unión de hecho y derechos del niño y la niña; con el objetivo de entender la manera de garantía de derechos de la familia diversa LGBTI y la forma en la cual esta construye una identidad que no es reconocida en su totalidad.

3.2. Matrimonio entre personas del mismo sexo

En Ecuador el matrimonio está desarrollado a través de la CRE y del Código Civil. El primero, en su art. 67, limita el acceso solo a las parejas de distinto sexo al matrimonio, y en esta misma línea, el CC ecuatoriano (CCE) manifiesta lo siguiente: “Art. 81. Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Teniendo como base que el matrimonio en Ecuador es exclusivo para las parejas de sexo distintos, las familias LGBTI carecen de beneficios tales como:

56 Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial en la diversidad.

57 SENPLADES. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*. Quito, 2013, p. 126.

58 CNA, art. 20: Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

sociedad conyugal o sociedad de bienes,⁵⁹ presunción de parentesco de hijos e hijas⁶⁰ y asignación de apellido a los hijos e hijas,⁶¹ sucesión por causa de muerte, beneficios laborales, beneficios en seguridad social pública, entre otros.

La Corte IDH, en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, estableció que la población LGBTI ha sido víctima de un proceso histórico de discriminación⁶² y que el caso ecuatoriano no es una excepción. El Informe de la Comisión de la Verdad del Ecuador⁶³ permite identificar formas particulares que adquirió la violencia contra la población LGBTI en el período 1984-2008 dentro del capítulo denominado “Violencia Sexual y Enfoque de Género. Patrones de Violaciones de Derechos Humanos”.⁶⁴ Sin embargo los patrones de vulneración que se relatan en el Informe no son similares a los actuales, ya que en la actualidad la diversidad sexual no es considerada delito. No obstante, la violencia a la población LGBTI en espacio asciende al 65,6%.⁶⁵

Por lo tanto, en Ecuador los brazos del biopoder todavía mantienen sequestrada la posibilidad a las personas de la diversidad sexual al acceso de un contrato solemne (matrimonio) a pesar de ser beneficiarios de un *corpus iuris* internacional sobre igualdad y no discriminación con base a orientación sexual e identidad de género, que es vinculante para Ecuador con base al art. 11, núm. 3, de la CRE. Lo que representa a su vez un menoscabo al art. 66, núm. 28, de la CRE, en el cual se garantiza la libertad del derecho a la identidad y a escoger nombre y apellido.

Adicionalmente, existe una obligación internacional proveniente del Examen Periódico Universal de la ONU del año 2012, en el cual Ecuador aceptó la recomendación de la Santa Sede que señala lo siguiente:

135.33. Proteger la institución de la familia y el matrimonio como unión conyugal entre un hombre y una mujer, sobre la base del consentimiento libre, de conformidad con la naturaleza humana y la idiosincrasia de la población ecuatoriana (Santa Sede).⁶⁶

El Estado ecuatoriano, desde su postura heteronormada, ha colocado barreras por todos los espacios posibles para afianzar su postura del no reconocimiento

59 CCE, art. 139.

60 CCE, art. 233: El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido. El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el art. 62, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

61 LRCIC, arts. 28-35.

62 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2012, párr. 92.

63 Comisión de la Verdad. *Informe Comisión de la Verdad Ecuador “Sin Verdad no hay Justicia”*. Ecuador, Ecuaditorial, 2010, Tomo 1, p. 19.

64 *Ibid.*, pp. 247-319.

65 Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) y Comisión de Transición para la Definición de la Institucionalidad Pública que Garantice la Igualdad entre Hombres y Mujeres. *Investigación (estudio de caso) sobre Condiciones de Vida, Inclusión Social y Derechos Humanos de la población LGBTI en Ecuador*. Quito, 2013, p. 34.

66 Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. *Examen Periódico Universal del Ecuador 2012*. Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2012, p. 104.

del matrimonio no heterosexual, situando en una posición bastante complicada a la población LGBTI, que debe pensar en la forma de hacer frente a esta discurso internacional del Gobierno ecuatoriano.

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la CADH señalan que el derecho a casarse contiene los requisitos del libre consentimiento de los interesados y la edad mínima,⁶⁷ en tanto que la orientación sexual y la identidad de género son consideraciones que no son contempladas para garantizar el derecho. El caso del matrimonio entre personas del mismo sexo de Argentina se basa justamente en la interpretación de los estándares internacionales de derechos humanos. Estos cambios a la institución familiar surgen a partir de la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio de las personas divorciadas, en 1985, veinticinco años después se abrió nuevamente la institución con el matrimonio entre las personas del mismo sexo, lo que representa la aceptación de una nueva escala de valores y de la interpretación dinámica de la CNA bajo la visión del principio de igualdad y no discriminación.⁶⁸

Esta interpretación de la CNA parte del “Bloque de Constitucionalidad Federal”, que permitió a los legisladores pensar que el matrimonio no heterosexual es una de las tantas formas posibles de constituir una familia. Sin embargo, también señalaron “que el matrimonio, como institución, ha sido la principal forma de familia contemplada en los distintos ordenamientos jurídicos, desde la antigüedad hasta nuestros días”,⁶⁹ motivo por el cual el matrimonio entre las personas del mismo sexo abriría la posibilidad de diversificar la concepción de familia en la sociedad argentina. Este cambio representaría, además, la más clara vigencia de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género.

La Ley N° 26.618, denominada Ley de Matrimonio entre Parejas del Mismo Sexo y popularmente conocida como “Matrimonio Igualitario”, representa por sí misma una revolución dentro de las instituciones familiares cerradas provenientes del biopoder; y puede ser entendida como un forma de proteger una realidad existente, que es la convivencia y existencia de familias constituidas por la población LGBTI a las cuales el matrimonio dota de seguridad jurídica y protección legal para todos sus miembros. Además, esta ley reformativa al Código Civil argentino (CCA) es una expresión de la aplicación directa de los integumentos de derechos humanos, en especial de los Principios de Yogyakarta, en donde su principio número 24 relativo al Derecho a Formar una Familia señala las siguientes obligaciones estatales:

Adoptarán todas las medidas legislativas para asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida.

Velarán por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias.

Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que en todas las medidas o decisiones

67 Daniel O'Donnell, *op. cit.*, p. 862.

68 José Miguel Onaindia. “El Matrimonio Igualitario desde la Constitución Nacional”, en Carolina von Opiela y Néstor Solari: *Matrimonio Entre Personas del Mismo Sexo Ley 26.618. Antecedentes. Implicancias. Efectos*. Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 14.

69 Néstor Solari. “Aspectos Axiológicos de la Ley”, en Carolina von Opiela y Néstor Solari, *op. cit.*, p. 194.

concernientes a niñas y niños que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas para que la orientación sexual o identidad de género del niño o la niña o la de cualquier miembro de la familia u otra persona no sea considerada incompatible con ese interés superior.

Todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños deben tomarse con la incorporación de las opiniones de niños y niñas con libertad y que estas sean debidamente tenidas en cuenta en función de la edad y madurez del niño o la niña.

Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de que los matrimonios de las personas de un mismo sexo tengan los mismos derechos que para parejas del mismo sexo casadas o que han registrado su unión.

Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que las parejas del mismo sexo unidas tengan los mismos derechos que las parejas heterosexuales unidas.

Garantizarán que el matrimonio y otras uniones reconocidas por la ley se contraigan únicamente mediante el libre y pleno consentimiento de ambas personas que conformarán el matrimonio o la unión.

En función de las obligaciones del principio 24 de los Principios de Yogyakarta, Argentina ha tomado acciones para garantizar y proteger el derecho a la familia LGBTI y a su identidad, siendo las principales las siguientes:

Medidas legislativas o administrativas que fomentan la formación de la familia LGBTI: La Ley N° 26.618, que reforma al CCA, fue promulgada el 21 de julio del 2010; en su art. 2 manifiesta que para el matrimonio se necesita la libertad y el consentimiento de las partes ante autoridad competente y que este tendrá “los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Adicionalmente, en su art. 16 que reforma al art. 326 del CCA abre la posibilidad de adopción a los matrimonios de la diversidad sexual. En este sentido, la primera obligación estatal sobre protección a la familia diversa está cumplida.

Medidas para reconocimiento legal: La Ley N° 26.618, en su art. 37 que reforma el art. 4 del CCA, habilita a los matrimonios de parejas del mismo sexo a registrar a sus hijos e hijas con sus apellidos, con la posibilidad de escoger el orden, a diferencia de las parejas heterosexuales que están obligadas al registro con el apellido del padre.

Interés superior del niño: La Ley N° 26.618 no habla directamente sobre la aplicación del principio, pero se entiende como transversal cuando la CNA en su art. 75, inc. 22, establece a la Convención sobre los Derechos del Niño como vinculante para Argentina, siendo el interés superior del niño y niña el que se aplica en todo procedimiento en el cual los derechos de esta parte de la población se estén determinando.

Posibilidad del niño o niña de expresarse: La Ley N° 26.618 en su art. 8 obliga a las autoridades judiciales a escuchar a los niños y niñas en audiencia durante el proceso de divorcio de sus padres y/o madres.

Igualdad de derechos entre matrimonios heterosexuales y no heterosexuales: este principio es transversal no solo para la aplicación de la Ley N° 26.618 sino

para la interpretación de toda la legislación argentina, caracterizando al principio de la siguiente manera:

Art. 42: Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.

Igualdad en las uniones civiles heterosexuales y no heterosexuales: Este elemento no es aplicable en la Argentina, ya que esta figura es reconocida solo en ciertos Estados. Tanto la Ley N° 23.264, de patria potestad y filiación, como así también la Ley N° 23.515 que modificó el régimen matrimonial e introdujo el divorcio vincular, otorgan ciertas garantías al concubinato, que les otorga similares efectos que al matrimonio. Sin embargo, en la actualidad el Congreso de la Nación está discutiendo la legalización de las uniones de hecho para todas las personas. El caso de Ecuador es distinto, porque la CRE garantiza la unión de hecho a todas las personas (incluidas las no heterosexuales), aunque a estas últimas les impide la adopción.

Garantía de que el matrimonio o la unión de hecho se haga en libertad y consentimiento: Como se vio en el punto 1, la Ley N° 26.618, en su art. 2, protege a que las personas que contraigan matrimonio lo realicen con libertad y consentimiento.

A partir de la lectura de los criterios del principio 24 de los Principios de Yogyakarta, relativo al derecho a la familia en función de la Ley N° 26.618, se puede concluir que la ley recoge todos los elementos para garantizar el derecho a la familia LGBTI; solo el punto 7 queda todavía pendiente debido a que la figura aún tampoco existe para parejas heterosexuales.

En Argentina, desde la sanción de la Ley N° 26.618, la población LGBTI puede acceder al matrimonio civil, y con ello a todos los derechos y obligaciones que antes no gozaban desde la perspectiva familiar, como pensión por fallecimiento de la pareja, cobertura de la seguridad social, derecho de nacionalidad, herencia,⁷⁰ estabilidad de la convivencia y de ayuda de los cónyuges, beneficios impositivos, protección de la sociedad conyugal, seguro de salud y derechos previsionales, posibles mensualidades después del divorcio, derechos parentales, entre otras.⁷¹ Esto representa una apertura histórica dentro de un contexto

70 Daniel Berzategui, *op. cit.*, p. 6.

71 Laura Clérico. "El Matrimonio Igualitario: Igualdad y/o Autonomía (1)", en Carolina von Opiela y Néstor

latinoamericano cargado de machismo y homofobia; es así, que la Ley N° 26.618 permite visibilizar a las familias de la diversidad sexual que salen del patrón del biopoder y binarios, a la vez que genera una lógica distinta de convivencia alejada de la línea exclusiva de la reproducción. Además, la ley permite a que estas familias, incluyendo sus hijos y sus hijas, tengan un nombre y un apellido que represente su armonía familiar dentro de un espacio de libre elección.

3.3. Unión de hecho

El matrimonio, como institución, ha sido desde las estructuras jurídicas la representación más visible de familia, ya que la misma representa el fundamento la organización social. Es así que durante mucho tiempo, sus elementos y constitución han sido intocables. Sin embargo, la institución ha sufrido modificaciones a lo largo del desarrollo de la sociedad: los divorcios, las adopciones, las familias de migrantes, y otras situaciones, han generado un replanteo sobre la estructura nuclear de la familia. A partir de ello, es que las distintas formas de familia exigen su protección.⁷² En este orden de ideas, las uniones de hecho o civiles nacen como producto de la dinámica actual de convivencia en pareja, en el cual el cumplimiento de ciertos requisitos durante un período de tiempo generan derechos y obligaciones entre la pareja.

El régimen de las uniones de hecho heterosexuales y no heterosexuales entiende que estas poseen los mismos derechos y obligaciones que las parejas unidas bajo matrimonio. Sin embargo, a esta institución se la pretende utilizar para diferenciar las uniones heterosexuales de las no heterosexuales, a pesar de que las uniones de hecho surten efectos para toda pareja que cumpla los requisitos de ley, independientemente de su orientación sexual. Si esta diferencia se consagra legalmente, se legitima la idea del biopoder en la cual el matrimonio es la unión entre hombre y mujer con fines reproductivos.⁷³

En Ecuador, el movimiento social LGBTI, al momento de redacción de la CRE, se limitó a proponer a la unión de hecho como su institución de identidad familiar, en lugar de remitir directamente el matrimonio como tema de debate.⁷⁴ En las discusiones de la asamblea constituyente, el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo no fue planteado, por ello la discusión sobre familia diversa se sustentó desde la perspectiva del fenómeno migratorio.⁷⁵ Con relación de las uniones entre parejas del mismo sexo, los y las asambleístas se limitaron a la unión de hecho, siendo este un tema “tratado al apuro, se votó sobre ese tema al final, cuando ya eran los últimos días para concluir con la asamblea”.⁷⁶ A pesar de esta falta de importancia que se le dio al asunto, se entendió que dicha

Solari, *op. cit.*, pp. 44-45.

72 Néstor Solari, *op. cit.*, p. 194.

73 *Ibid.*, pp. 194-195.

74 Movimiento Nacional LGBTI. *Propuestas para la Asamblea Constituyente*. Quito, 2008. Disponible en: <http://www.equidadecuador.org/es/todo/ATT1205151631-3.pdf>. Fecha de consulta: julio de 2014.

75 Lilia Granja. *El trato discriminatorio en la Constitución del colectivo LGBT en materia de Matrimonio*. Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2010, p. 59.

76 Luis Hernández, en Lilia Granja, *op. cit.*, p. 60.

reivindicación para las parejas del mismo sexo “les permitiría proteger derechos patrimoniales que juntos se construye”.⁷⁷ Por tanto, desde la normativa ecuatoriana, la figura de la unión de hecho para las parejas del mismo sexo no tiene otro fin que la protección patrimonial, cegándose a la realidad de la familia de la diversidad sexual y su respectivo derecho a la identidad.

En Ecuador, la unión de hecho se encuentra garantizada en la CRE y en el CCE, mientras que en el caso de Argentina, esta figura no se encuentra legislada a nivel nacional, dado a que es competencia federada que se ejecuta a través de la decisión de cada ciudad. Es así que solo cuatro ciudades cuentan con la garantía de este hecho: CABA,⁷⁸ Ciudad de Río Cuarto,⁷⁹ Río Negro⁸⁰ y Villa Carlos Paz.⁸¹

A partir de ello, es que solo es posible un análisis que compare alguna de estas jurisdicciones con la del Ecuador. Se tomará entonces la Ley N° 1004 de la CABA para realizar el comparativo con la normativa ecuatoriana relativa al mismo tema.

La unión de hecho en Ecuador y Argentina tienen requisitos para su reconocimiento tales como: mayoría de edad, lapso del tiempo, unión estable y monogámica y no encontrarse casado; sin embargo, los requisitos del matrimonio son únicamente la libertad, la voluntad, no estar casada o casado al momento del matrimonio y la mayoría de edad. En el caso argentino, al estar reconocido el matrimonio y la unión de hecho entre las personas del mismo sexo, es solo decisión de la pareja escoger la institución jurídica por la que deseen formalizar; en el caso ecuatoriano, las parejas del mismo sexo deben cumplir más requisitos para formalizar su unión de hecho que para casarse. Por ejemplo, si en Ecuador una pareja heterosexual se conoce veinte minutos en la calle y desean casarse, puede ir al Registro Civil y hacerlo, mientras que una pareja no heterosexual por no tener la posibilidad de acceder al matrimonio debe esperar al menos dos años para formalizar su relación, motivo por el cual, si algo sucede en el lapso de tiempo antes de los dos años, la pareja se queda sin piso jurídico para exigir derechos civiles y/o patrimoniales.

En la Argentina, las uniones de hecho deben registrarse en el Registro Público de Uniones Civiles para darle publicidad a la formalización de la relación, mientras que en el Ecuador el registro de las uniones de hecho en el Registro Civil no se contempla en la LRCIC, dado que el estar “unido de hecho” no se constituye un Estado Civil, aunque tenga los mismos efectos que el matrimonio. Sin embargo, en Ecuador, fruto de la lucha del movimiento social LGBTI, a partir del 15 de septiembre del 2014 se logró que el Registro Civil registre en las cédulas de identidad las uniones de hecho realizadas ante notario/a público/a para brindar publicidad y seguridad jurídica a este tipo de relaciones constituidas al amparo de la ley.⁸²

77 María Soledad Vela. Acta 86. *Sumario*. Montecristi, Asamblea Constituyente, 15 de julio de 2008, Biblioteca Virtual Asamblea Nacional Constituyente, p. 27, en Lilia Granja, *op. cit.*, p. 60.

78 CABA, Ley N° 1004, 12 de diciembre de 2002.

79 Por ordenanza aprobada por el Concejo Deliberante el 7 de mayo de 2009.

80 La Ley N° 3736 fue sancionada por la Legislatura el 10 de abril de 2003.

81 Unión Civil, art. 55 de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Villa Carlos Paz, provincia de Córdoba, República Argentina.

82 Registro Civil del Ecuador. Disponible en: <http://www.registrocivil.gob.ec/?p=3646>. Fecha de consulta: diciembre de 2014.

Tabla 4. Comparativo normativo sobre la unión de hecho

	CRE	CCE	LEY N° 1004
Requisitos	<p>Art. 68:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La unión estable y monogámica. - Entre dos personas libres de vínculo matrimonial. - Por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley. 	<p>Art. 222:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La unión de hecho estable y monogámica. - Más de dos años. - Entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial. - Con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. 	<p>Art. 1:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. - Unión estable y pública. - Período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común. - Los integrantes deben tener domicilio legal en CABA, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción.
Registro	Vacío	Vacío	Sí, art. 1, inc. D, y art. 2
Pruebas	Vacío	<p>Art. 223:</p> <p>Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos.</p> <p>El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente.</p>	<p>Art. 3: ... se prueba por testigos en un mínimo de dos (2) y un máximo de cinco (5), excepto que entre las partes haya descendencia en común, la que se acreditará fehacientemente.</p>

	CRE	CCE	LEY N° 1004
Efectos	Art. 68: ... generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.	Art. 222: ... da origen a una sociedad de bienes. Art. 225: ... constituir patrimonio familiar para sí y en beneficio de sus descendientes (...) Art. 231: Las reglas contenidas en el Título II, Libro Tercero de este Código, referentes a los diversos órdenes de la sucesión intestada en lo que concierne al cónyuge, se aplicarán al conviviente que sobreviviere, del mismo modo que los preceptos relacionados a la porción conyugal. Art. 232: ... parejas en unión de hecho tiene derecho a: a) A los beneficios del Seguro Social; y, b) Al subsidio familiar y demás beneficios sociales establecidos para el cónyuge.	Art. 4: Derechos: Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges
Hijos e Hijas	Art. 68: ... la adopción corresponderá solo a parejas de distinto sexo.	Vacío	Art. 4: Derechos: Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges
Aplicable a parejas del mismo sexo	Sí	No	Sí

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de la CRE, el CCE y la Ley N° 1004 de CABA.

La ley argentina permite a las parejas de la diversidad sexual acceder a la unión de hecho, mientras que en Ecuador el CCE no, sin embargo, con la CRE esta posibilidad se abrió bajo el principio de supremacía constitucional que se encuentra en el art. 424 de la CRE.

La ley argentina, al equipar los efectos de las uniones de hecho al matrimonio bajo una interpretación integral, entiende que la identificación de los hijos e hijas biológicos y en adopción siguen las reglas del CCA; mientras que el caso ecuatoriano es muy diferente a pesar de otorgar el mismo efecto a la unión de hecho que al matrimonio, debido a que existe la prohibición expresa de la adopción de niños y niñas por las parejas del mismo sexo. Sin embargo, no hace referencia sobre hijos e hijas biológicas que nacen después del reconocimiento legal de la unión, por lo que se podría entender que sigue las normas de registro de la LRCIC; sin embargo, como se analizará más adelante, la identidad familiar LGBTI en Ecuador se cuestiona aun así esta se haya formado en un unión de hecho formalizada legalmente.

Por lo tanto, la unión de hecho de parejas del mismo sexo en la Argentina y en Ecuador cuentan con requisitos específicos de los que carece el matrimonio, sin embargo, en el caso ecuatoriano, dicho obstáculo se vuelve se convierte más grave porque al no existir el matrimonio para estas parejas, la inseguridad jurídica de las mismas es persistente.

3.4. Derechos de niños y niñas

El estereotipo recurrente desde el biopoder es la noción de la imposibilidad de las parejas del mismo sexo a tener hijos e hijas o adoptar, debido al estigma proveniente de la patologización y criminalización de la diversidad sexual hasta 1990. Esta visión ha provocado en el imaginario social la idea de que los niños o niñas podían ser inducidos a no ser heterosexuales o que sean objeto de violación sexual. Bajo esta perspectiva, los tribunales y legisladores, con una aplicación muy discrecional del principio de interés superior del niño, impiden que la familia LGBTI pueda ser visible con hijos o hijas.

Esta falsa y absurda concepción de protección de la niñez de la no heterosexualidad, se presentó en Ecuador en dos casos. El primero, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 1997 dentro del Caso N° 111-97-TC, en la cual se despenaliza la no heterosexualidad en Ecuador, y donde el Tribunal sostuvo que:

El Tribunal debe precautelarse de la vigencia de los derechos garantizados por los artículos 32 y 36 de la Constitución, que proclaman la protección de la familia como célula fundamental del Estado y las condiciones morales, culturales, económicas que favorezcan la consecución de sus fines, así como la protección al menor, por parte de sus progenitores, del Estado y la sociedad para asegurar su vida e integridad física y psíquica, por lo tanto, no son inconstitucionales los incisos segundo y tercero del art. 516 que establecen una sanción penal para “Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo. O si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio, o

institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.⁸³

En este orden de ideas, el TC señala que se deben mantener como delitos las actitudes no heterosexuales entre hombres adultos y niños, bajo el argumento de la protección de la familia y los menores, sin analizar que la violación sexual es el mismo acto independientemente del sexo u orientación sexual de la víctima. Esta idea tiene un efecto hasta en la actualidad, en donde si bien se despenalizaron las relaciones no heterosexuales consentidas, siguen limitadas en su exteriorización. Para Judith Salgado, la interpretación final del TCE era reprimir a la diversidad sexual en la privacidad sin implicaciones públicas y menos aún familiares.⁸⁴

El segundo ejemplo fue el desarrollado en la redacción de la CRE dentro de la sección de la unión de hecho, debido a que el art. 68 de la Constitución prohíbe a las parejas del mismo sexo adoptar niños y niñas a pesar que sus uniones tienen los mismo efectos que un matrimonio heterosexual; sin embargo, bajo ningún tipo de justificación, la Constitución del 2008 discrimina expresamente el acceso a las parejas del mismo sexo para conformar familias LGBTI con niños y niñas adoptadas. El debate de la asamblea constituyente no tuvo mayores argumentos para plantear el tema de la familia de la diversidad sexual y mantuvo para el año 2008 el mismo criterio criminalizador y patologizante de la no heterosexualidad del TC de 1997.

Ahora bien, como se analizó al inicio de este capítulo, el derecho a la familia tiene otra vertiente que proviene de la garantía del derecho a la niñez, el mismo que se encuentra en los arts. 5 y 8 de la CDN. Estos artículos deben ser leídos en concordancia con el art. 2 de la misma Convención que en su inc. 2 señala que

los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares;

además de complementarse con el art. 3 relativo al interés superior del niño. En este sentido, la CDN es clara en señalar que los NNA no pueden ser discriminados o castigados por sus condiciones, expresiones o creencias de sus padres; dado a que la orientación sexual y la identidad de género son características inherentes a la dignidad humana, los NNA que desarrollen su vida en una familia LGBTI deben tener igual o mayor protección por parte del Estado para que no sean víctimas de violencia o discriminación por desarrollar su identidad familiar en espacios públicos, ya que el interés superior de estos NNA es el vivir con sus padres y madres en una sociedad que los integre en igualdad.

La CRE, en su art. 44, reconoce la obligación del Estado, la sociedad y la familia en lograr el desarrollo integral de las niñas y los niños; en el art. 45 garantiza el derecho a los NNA a su identidad, nombre, a tener una familia, disfrutar de una

83 Judith Salgado. *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*. Quito, ABYA YALA-Universidad Andina Simón Bolívar, 2008, p. 36.

84 *Ibíd.*, p. 34.

convivencia familiar y comunitaria además del respeto de su libertad y dignidad. Por otro lado, en el art. 69, en el que se enumeran las medidas para proteger a la familia, en el núm. 7 se señala que “no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella”.

En complemento de la norma constitucional, el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, en su art. 6 recalca expresamente que todo NNA es igual ante la ley y no podrá ser discriminado por su orientación sexual o la de sus padres. Con respecto al derecho a la identidad, este código, en su art. 33, lo garantiza resaltando que cada NNA debe gozar de nombre, nacionalidad y relaciones de familia; además señala que existirá sanción de los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho. El art. 24 es complemento del anterior, ya que menciona que los NNA tienen derecho a “conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar su identidad y valores (...) culturales (...), políticos y sociales y a ser protegidos contra cualquier tipo de interferencia que tenga por objeto sustituir, alterar o disminuir estos valores”. En el art. 35 se describe el derecho a la identificación en donde se manifiesta que los NNA deben ser “inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paternos y maternos que les corresponda (...)”. En el art. 36 se establece que para la identificación se debe emitir un certificado de nacido vivo, emitido por la entidad de salud donde ocurrió el parto, en el que “constará la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida”. Finalmente, en el art. 14 se recalca que ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar inexistencia de norma o procedimiento para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los NNA, ya que se debe aplicar el principio del interés superior del niño.

Entonces, desde la lectura integral de las normas constitucionales referentes al derecho a la familia e identidad de los NNA, las parejas del mismo sexo que tengan hijos e hijas biológicas tienen el derecho a inscribirlos bajo su identidad familiar, ya que el Estado se ha obligado a no exigir la calidad de la filiación al momento de registro de las personas recién nacidas, y estas tienen el derecho a que su identidad responda también a la identidad familiar a la que pertenece, así esta sea una LGBTI. Con base a la normativa de Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador (CNNA), la interpretación de la CRE hacia el derecho a la identidad familiar LGBTI con hijos e hijas biológicas se encuentra reforzada, debido a que existe una norma expresa de no discriminación por orientación sexual de las madres y padres, lo que conlleva a interpretar que las normas sobre identidad deberán responder a este principio debido a que estas reflejan la necesidad de individualizar a cada NNA bajo su contexto familiar, social y cultural; por lo que negar el registro de los hijos e hijas de las familias LGBTI es una vulneración constitucional y legal que podría acarrear sanciones a quienes señalen que no existe normativa expresa para el efecto. Por lo tanto, al no existir una prohibición expresa de la identificación familiar de los hijos e hijas de las familias LGBTI, el Estado ecuatoriano no tiene sustento legal para desconocer este derecho.

El caso argentino está amparado en el “Bloque de Constitucionalidad Federal” del art. 75, inc. 22, que otorga rango constitucional a la CDN, por lo

que sus normas deben ser entendidas como legislación interna argentina. Para desarrollar los derechos de los NNA en la Argentina, existe la Ley N° 26.061, o Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que en su art. 3 garantiza el principio de interés superior del niño con el fin de satisfacer al máximo sus derechos. En esta, se hace énfasis en el respeto al desarrollo personal de los NNA y en su medio familiar, social y cultural; y, en el inc. f, la ley hace referencia a que el centro de la vida de los NNA son los lugares en los cuales transcurren la mayoría de su existencia, por lo que la filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación, deben tomar en cuenta este punto. El art. 10 habla del derecho a la intimidad personal y familiar, y el art. 11 recalca la necesidad de los NNA a tener un nombre, una nacionalidad, a la preservación de sus relaciones familiares, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad. Finalmente, en el art. 12 se garantiza el derecho a la identificación estableciendo que para el registro de la persona recién nacida se debe probar el vínculo filial con la madre. Por otro lado, es importante recordar que la Ley N° 26.618, o Ley de Matrimonio de las Personas del Mismo Sexo, habilita a las familias no heterosexuales a colocar sus apellidos a sus hijos e hijas biológicas y/o adoptivas.

La familia tiene que ser pensada como una unión de vínculos de cuidado, atención y afecto, en la cual sus integrantes desarrollan su personalidad y crecen. El efectivo desarrollo de los NNA no depende de las condiciones sexuales de sus padres o madres, sino de la forma en que estos y estas guían el desarrollo cognitivo, físico, social, emocional, moral, sexual, espiritual, cultural y educativo de sus hijos e hijas. Por lo tanto, la persona que se caracteriza como padre o madre es aquella que influye positivamente en sus hijos o sus hijas a través del afecto, la crianza y la proximidad parental.⁸⁵ Esta lógica es la adoptada por la legislación argentina, que a través del reconocimiento del matrimonio a las personas del mismo sexo buscó incidir en la protección jurídica de los NNA que han sido productos de las relaciones familiares de la diversidad sexual.

En la Argentina, el Decreto N° 1006/2012, relativo a la “Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.618”, fue un paso en la garantía del derecho a la identidad familiar. El objetivo de este decreto fue la inscripción de los hijos e hijas biológicos de parejas de lesbianas, que habían sido registrados ante el Estado como hijos de madre soltera antes de la Ley N° 26.618. Gracias a esa ley, se constituyó la identidad familiar, y puede ser transmitida a los hijos e hijas de las parejas del mismo sexo. El decreto permitió unificar la identidad familiar que había sido cuarteada por la noción heteronormada de familia, lo que favoreció el interés superior de las niñas y niños a poseer igualdad de derechos a la identidad familiar. Es así que en el año 2012, el Decreto N° 1006 abrió un año para el registro de los NNA producto de uniones lésbicas anteriores a la Ley N° 26.618, teniendo esto varios efectos: visibilizar la existencia de familias LGBTI anteriores a la ley, legitimar la reproducción LGBTI,

85 Daniel Berasteguí, *op. cit.*, pp. 11-12.

dotar de derechos a los NNA en igualdad que aquellos producto de relaciones heterosexuales y, finalmente, legalizar la identidad familiar LGBTI en los DNI de estas familias.⁸⁶

Las situaciones, tanto de Ecuador como Argentina, en el tratamiento a los derechos de los NNA dentro del contexto LGBTI es muy diferente: a pesar que en Ecuador existe un sustento normativo explícito para que los hijos e hijas biológicos de las familias LGBTI puedan ser registrados con su identidad familiar, el problema de la prohibición constitucional del matrimonio y la adopción recrea la idea heteronormada de familia que impide que la política pública reconozca la identidad familiar de las uniones de hecho que repercute en la identidad personal y familiar de los NNA; en Argentina, la Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo permitió que el Estado tome decisiones que reflejan la aplicación del principio de interés superior del niño, como por ejemplo el Decreto N° 1006, que dota de derechos familiares y de identidad a los hijos e hijas provenientes de familias LGBTI.

4. La identidad familiar LGBTI

La OEA ha señalado que la orientación sexual está bajo el criterio de inmutabilidad, siendo una “característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”,⁸⁷ a la vez que define a la identidad de género como la “vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (...)”.⁸⁸ Por tanto, dichos rasgos van a permanecer y van a ser elemento determinante en la conformación de su identidad como pareja y como familia LGBTI.

En síntesis, teniendo en cuenta la legislación ecuatoriana y argentina sobre sus concepciones de familia diversa, matrimonio y unión de hecho, podemos concluir que:

- a) Determinación de identidad propia:⁸⁹ En el caso ecuatoriano, la única forma para que las parejas no heterosexuales puedan acceder a un reconocimiento legal es a través de la unión de hecho, de la cual no existe un registro formal de la pareja ni de su identidad como familia. En el caso argentino, al existir la opción de la unión de hecho y el matrimonio, las parejas tienen la libertad de escoger la institución que más le beneficie, ya que las dos tienen los mismos efectos.
- b) Nombre:⁹⁰ En Ecuador no existe una claridad evidente sobre el registro de las uniones de hecho, y por ende la posibilidad de establecer los apellidos familiares

86 Casa Rosada. *Entrega de los primeros DNI a personas que resultaron beneficiados por la Ley de Identidad de Género*. Buenos Aires, 2012. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=lcJR4EHmQvg>. Fecha de consulta: julio de 2014; y en <https://www.youtube.com/watch?v=FUDgPxJiYL0>. Fecha de consulta: julio de 2014.

87 Consejo Permanente de la OEA y Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Orientación Sexual Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes*, OEA/Ser. G CP/CAJP/INF. 166/12, 2012, párr. 16.

88 *Ibíd.*, párr. 18.

89 CIDH. *Informe N° 4/01 Caso 11.625, op. cit.*, párr. 46.

90 Corte IDH. *Caso Gelman Vs Uruguay, op. cit.*, párr. 127.

a la unión de la pareja del mismo sexo es una incógnita. La CRE prohíbe la adopción a las parejas de la diversidad sexual, y la legislación no prevé la forma de registro de los hijos e hijas biológicas de las parejas del mismo sexo. En Argentina, la Ley N° 26.618, en su art. 37, garantiza claramente la identidad de las hijas e hijos de las parejas del mismo sexo.

c) Protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el derecho a escoger o cambiar el nombre:⁹¹ En el caso de Ecuador, la LRCIC injiere arbitrariamente la libertad de elección del nombre que identifica a las familias heterosexuales, imponiendo el apellido del padre a los hijos e hijas, mientras que en las parejas del mismo sexo (unidas de hecho) se cierra la posibilidad del registro de la unión y de los hijos e hijos de esta. En Argentina, la Ley N° 26.618 puso un freno a la injerencia estatal sobre la orientación sexual de la vida familiar de las personas, y su posibilidad de escoger un modelo de familia como el LGBTI.

d) Definición de propias relaciones personales,⁹² incluidos los profesionales y comerciales, entre otros:⁹³ En Ecuador, las familias de la diversidad sexual no pueden presentarse como tales ante la sociedad o el Estado o para asumir obligaciones a través de negocios jurídicos, debido a la inexistencia formal de una sociedad conyugal, no siendo sujetos de crédito o beneficiarias de la seguridad social como conjunto. En el caso argentino, la situación es totalmente contraria, ya que la Ley de Matrimonio de Personas del Mismo Sexo permitió que existan alrededor de 7600 parejas del mismo sexo, casadas en 4 años de vigencia de la ley,⁹⁴ lo que significa un poder de visibilidad de estas familias en todos los ámbitos de la sociedad y, sobre todo, frente al derecho y al Estado.

e) Expresión libre y pública de la identidad personal para sí mismo o en relaciones interpersonales:⁹⁵ Si bien las familias no heterosexuales tienen la libertad de identificarse como tales para sí mismos y en sus relaciones interpersonales, esa decisión no está protegida por la normatividad ecuatoriana, como consecuencia de lo cual un 55,8% de los eventos discriminatorios en espacios públicos sigue dándose contra la población LGBTI,⁹⁶ mientras que en Argentina la cifra asciende del 36% al 38,7%.⁹⁷

f) Factor de individualización:⁹⁸ En Ecuador, las familias heterosexuales, al momento de contraer matrimonio, asumen una identidad como núcleo ante la sociedad, situación que las familias de la diversidad sexual carecen por su

91 Comité de Derechos Humanos. *Caso A. R. Coeriel y M. A. R. Aurik c. Países Bajos*, op. cit., párr. 10.2.

92 CIDH. *Informe N° 4/01*, op. cit., 2001, párr. 46.

93 Comisión Internacional de Juristas, op. cit., p. 57; CEDH. *Caso Lustig-Preen y Beckett c. Reino Unido*, Aplicaciones N° 31417/96 y 3277/96, op. cit., 1999.

94 <http://www.parlamentario.com/noticia-73794.html>. Fecha de consulta: junio de 2014.

95 Comité de Derechos Humanos. *Observaciones de 31 de octubre de 1994, Caso A. R. Coeriel y M. A. R. Aurik c. Países Bajos*, Comunicación N° 453/1991, párr. 10.2.

96 INEC y Comisión de Transición para la Definición de la Institucionalidad Pública que Garantice la Igualdad entre Hombres y Mujeres, op. cit., p. 34.

97 Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). *Mapa Nacional de Discriminación*. Buenos Aires, INADI, 2013, p. 38.

98 Corte IDH. *Caso Forneron e Hija Vs. Argentina*, op. cit., par.123

imposibilidad de acceso a dicha institución jurídica; mientras que en Argentina, por garantizar en igualdad el derecho al matrimonio, la individualización familiar LGBTI es un hecho.

g) Autodeterminación sexual en conexidad con los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo:⁹⁹ En este punto es necesario recordar que la decisión de formar una familia con una persona del mismo sexo es un proyecto de vida, al cual la Corte IDH lo refiere como un “concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”.¹⁰⁰

En Ecuador, el proyecto de vida familia LGBTI, como elemento del desarrollo de la personalidad individual así como de la identidad familiar, está restringido debido a que la unión de hecho de parejas no heterosexuales representa la única opción llena de obstáculos y vacíos jurídicos que impiden que en efecto se cristalice una identidad familiar. Es así que en Ecuador, el proyecto de una pareja de la diversidad de adoptar hijas o colocarles sus apellidos (siendo estos biológicos) es una imposibilidad que limita a que los proyectos de vida en conjunto de estas parejas logren surgir. Por otro lado, en Argentina, el proyecto de vida denominado familia LGBTI está plenamente garantizado por la institución del matrimonio, la cual formaliza la identidad familiar y brinda a las hijas e hijos biológicos y adoptados el ser nombrados bajos los apellidos de sus padres y/o madres sin ningún tipo de estereotipo o estigma.

El análisis de cada elemento del derecho a la identidad recalca el gran obstáculo existente en Ecuador para la familia LGBTI a causa de las restricciones constitucionales al matrimonio (art. 67, CRE) y a las adopciones (art. 68, CRE). Estas representan una transgresión directa del principio 24 de los Principios de Yogyakarta relativo al derecho a la familia. En Ecuador, no existe seguridad jurídica que brinde los mismos efectos del matrimonio a las uniones de hecho; el acceso a la unión de hecho representa el consolidar varios requisitos que no son necesarios para el matrimonio, y además estas limitaciones tanto legales como actitudinales siguen reproduciendo los patrones patologizantes de la diversidad sexual, ya que si se prohíbe la adopción a las parejas del mismo sexo, se sigue reproduciendo la idea de la enfermedad que se contagia, o peor aún, el supuesto de la agresión sexual de una persona no heterosexual a un niño o niña. Es así que la prohibición al matrimonio de las parejas del mismo sexo es una herramienta del biopoder para mantener, en Ecuador, la dualidad de tratamiento legal entre heterosexuales y no heterosexuales.

Por su parte, Argentina, gracias a la Ley N° 26.618, logró armar un aparatado normativo que responde a los Principios de Yogyakarta, brindándoles igualdad a las parejas del mismo sexo en la institución del matrimonio, ya que gozan de los mismos derechos y obligaciones que los matrimonios heterosexuales. Adicionalmente, la ley deja de lado los prejuicios sobre crianza e identidad de hijos e hijas biológicos y adoptivos de los matrimonios no heterosexuales,

99 Corte Constitucional Colombiana, *op. cit.*, párr. 4.

100 Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 1998, párr. 148.

debido a que se prevén los procedimientos para el registro de los matrimonios, la imposición de los apellidos familiares a los hijos e hijas de las familias de la diversidad sexual.

4.1. Casos ecuatorianos sobre identidad familiar

En Ecuador, tres tipos de familias LGBTI presentaron una demanda por vulneración de derechos a través de la justicia constitucional (garantías judiciales).¹⁰¹ Dichos casos responden a las instituciones familiares arriba analizadas: matrimonio, unión de hecho y derechos del niño y niña.

El primer caso que se abordará es aquel relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo, que se desarrolló en la Causa N°17203-2013-20843,¹⁰² sustentada en un Juzgado de Familia de primera instancia a través de una Acción de Protección. La situación llegó a instancias judiciales debido a que una pareja de lesbianas (Pamela Troya y Gabriela Correa), que se conocen hace más de cuatro años y que conviven hace más de dos, decidieron ir al Registro Civil de la ciudad de Quito para solicitar al Estado que les permitiera casar. Esta entidad emitió una resolución en la cual estipulaba que las solicitantes no podían casarse porque la CRE y el CCE restringen a las parejas del mismo sexo acceder al matrimonio. Frente a esta negativa del Estado, la pareja remitió a la justicia constitucional su caso señalando que el Registro Civil vulneró los siguientes derechos constitucionales: vida digna (art. 66, núm. 3), libre desarrollo de la personalidad (art. 66, núm. 5), igualdad y no discriminación (art. 11, núm. 2, art. 66, núm. 4, y art. 6), más el art. 17, núm. 2, de la CADH relativo al derecho a la familia.

El caso, debido a su implicancia social, pasó por varias juezas, quienes no se pronunciaron sobre el tema. Así, la primera acción presentada no fue admitida, a causa de lo cual la resolución judicial fue apelada. La Corte Provincial de Pichincha dictaminó sin cabida la decisión de la jueza y ordenó que otra autoridad judicial de primera instancia la conozca. Sin embargo, la nueva jueza decidió inhibirse de seguir sustanciando el caso después de la primera audiencia entre las partes. Frente a esta situación, la Corte ordenó a otra jueza su intervención en el caso y fue esta la que lo resolvió.

En la sentencia (14 de marzo de 2014) se expusieron los argumentos de las dos partes, por su lado el Registro Civil se limitó a esgrimir análisis de tipo procesal y legal sin llegar a puntualizar sus contraargumentos de descargo sobre los derechos que se señalaron como violentados. Además, el Registro Civil se limitó a señalar la rigidez de la limitación constitucional y legal relativa al matrimonio de las personas del mismo sexo, motivo por el cual su decisión tenía sustento constitucional. Por no existir menoscabos de derechos, el acto administrativo objeto del litigio debía ser tramitado por las vías contenciosas administrativas y no por las constitucionales, así llamó la atención el argumento de las subsidiariedad

101 CRE, arts. 86 y 88.

102 Corte Provincial de Pichincha, Sentencia de 14 de marzo de 2014, Causa N° 17203-2013-20843. Disponible en: <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>. Fecha de consulta: abril de 2014: Este proceso abarca un reclamo de una pareja lésbica al Registro Civil que no permitió su matrimonio debido a su orientación sexual. La acción de protección fue negada en las dos instancias.

de la acción de protección. Las accionantes, a través de su abogado patrocinador, expusieron el caso desde una perspectiva de la interpretación dinámica, sistemática y evolutiva de la CRE, para que no se entienda que se estaba solicitando la declaración de un derecho no contemplado en la Constitución. En este sentido, se tomó como transversal al principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género para que a esa luz se lea el art. 67 de la CRE, para que desde esta mirada se entienda como accesible la institución del matrimonio a todas las personas.

La jueza, en su análisis jurídico y en aplicación de la interpretación, esbozó lo siguiente:

Si el constituyente originario resolvió, que a pesar de la visión garantista constitucional, la institución del matrimonio debe estar reservada para personas heterosexuales no se puede alegar violación al derecho de igualdad y con ello el de dignidad humana. La teoría constitucional al respecto determina que existen restricciones constitucionales a los derechos generales de igualdad y libertad, y la única autorizada para determinar estos límites es la propia Constitución, caso contrario serían inconstitucionales (...) En efecto solo las parejas heterosexuales pueden contraer matrimonio, desarrollado por el art. 81 del Código Civil, y efectivamente esta disposición responde a valores morales, cristianos y religiosos, sino como se explica la invocación de Dios en el Preámbulo de la Constitución, valores que son propios de una constitución que responde aún, a una cultura conservadora y dominante que se debe ir superando. Sin embargo, no hay constitución sin valores y principios, y estos son de igual jerarquía (art. 11.6, CRE), por lo tanto, mientras la Constitución los mantenga son parte del ordenamiento jurídico y no se los puede negar, por el contrario deben ser observados y en particular por quienes administramos justicia...¹⁰³

La jueza mantiene firme la división de las instituciones jurídicas de familia según la orientación sexual de los o las contrayentes. Desde esta manera, descarta el tratamiento y la garantía de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género desde la CRE. Este criterio también refleja los brazos del biopoder para limitar el derecho a la familia desde el patrón heterosexual-reproductor, dado que esta noción es la que justifica el direccionamiento de lo heterosexual al matrimonio y lo no heterosexual a la unión de hecho, bajo el pensamiento de que las uniones no heterosexuales no pueden reproducirse. Adicionalmente, la jueza se abstiene de entender que las Constituciones son normas vivas que se deben adaptar a las realidades de los tiempos, por lo que si textualmente estas dicen algo bajo el contexto actual, esa norma tiene distintos sentidos; es así que no existe una razón convincente para no interpretar de manera evolutiva el art. 67 de la CRE.

La segunda idea refleja el discurso heteronormado del biopoder bajo justificaciones religiosas, que bajo la invocación de Dios pretenden mantener el *status quo* sobre la discriminación, en perjuicio de la población LGBTI en Ecuador. La jueza apunta el hecho de que la sociedad ecuatoriana es religiosa y conservadora, por ende con valores y principios muy arraigados. Sin embargo, la CRE en su art.1

103 Corte Provincial de Pichincha, Sentencia de 14 de marzo de 2014, Causa N° 17203-2013-20843. Disponible en: <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>. Fecha de consulta: abril de 2014: Este proceso abarca un reclamo de una pareja lésbica al Registro Civil que no permitió su matrimonio debido a su orientación sexual. La acción de protección fue negada en las dos instancias.

señala que el Ecuador es un Estado laico. Por lo tanto, la concepción de familia de esta operadora de justicia carece de sustento legal. Otra vez, el biopoder heteronormado y patriarcal es el que se expresó, sin permitir que la aplicación de los derechos humanos impere por sobre la legalidad de la norma.

La jueza rechazó la petición de las accionantes sosteniendo la prohibición al matrimonio del mismo sexo, pero sugiriéndoles que podían optar por la unión de hecho, lo que a su parecer descartaba cualquier clase de trato discriminatorio. Sin embargo, la pareja de mujeres, al no sentirse satisfechas con los argumentos de la jueza, planteó una Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional a fin de que dicha instancia incida en la interpretación integral de la CRE que permita a las parejas del mismo sexo acceder al matrimonio.¹⁰⁴

El segundo caso es el relativo a la unión de hecho. Este está signado bajo la Causa N° 09284-2014-8376 a través de una Acción de Protección presentada ante un juzgado de lo penal de primera instancia en Guayaquil. A partir de septiembre de 2009, Diana Isabel Maldonado Lasso y Ma. Isabel Serrano Herrero viven en una relación estable y monogámica, motivo por el cual deciden acceder al reconocimiento de su unión de hecho. Es así que el 10 de septiembre de 2012, la jueza cuarta de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Guayaquil declaró con lugar la demanda de existencia de unión de hecho como origen de bienes de una sociedad matrimonial. Por tal razón, la jueza envía la sentencia al Registro Civil de Guayaquil, a fin de que se registre lo resuelto. Por otro lado, el Ing. Paulo Rodríguez, Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación, por disposición N° DIGERCIC-DAJ-201-00277 emitida en la fecha 24 de enero de 2012, ordenó prohibir a nivel nacional el ingreso al archivo magnético y consecuentemente a la cédula de ciudadanía e identidad a la unión de hecho. Es así que el Registro Civil contestó a las accionantes que su unión no podía ser inscrita debido a la resolución realizada por su máxima autoridad, quien había restringido tal situación bajo la lógica que la unión de hecho no es un estado civil declarado por la ley. Frente a esta disyuntiva, la pareja decide judicializar su caso bajo el fundamento de que el Registro Civil, al no registrar su unión de hecho, violentaba los siguientes derechos constitucionales: debido proceso (art. 76, núm. 7, inc. 1), seguridad jurídica (art. 82) y a la igualdad formal ante la ley (art. 11, núm. 2, y art. 66, núm. 4); por su parte, el juez añadió al proceso el análisis del derecho a la identidad (art. 66, núm. 28) y unión de hecho (art. 68).

El Registro Civil estableció su defensa con el argumento de la aplicación literal del art. 52 en un Instructivo de estandarización de procedimientos del Sistema Nacional del Registro Civil, que permitía inscribir la unión de hecho, el mismo que fue derogado, y en base al cual se considera que no es factible inscribir la unión de hecho. Al trabarse la litis en esos puntos, el juez en sentencia (27 de junio de 2014) analiza la causa y esboza las siguientes ideas:

El art. 15 de la Ley de Registro Civil señala que la inscripción de los hechos y actos relativos al estado civil de una persona se hará ante el Jefe de Registro

104 Matrimonio Civil Igualitario Ya. *Agotamiento de Instancias Internas*. Quito, 2014. Disponible en <http://www.matrimoniociviligualitario.ec/glbti-pareja-agota-las-instancias-locales/>. Fecha de consulta: julio de 2014.

Civil, Identificación y Cedulación de la respectiva circunscripción territorial, mas no hace limitación alguna en cuanto a la inscripción de la unión de hecho. Uno de los evidentes derechos del matrimonio es la inscripción de dicho cambio en el estado civil, tal como lo determina el mencionado art. 15 de la Ley de Registro Civil, y la Constitución en el art. 68. En el caso de autos, el acto administrativo que afecta al principio de igualdad y de identidad, crea una diferencia que no existe en la Ley ni la Constitución y que contraría lo establecido en el art. 68 de la Constitución que consagra igualdad de derechos entre la unión de hecho y el matrimonio constituyendo una vulneración al principio de igualdad y no discriminación (...) La decisión administrativa impide a las afectadas que habiendo formado un hogar se ven impedidas de acceder a los mismos derechos que tienen las familias constituidas mediante matrimonio esto es, la inscripción de su unión estable y monogámica en sus archivos personales del Registro Civil. Así como consideran que tal inscripción facilitará acceder a los trámites propios de una pareja en cuanto a beneficios sociales entre otros, ventajas, que no resultan intrascentes para quienes decidieron asumir como una pareja un compromiso frente a la sociedad, emocional y financiero con fines estables.

En la primera idea, el juez combina el derecho a la identidad con el derecho a la identificación a través de evidenciar que el documento personal de identidad representa los elementos de la personalidad, entre ellos el estado civil. A pesar que la CRE, el CCE o la LRCIC no establecen la unión de hecho como un estado civil, el art. 68 de la CRE sí señala que esta institución tiene los mismos efectos que el matrimonio; es decir, el matrimonio constituye un estado civil y permite su inscripción para que este aparezca en la cédula de identidad. Adicionalmente, se realiza un ejercicio de atar este razonamiento con el art. 66, núm. 28, de la CRE, relativo al derecho a la identidad, el mismo que permite a las personas escoger su identidad con libertad.

La segunda idea, por su parte, es la consolidación del análisis de igualdad y no discriminación sobre los efectos de la equiparación que hace la CRE entre la unión de hecho y el matrimonio. En este sentido, el juez establece que la unión de hecho genera un estado civil que debe ser inscripto en el Registro Civil bajo el principio de supremacía constitucional, ninguna otra norma inferior puede impedir que el derecho a la identidad de las parejas unidas de hecho. La tercera idea, por su parte, certifica que la falta de inscripción de la unión de hecho repercute en el goce de otros derechos que las parejas casadas los tienen.

A pesar que la sentencia marca un precedente poderoso para que la unión de hecho alcance realmente los efectos del matrimonio, en el análisis de derechos el juez no realiza ningún tipo de mención sobre el tema de orientación sexual e identidad de género. Es así que su análisis se enmarca en el derecho a la igualdad formal proveniente del art. 68 de la CRE y su relación con el derecho a la identidad del art. 66, núm. 28. Sin embargo, el desarrollo interpretativo del juez sobre la conexidad de estos dos derechos es una puerta para que se pueda pensar en exigir el derecho a la identidad familiar LGBTI sobre los hijos e hijas de las parejas.

Por lo tanto, esta sentencia remarca de manera indirecta el reconocimiento de la identidad familiar LGBTI y coloca de manifiesto la heteronormatividad de la

legislación ecuatoriana, que a través de toda su arquitectura está direccionada a bloquear el goce a la identidad familiar LGBTI. Sin embargo, este caso imprime esa posibilidad de encontrar respuestas que garantizan derechos a través de una lectura integral de la CRE.

El tercer caso trata sobre el derecho de una niña a su identidad, y se judicializó en la Causa N° 2012-0223,¹⁰⁵ tramitada a través de una Acción de Protección en la Corte Provincial de Pichincha. Rotheron y Helen Bicknell son una pareja de mujeres lesbianas de origen inglés, quienes llevan una relación de más de una década, casadas bajo las leyes de Inglaterra, hecho que ha sido legalizado en Ecuador a través de la figura de la unión de hecho. Fruto de una decisión consentida, la pareja se sometió a un proceso de fecundación asistida y, como resultado, el día 8 diciembre de 2011 la pareja dio a luz a una niña a la que nombraron Satya Amani.

El 27 de diciembre de 2011, la pareja solicitó por escrito al Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador que inscribiera a su hija con el primer apellido de cada una de ellas en los libros respectivos (esto es, con los apellidos Bicknell Rotheron). El Registro Civil negó la solicitud el 10 enero 2012. Ante esta negativa, su queja ante la Justicia se sustentó en la vulneración de los siguientes derechos constitucionales: derecho a la igualdad formal y material y no discriminación (art. 66, núm. 4), derecho de tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad y su vida y orientación sexual (art. 66, núm. 9), derecho a la identidad personal que incluye tener nombre apellido y familia (art. 66, núm. 28) y el derecho a la protección que el Estado debe a la familia en sus diversos tipos (art. 67); además de los artículos 1, 2, 5 y 15 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos respecto al derecho a la igualdad formal y material y prohibición de discriminación.

El Registro Civil sobre el tema de la filiación manifiesta que solo existen tres formas de transmisión del apellido: por un matrimonio o una unión de hecho entre personas de diferente sexo, siendo el padre el que asigna su apellido a sus descendientes, y por otro lado por la adopción, que está prohibido para parejas no heterosexuales. Adicionalmente, se argumentó que se prohibía el registro de los apellidos de las dos madres debido a que el Estado debe precautelar que la identidad de la niña sea la adecuada, mediante lo cual el padre biológico tendría la posibilidad de registrar con su nombre a la niña. Por el lado de las accionantes, se argumentó el derecho a la libertad de escoger nombres y apellidos, la no discriminación dentro del registros de hijos e hijas frente a las parejas heterosexuales y sobre todo el trato discriminatorio al preguntar el origen del padre biológico. Adicionalmente, las accionantes, a través de la Defensoría del Pueblo, aplicaron precedente de la Corte IDH como el caso *Atala y niñas Vs. Chile y Yen y Bosico Vs. República Dominicana*, para mencionar los estándares sobre derecho a la familia diversa LGBTI y la importancia de la identidad en el

105 Función Judicial Pichincha, Consulta de causas. Quito, 2012. Disponible en <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>. Fecha de consulta: noviembre de 2012.

proceso de ejercicio de derechos del niño o niña. El ejercicio de la Corte en su sentencia (13 de agosto de 2012) enfrentó los argumentos de las partes y esbozó algunas ideas como las siguientes:

... Por lo tanto, la Constitución acepta que existen varios tipos de familia (aunque no indica cuáles); estas familias pueden tener vínculos jurídicos o de hecho, y respecto al grado de protección que concede, se remite a la ley, que para el caso, sería el Código Civil. Así, la protección constitucional a la familia no es absoluta, sino sujeta a la ley en el caso de la unión de hecho, y limitada a parejas heterosexuales cuando se trate de matrimonio y adopción (...) En la posición de inscribir al hijo con el solo apellido de la madre, se encuentran todas las mujeres solteras. Por otra parte, cabe resaltar que indistintamente del sexo, solo el progenitor biológico del sexo opuesto al progenitor que consta como tal en el acta de inscripción es quien puede reconocer al menor (son públicos y notorios los casos en que una persona aparece como “hijo de madre desconocida” sin que se le restrinja a la madre el derecho de reconocer a su hijo). Por tanto, la limitación de la institución del reconocimiento a ser realizada solo por los padres/madres biológicos es legítima, por las consideraciones antes transcriptas (...) En el asunto materia del presente recurso, el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, no ha exigido requisitos exagerados para evitar conceder la nacionalidad, o para impedir que la niña SatyaAmani sea registrada; simplemente ha negado su registro con el apellido de la señora Bicknell. En este punto cabe anotar que el artículo 18 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”. Al conocerse quien es la madre de la menor SatyaAmani, no se requiere acudir a nombres supuestos, mientras que la inscripción con el único apellido Rothon, cumple con lo dispuesto por la mencionada convención...

Sobre la primera idea, la autoridad judicial pretende justificar que la reproducción heterosexual es la única válida y natural, por lo que solo esa recibe protección judicial. Adicionalmente, la idea de reproducción como exclusiva de los heterosexuales es el sustento para imponer a la niña una identidad que no existe, que no la representa, que no es verdadera y que no es reflejo de su familia, tanto así que se valida dejar ese espacio de beneficio al “supuesto padre” para que algún día reconozca a la niña. Sin embargo, esa posibilidad es nula debido a que esta concepción se la realizó a través de inseminación artificial, en la cual el donador del semen es anónimo y voluntariamente rechazó sus derechos filiales hacia el producto de ese procedimiento. Con lo cual se puede presumir que lo que pretende el Registro Civil, y avalado por la Justicia, es mantener la identidad de la niña como fruto de una madre soltera sin reconocer que esta nació dentro de una unión de hecho LGBTI que tiene los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio, siendo uno de estos la identidad familiar.

En la segunda idea, la Corte señala expresamente que no puede pronunciarse sobre la situación jurídica de una persona, de una identidad familiar y sobre los derechos de una niña, cuando supuestamente el origen de la controversia son una serie de hechos configurados en jurisdicción y legislación extranjera. Entonces, para la justicia ecuatoriana, la fecundación asistida es una situación desconocida que no genera derechos ni se constituye familia. Sobre ese razonamiento no se reconoce como madre a la otra mujer, quien a pesar de no haber alumbrado a

la niña es parte indisoluble de la familia. En este sentido, la propia jurisdicción ecuatoriana contraviene estándares de la Corte IDH, dado que este tribunal en el caso *Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica* señaló que “el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho”.¹⁰⁶ En este orden de ideas, el problema que enlaza el razonamiento de la justicia ecuatoriana en este caso es la compatibilidad de la legislación no heteronormada extranjera frente a la heteronormada ecuatoriana. Es así, que la legislación argentina en materia de identidad de género y matrimonio de las personas del mismo sexo *a priori* sería negada en Ecuador, con base al interés superior del niño, principio que ha sido manoseado en esta sentencia con objeto de negar la existencia de la familia LGBTI, la identidad familiar de la familia de la diversidad sexual, la legislación foránea y, lo más preocupante, la restricción de derechos de los niños y niñas engendrados en familias de padres y/o madres del mismo sexo.

Por lo tanto, los casos analizados en el presente apartado permiten entender los obstáculos al momento de aplicar los derechos de la población LGBTI reconocidos en la CRE y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en casos relativos a la vulneración de derechos a la identidad familiar LGBTI. En el caso del matrimonio de personas del mismo sexo, la Justicia aplica una interpretación literal restrictiva de derechos con base a los criterios biologicistas de la familia heterosexual; gracias a una lectura integral de la CRE, se estableció que la unión de hecho también generaba un estado civil; y finalmente, en el caso de identidad de una niña hija de una pareja lésbica, la Justicia realiza un papel de defensa y protección de un padre inexistente, invisibilizando la existencia real de una familia LGBTI que engendró a una niña durante su relación. A la vez, niega sus derechos civiles y patrimoniales frente a sus dos madres, en función del “interés superior del niño”.

En definitiva, se puede ver que los alcances del biopoder aparecen cuando en una sociedad cargada de estereotipos de género que reproducen discriminación y violencia, existen operadores de justicia que aplican la ley de manera literal, sin observar la evidente vulneración de derechos para mantener una idea única de familia dentro de la matriz heteronormada.

106 Corte IDH. *Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica Resumen Oficial*. Costa Rica, 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf. Fecha de consulta: julio de 2014.

TENSIONES

1. Primera tensión: principios vs. reglas

La primera tensión parte de la constante necesidad de leer la CRE desde los principios de su art. 11, pero el problema surge cuando esa lectura choca frente a reglas constitucionales que resultan ser muy específicas, y que en su aplicación literal sin contextualizar con los principios vulneraría los derechos. Las reglas se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.¹ Para Alexy,² estas son mandatos definitivos, ya que su forma de aplicación es la subsunción, lo que significa que la regla es válida cuando se cumplen las condiciones que ella expide. Zagrebelsky³ señala que los principios tienen un papel constitutivo del orden jurídico, siendo estos a menudo expresiones un tanto banales, pero no por ello menos venerables, que remiten a tradiciones históricas, contextos de significado, etc.; es por ello que estos desempeñan un papel más relevante en materia constitucional. Para Alexy, los principios representan mandatos de optimización debido a que ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes; dentro de estos, los principios son las posibilidades existentes más allá de las reglas.⁴ Según la base doctrinaria expuesta, los principios permiten abrir el campo de acción de una norma que en su primera lectura resulta restrictiva, pero que a la luz de los principios, los derechos de las personas se encuentran garantizados eficazmente.

El derecho a la identidad familiar LGBTI se encuentra limitado por la CRE en sus arts. 67, 68 y 69, que prohibiciones expresas. En su interpretación literal, vulneran derechos, sin embargo, a la luz de los principios del art. 11 de la CRE, su aplicación real podría derivar en transformaciones sociales profundas en el Ecuador. Así, estos principios son los siguientes:

1 Gustavo Zagrebelsky. "Del Estado de Derecho al Estado Constitucional", en: *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 2009, p. 110.

2 Robert Alexy. "Derechos Fundamentales y Proporcionalidad", en G. Capaldo, L. Clérico y J. Sieckmann: *Internalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires, Eudeba, 2013. p. 184.

3 Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 124.

4 Robert Alexy, *op. cit.*, p. 184.

- 1) Exigibilidad de derechos frente a funcionario/a público/a.
- 2) No discriminación por ninguna condición personal, permanente o temporal.
- 3) Aplicabilidad directa de los instrumentos de derechos humanos, de oficio o a petición de parte.
- 4) No restricción de derechos a causa de la existencia o falta de ley.
- 5) Principio *pro homine*.
- 6) Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
- 7) Cláusula abierta de reconocimiento de derechos.
- 8) Progresividad de los derechos humanos.

La aplicación del primer principio, independientemente de su orientación sexual, debe traducirse en interpretaciones inclusivas en las sentencias, en políticas públicas que tengan en cuenta las necesidades de este sector de la población, y en legislación coherente a la protección de derechos LGBTI, entre otras cosas.

Se puede observar que el segundo principio (de igualdad y no discriminación) es transversal en la CRE y se presenta en el orden nacional como internacional de manera vinculante. El art. 11 de la CRE señala que todos los derechos deben ser aplicados bajo el principio de igualdad, lo cual incluye la prohibición de no discriminación por orientación sexual e identidad de género.⁵ En el segundo párrafo del artículo 67 se restringe el matrimonio a la unión heterosexual y se establecen elementos taxativos para el acceso a la institución: unión entre hombre y mujer, libre consentimiento de los contrayentes, igualdad de derechos y capacidad legal. En el art. 68, al garantizar las uniones de hecho, se lo hace bajo los siguientes condicionamientos: dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley. Sin embargo, adiciona en su segundo párrafo la prohibición de adopción a las parejas no heterosexuales. En el art. 69 se detalla la igualdad de obligaciones de hombres y mujeres en la familia desde una perspectiva heteronormativa, invisibilizando la real existencia de familias de la diversidad sexual. Por lo tanto, se puede señalar que los arts. 67, 68 y 69 de la CRE se configuran como una regla, motivo por el cual su aplicación resulta excluyente para las parejas del mismo sexo, ya que estas no permiten extender su margen de protección a la familia diversa LGBTI.

De acuerdo a las definiciones de Zagrebelsky y Alexy, los elementos unión que hacen a la unión heterosexual y la prohibición expresa de adopción a parejas no heterosexuales (art. 68, CRE), son condicionamientos de distinción basados en la orientación sexual, a pesar de que esta es una “característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”.⁶ Dichos elementos no son neutros, ya que dividen a la población entre heterosexuales y no heterosexuales para su acceso.

5 Christian Paula. *La Responsabilidad Internacional del Ecuador por la Prohibición del Acceso al Matrimonio Igualitario en Virtud de la Discriminación de Jure en la Constitución del 2008*. Quito, Universidad Andina Simon Bolivar, 2014, p. 24.

6 Consejo Permanente de la OEA y Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Orientación Sexual Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes*, OEA/Ser. G CP/CAJP/INF. 166/12, 2012, párr. 16.

A partir de los arts. 67, 68 y 69 de la CRE, debe interpretarse que las normas constitucionales se ajusten a la Constitución en su integralidad, del modo que más favorezcan a la plena vigencia de los derechos.⁷ Estos deben aplicarse de manera integral y contemplar: la prohibición de no discriminación por orientación sexual (art. 11, núm. 2), que el Ecuador es un país unido en la diversidad (art. 83, núm. 10), que debemos respetar las diferencias de orientación sexual (art. 83, núm. 14), que todas las personas tienen derecho a la igualdad formal, material y no discriminación (art. 66, núm. 4) y que el Estado debe generar medidas para que las decisiones sobre orientación sexual puedan ser ejercidas con libertad (art. 66, núm. 9). El art. 67, la prohibición del art. 68 y la invisibilización del art. 69, redactados en clave heterosexual, deben ser omitidos en su aplicación literal debido a que los principios que rodean a la CRE prohíben la restricción del ejercicio de un derecho por la orientación sexual. Por lo tanto, la optimización de los arts. 67, 68 y 69, bajo la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, nos permiten señalar la exclusión de las parejas del mismo sexo a efectos de ejercer su decisión de unir sus vidas bajo la institución jurídica denominada matrimonio, a adoptar y a ser amparados bajo los mismos deberes y obligaciones dentro de una familia.

Así, las reglas de los arts. 67, 68 y 69 de la CRE definen cuestiones específicas del derecho a la familia desde la óptica heteronormativa, que deben ser confrontadas con una interpretación integral de la Constitución a través del principio de igualdad y no discriminación.

2. Segunda tensión: interpretación constitucional

El problema del Estado ecuatoriano es la falta de comprensión integral de su Constitución, limitándose a interpretaciones literales bajo la conveniencia del biopoder desde una perspectiva heteronormativa y dejando de lado la interdependencia y focalización en las necesidades específicas de cada grupo de la población.

La CRE, en su art. 424, manifiesta ser la norma suprema dentro del marco jurídico nacional, señalando, además, que los tratados de derechos humanos con reconocimiento superior a la CRE prevalecen sobre otra norma jurídica. Es así que según lo señala el art. 427, la CRE debe ser interpretada “por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos (...)”. En complemento de esta disposición, la LOGJCC desarrolla los métodos y reglas de interpretación constitucional, en los que hace hincapié en la interpretación integral de la CRE que beneficie a los derechos, para lo que propone 8 métodos que podrían ser aplicados, tales como: solución de antinomias, proporcionalidad, ponderación, evolutiva o dinámica, sistemática, literal, disponiendo, además, la posibilidad de utilizar otros.

La interpretación evolutiva o dinámica la ley se describe como aquella que se aplica para entender las normas “a partir de las cambiantes situaciones que ellas

7 CRE, art. 427.

regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”.⁸ Sobre la interpretación sistemática, la ley manifiesta que se utiliza para entender las normas de la CRE “a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones, la debida coexistencia, correspondencia y armonía”.⁹ Sobre el primer método, el juez Cançado Trindade, magistrado de la CIDH, en su voto razonado dentro del caso de *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*, señaló que la interpretación de los instrumentos de derechos humanos debe ser dinámica o evolutiva (la dimensión intertemporal) para cumplir con las necesidades de protección de la persona, lo que significa que se debe extender la protección en situaciones nuevas sobre la base de derechos preexistentes.¹⁰

El segundo principio coloca la orientación sexual y la identidad de género como categorías sospechosas, es decir, por motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona o bien por factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data.¹¹ La OEA ha señalado que la orientación sexual y la identidad de género están bajo el criterio de inmutabilidad, siendo una “característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”.¹² Por su parte, la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* estableció que la comunidad LGBTI ha sido víctima de un proceso histórico de discriminación.¹³ Entonces, el ejercicio que hace la CRE al colocar en el listado de prohibición de discriminación a la orientación sexual y a la identidad de género, es garantizar de manera reforzada a la población LGBTI, desarrollando el principio de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género a través de derechos, obligaciones y responsabilidades. Por otro lado, el Poder Ejecutivo, a través del Plan Nacional para el Buen Vivir (PNBV) 2013–2017 del Ecuador, cuando explica la problemática de la desigualdad en el Ecuador resalta que

las concepciones de género provocan exclusión para quienes no adscriben al modelo de hombres masculinos y mujeres femeninas heterosexuales, como las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI), pertenecientes a la diversidad sexual y de género del país y sobre quienes aún no se tiene estadísticas nacionales.¹⁴

Por tanto, existe un reconocimiento expreso del Estado de que existe un problema social por las concepciones hacia la población LGBTI, quienes por miedo o

8 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Ecuador, art. 3 núm. 4.

9 *Ibid.*, art. 3, núm. 5.

10 Cançado Trindade. “Voto Razonado”, en Corte IDH: *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago Fondo, Reparación y Costas*. Costa Rica, 2005, párr. 10.

11 Ariel E Dulitzky. *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2014. Disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720>. Fecha de consulta: mayo de 2014.

12 Consejo Permanente de la OEA y Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *op. cit.*, párr. 16.

13 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. 2012, párr. 92.

14 SENPLADES. *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*. Quito, 2013, pp. 116-117.

inseguridad prefieren mantener su identidad oculta y así no visibilizarse en estadísticas hasta que la política pública y la ley las y los proteja.

Al interpretarse adecuadamente este punto referido a la identidad de género, se abre la posibilidad de que los estándares sean aplicados. Para ello, basta recordar el caso de Estrella Estévez, analizado en el anterior capítulo. Para la aplicación de los estándares de la Ley de Identidad de Género hay un precedente en Ecuador, que si bien no tiene carácter de vinculante, logró darle visibilidad a la identidad individual a través de la normativa constitucional con la interpretación sistemática y evolutiva. El problema sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación se centra en la entidad familiar LGBTI, debido a las prohibiciones constitucionales al matrimonio y adopción para las parejas no heterosexuales., Es así, que las excusas de los jueces de la literalidad de las normas y el temor de contravenir el espíritu del legislador, en los casos de matrimonio e identidad familiar (analizados en el capítulo anterior), dan cuenta de la tensión analizada entre principios y reglas (primera tensión).

En este sentido, y tomando los casos analizados en el capítulo anterior, se entiende que la aplicación de las interpretaciones dinámica y sistemática serán la clave para que la discriminación en contra de la identidad familiar LGBTI siga existiendo en Ecuador. Sobre este punto hay diversas opiniones sobre si las reglas de los arts. 67, 68 y 69 facultan una reforma constitucional o una sentencia de carácter vinculante que emita un criterio interpretativo de la CRE. La respuesta provino de México, a través de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su sentencia del Amparo en Revisión 152/2013 (23 de abril de 2014) que principalmente declaró inconstitucional el artículo del Código Civil del Estado de Oaxaca por discriminatorio en perjuicio de las parejas no heterosexuales y bajo una interpretación constitucional conforme.¹⁵ Esta sentencia marca el seguimiento de la tendencia impuesta por Argentina, relativa a la identidad familiar, debido a que menciona que la restricción al matrimonio de las parejas del mismo sexo es una limitación sobre la categoría sospechosa orientación sexual protegida por la Constitución.¹⁶ Por otro lado, ratifica la existencia de una identidad familiar, que se agravia cuando la institución del matrimonio no es accesible a la familia LGBTI, vulnerando, entre otros derechos, los de los NNA que nacieron dentro de estos núcleos y que no pueden gozar de ciertos derechos que los NNA de parejas heterosexuales si los tienen.¹⁷ Por lo tanto, señala bajo una interpretación integral y sistemática de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos que la norma que limita el matrimonio a las parejas no heterosexuales es inconstitucional.¹⁸

15 Suprema Corte de Justicia de la Nación. *SCJN declara inconstitucional una norma por discriminatoria con base en una categoría sospechosa*. México D. F., 2014. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=2833>. Fecha de consulta: julio de 2014.

16 Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Amparo en Revisión 152/2013 Vs. Estado de Oaxaca*. México D. F., 2014, párr. 153.

17 *Ibid.*, párr. 190.

18 *Ibid.*, párr. 214.

En este sentido, la interpretación dinámica y sistemática que hizo la Corte mexicana serviría de ejemplo a la Corte Constitucional ecuatoriana para resolver la tensión; que con una Carta Magna que garantiza ampliamente a la población LGBTI pueda leer los derechos de tal forma que los estándares del derecho a la identidad familiar emanados por la Ley de Matrimonio de Personas del Mismo Sexo de Argentina puedan ser aplicados en Ecuador en protección de tantas familias que en la actualidad se encuentran en las sobras a falta de garantía jurídica.

3. Tercera tensión: política pública

La aplicación de la Ley de Identidad de Género y la Ley de Matrimonio de Personas del Mismo Sexo en la Argentina trajo al Estado varias tensiones que debieron ser resueltas en el camino. Una de ellas fue la referida a los hijos e hijas de los matrimonios de la diversidad sexual que nacieron antes de la ley de identidad. Producto de ello, se creó en el año 2012, el Decreto N° 1006. Sin embargo, este no fue el único caso.

Un primer ejemplo se relaciona con la emisión del DNI denominado “Cero (0) Año”, que surge a partir de la Resolución N° 464/2012 y en la cual se ordena el cambio del formato del DNI referente a la filiación, ya que con anterioridad este hacía referencia al nombre del papá y la mamá de la persona, mientras que ahora las celdas sobre la filiación se limitan a decir hijo/a de. Con esta ligera modificación se visibiliza la existencia de la familia LGBTI, ya que los hijos e hijas de esta familia no tienen un padre o una madre, sino dos papás o dos mamás y, en ciertos casos, una mamá con dos papás o viceversa. Por lo tanto, esta política no solo garantiza la identidad de NNA, sino que marca un estándar relativo a la visibilidad de la familia LGBTI en el espacio público.

Sobre el tema de identidad de género, se planteó un problema referente a la imagen de las personas en el documento. Es así que nace la disposición reglamentaria referente a la forma en la cual se deben tomar las fotos para el DNI y las prohibiciones para ella. La Resolución N° 356/2011, en su art. 1, modifica el art. 1 de la Resolución RNP N° 169 del 25 de enero de 2011 con las siguientes palabras: “... la imagen debe carecer de alteraciones o falseamientos de las características faciales, sin que ello vulnere o afecte el derecho de identidad en sus aspectos de género, cultura o religión”. Es así que esta modificación y las demás que acordes a esta buscan mantener coherencia con la Ley de Identidad de Género y la *performance* de género de las personas, evitando la estigmatización y la vulneración de derechos por parte del Estado.

Otra situación que se suscitó fue sobre las personas extranjeras que solicitaban acceder a los beneficios de esta ley. El problema surge ya que si bien el Estado argentino puede cambiar su DNI argentino, no puede cambiar sus partidas de nacimiento ni sus pasaportes. El primer paso para abrir la posibilidad en función del principio de igualdad y no discriminación a las personas extranjeras al reconocimiento de su identidad autopercebida es mediante el Decreto N° 1007/2012 del 2 de julio de 2014, que en su art. 4 detalla los requisitos, siendo estos los siguientes:

(Extranjeros y extranjeras reconocidos el cambio en sus países) Presentación de su documento de identidad, la partida de nacimiento, pasaporte, sentencia judicial o cualquier otra documentación debidamente legalizada donde se disponga o conste la rectificación del sexo y/o cambio de nombre/s según la legislación de su país de origen.

(Extranjeros y extranjeras sin reconocimiento del cambio en sus países): Migrantes que no tengan la calidad de ser apátridas o refugiados (estos dos necesitan de otros requerimientos adicionales para beneficiarse de la ley), constatando tener residencia legal permanente en la Argentina, contar con el DNI para extranjeros y explicitar en la solicitud los motivos por los cuales no resulta posible la rectificación de sexo en su país de origen legal permanente en la Argentina.

Para darle movilidad al Decreto, se realizó una resolución conjunta signada con el número 1/2012 y 2/2012, firmada entre la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas y la Dirección Nacional de Migraciones, las dos partes del Ministerio del Interior y Transporte mediante las cuales se aprueba el “Procedimiento para el Reconocimiento del Derecho de Identidad de Género de Extranjeros Conforme Ley N° 26.743”, con fecha 14 de diciembre de 2012. El contenido de esta normativa en especial se sustenta en la necesidad de aclarar a la comunidad internacional que los cambios de identidad que nacen a partir de la Ley de Identidad de Género no responden a una arbitrariedad ilegal para la sustitución de identidad a efectos jurídicos. En ese sentido, en el art. 1 se establece que se asentará una restricción en el Registro Nacional de Aptitud Migratoria, en el que consten los datos personales de la persona, su país de origen y su identidad autopercebida. En el art. 3 se dispone que la Dirección Nacional de Migraciones comunique al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y a INTERPOL para que se envíen notas al consulado de la persona beneficiaria sobre el cambio de identidad de su nacionalidad en Argentina. Finalmente, en el art. 4 se solicita la notificación a la persona beneficiaria para que el documento con su nueva identidad no pueda ser utilizado fuera de territorio argentino.

En el caso de las personas extranjeras que se benefician con la Ley de Identidad de Género, es importante destacar que la decisión de extensión se basa en el principio de igualdad y no discriminación que nace de la misma interpretación de la CNA, es decir, la aplicación del “Bloque de Constitucionalidad Federal” del art. 75, inc. 22. En este sentido, la política pública argentina es coherente con los estándares sentados por la Ley de Identidad de Género y Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo, al sellar con decisiones administrativas los posibles vacíos que no cubrieron las diferentes leyes, logrando hacer efectivo el derecho individual y familiar de la identidad LGBTI.

Además de las acciones arriba descritas, la Administración Nacional de la Seguridad Social emitió una resolución que reconoce los derechos de las parejas del mismo sexo en materia de pensiones.¹⁹ En lo que respecta a la parte de salud

¹⁹ Consejo de Derechos Humanos. *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos (Argentina)*, A/HRC/WG.6/14/ARG/1, 7 de agosto de 2012, párr. 42.

integral de la Ley de Identidad de Género, incluye la posibilidad de acceder a cirugías quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos hormonales para adecuar el cuerpo a la identidad autopercebida, siendo este tipo de inversión incluidas en el Plan Médico Obligatorio (PMO)²⁰ y en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSyPR).²¹ A pesar de estos grandes esfuerzos del Gobierno de la Nación, las provincias no inscriben hijos e hijas de parejas del mismo sexo, debido a que en muchos casos se agregan aclaraciones (como que uno/a no es padre/madre, sino esposo/a de el/la padre/madre) que resultan estigmatizantes y segregadoras. Pero de todos modos, existen provincias como Santa Fe y Buenos Aires, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que adecuaron su legislación a la luz de la ley.²² Otro problema persiste con la inscripción de NNA nacidos en el extranjero por maternidad subrogada, para la cual todavía no existen mayores claridades al respecto.²³ Por otro lado, la mayoría de los registros civiles impiden a personas extranjeras del mismo sexo casarse en el país, a menos que lleven un cierto plazo de residencia. Una decisión reciente del gobierno de la provincia de Santa Fe hizo que eliminaran estos obstáculos discriminatorios e inconstitucionales de sus registros civiles.²⁴ Otro tema inconcluso es el de la salud integral de la Ley de Identidad de Género: esta aún no se ha reglamentado, y su implementación es difusa y carece de presupuestos fijos.

En este sentido, la implementación de estos cambios estructurales en la política pública es la real garantía de protección de derechos de acuerdo a las leyes analizadas. Y si bien estas fueron sancionadas en el 2010, se han creado estándares que se van cumpliendo de manera progresiva en toda la República Argentina. Esta prolijidad en la toma de decisiones para la implementación de las leyes deben ser cotejadas con la institucionalidad del Estado ecuatoriano, para develar si existe alguna posibilidad de que las políticas públicas hayan considerado la posibilidad de acoger un derecho reconocido en la Argentina para ser ejercido en Ecuador, que en el presente caso es la identidad LGBTI individual y/o familiar.

En Ecuador, su política pública marco es el PNBV 2013-2017, que plantea varios puntos que pueden entenderse como estimuladores de la garantía de derechos a la población LGBTI dentro de los objetivos nacionales 1 (auspiciar la igualdad, cohesión e integración social y territorial en la diversidad), 2 (auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial, en la diversidad) y 6 (consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral, en estricto respeto a los derechos humanos).

En este sentido, los objetivos 2 y 6 se refieren a la lucha contra la violencia en perjuicio de la población LGBTI en la persecución de los delitos de odio en perjuicio de aquella. Estos muestran una señal para tomar el tema de la orientación

20 *Ibíd.*, párr. 44.

21 *Ibíd.*, párr. 45.

22 Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT). *Informe de la Sociedad Civil para el EPU (2008-2011)*. Buenos Aires, 2012, párr. 7.

23 *Ibíd.*, párr. 8.

24 *Ibíd.*, párr. 9.

sexual y la identidad de género desde las víctimas. Sin embargo, el objetivo 1 es el que abre la puerta a que el derecho a la identidad LGBTI individual y familiar pueda ser analizado desde lo social y desde la integración en diversidad. En este último punto, el Estado hace un reconocimiento de la existencia de la población LGBTI y se compromete a erradicar toda forma de discriminación, dicha prevención parte de la protección y garantía del derecho a la identidad. Entonces, la macropolítica aplicada con la interpretación analítica y sistemática de la CRE podría abrir espacio para que los derechos de la identidad LGBTI puedan ser aplicados en Ecuador.

Un ejemplo valioso de cómo una decisión puede traducirse en garantía de derechos es el caso del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En el año 2012, a través de la aplicación directa de la CRE, sin reformas ni resoluciones, se decidió entregar la pensión de montepío y cesantía por muerte a una mujer pareja de otra mujer que había fallecido, ya la que estaba legalmente unida de hecho.²⁵ Existen situaciones en las que el Estado ecuatoriano ha podido aplicar adecuadamente la normativa a favor de la población LGBTI.

En la misma tónica se encuentra “El Instructivo para Estandarización de Procedimientos para la Dirección de Registro Civil”, aprobado bajo Resolución N° 006-DIR-G-07 en el 2007, que, sobre los casos de las personas trans, señala lo siguiente:

Art. 55. Cedulación a transgéneros. Se observarán los requisitos contemplados para la cedulación en general, debiendo ser fotografiados conforme se presenten, respetando su personalidad, así como su orientación sexual.

Art. 74. La fotografía para la cédula de ciudadanía o identidad, tiene como finalidad la identificación facial, con certeza, del cedulado, se tomará respetando su religión, orientación sexual y lo concerniente a los orígenes étnicos y culturales.

Este instructivo es del año 2007, es decir, un año antes de la vigencia de la CRE. El Registro Civil emitió un instructivo sensible a la temática de la identidad de género con respecto al *performance* de género y la imagen de las personas, considerando especialmente la situación de las personas trans. Es así que se respeta la imagen de la persona en la forma que se presente, teniendo en cuenta que la fotografía debe respetar la identidad autopercebida de la persona. Esta decisión administrativa guarda estrecha relación con la Resolución N° 356/2011 del año 2011 de la Argentina, que emite una serie de reglas para que la imagen de la persona no sea vulnerada por estereotipos de género al momento de la emisión del documento de identidad.

A pesar de este paso, el 7 de julio de 2011, a través de la Resolución N° DIGERCIC-DAJ-2011-000098, y bajo el nombre de “Manual Proceso Identificación y Cedulación con el Sistema Magna”, el Registro Civil derogó, ya vigente la CRE, el Instructivo borrando las secciones sobre derecho a la imagen

25 “El IEES abre la puerta al respeto de los derechos de los homosexuales”, *Diario Expreso*, Quito, 2012. Disponible en: <http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota.aspx?idart=2813614&idcat=19408&tipo=2>. Fecha de consulta: julio de 2014.

de las personas y la garantía de los derechos de la población trans, debido a que el nuevo Manual en lo referente a la foto, señala lo siguiente:

5.5.4. Captura de foto:

5.5.4.1. Se solicita al usuario ubicarse aproximadamente a medio metro de la cámara fotográfica.

5.5.4.2. Se tendrá un trasfondo celeste para la toma.

5.5.4.3. Se procede a tomar la fotografía al usuario, tomando en cuenta los siguientes aspectos:

- El rostro y orejas del usuario deben estar descubiertos
- Por fines de identificación, el usuario deberá estar sin lentes, lentes de contacto, gafas o accesorios (*piercings*, tocados, diademas, aretes en los hombres, etc.).
- No se permite tocados, cabello, peinados o adornos faciales que oculten el rostro.
- La fotografía debe captarse de modo que una línea imaginaria entre los centros de los ojos sea paralela al borde superior de la imagen...

Este Manual no solo deroga las disposiciones que beneficiaban a la población trans, sino que incorpora ejemplos discriminatorios llenos de estereotipos de género: por ejemplo, en la parte de la foto donde señala que por fines de identificación los usuarios deben estar sin algunos objetos a los que incluye “los aretes en los hombres”. Además, este nuevo instrumento significa una regresión en derechos, por ser altamente estereotipado al acceso a la identidad LGBTI. El Registro Civil ecuatoriano no mantiene coherencia institucional en sus procedimientos, los cuales se acogieron más a la normativa constitucional en el 2007 que después de aprobada la CRE, que prohíbe este tipo de tratos a las personas LGBTI.

La Argentina, a pesar de contar con un vasto conjunto de políticas a favor de la identidad LGBTI, cuenta aún con el procedimiento de la donación de sangre donde los gays y bisexuales (hombres) siguen siendo estigmatizados. La Resolución N° 865/2006 del Ministerio de Salud y Ambiente (MSyA) dentro del punto 2c detalla literalmente las prácticas sexuales de riesgo que excluyen la posibilidad de donación: relaciones sexuales de hombre con otro hombre y, para la mujer, el haber tenido sexo con un hombre que a su vez haya tenido sexo con otro hombre. En Ecuador, formalmente la situación es la misma, debido a que en 1998 se emitió el “Manual de Normas para Bancos de Sangre” por Acuerdo Ministerial del Ministerio de Salud Pública, que en el punto 5.3.3 excluye de la donación de sangre a: gays, bisexuales y heterosexuales con varios compañeros sexuales. Sin embargo, en la práctica, la pregunta sobre la orientación sexual fue eliminada. Sobre esta temática, la Organización Panamericana para la Salud (OPS) recomienda a los Estados:

... La orientación sexual (heterosexualidad, bisexualidad, homosexualidad) no debe ser utilizada como criterio para la selección del donante ya que no representa un riesgo por sí misma. Se recomienda que no se done sangre durante seis meses después de tener sexo con una nueva pareja. Los donantes potenciales deben ser estimulados para protegerse ellos y a sus parejas mediante la práctica de sexo seguro.²⁶

26 OPS. *Elegibilidad para la donación de sangre: Recomendaciones para la Educación y la Selección de*

A partir de esta comparación, se puede deducir que las inhabilitaciones cuestionadas no pueden ser consideradas como “conductas o situaciones de riesgo”.²⁷ Este tratamiento lleva a cuestionarse si el Estado argentino va a permitir que las parejas gays legalmente casadas se donen entre sí su sangre, lo que evidencia una contradicción de Argentina que por un lado garantiza la identidad LGBTI, y por otro continúa patologizándola.

Sobre este tema de la patologización de la identidad LGBTI, en Ecuador existen casos de clínicas que aparentan tratar temas de adicciones, pero que además ofrecen el servicio de “deshomosexualización”, aunque como ya se ha señalado en este trabajo, son cerradas por el Estado. Es por ello que el Ministerio de Salud Pública emitió el “Reglamento Regulación Centros Recuperación Adicciones Psicoactivas”, que señala lo siguiente:

Art. 20. Prohibiciones. Para los procesos de admisión, tratamiento e internamiento de personas con problemas de adicción o dependencia de sustancias psicoactivas, y, en general, en su funcionamiento los CR y su personal no podrán:

a) Ofrecer, practicar o recomendar tratamientos o terapias que tengan como finalidad la afectación de derechos humanos de las personas, en especial el libre desarrollo de la personalidad, la identidad de género, la orientación sexual (como deshomosexualización), la libertad, la integridad, la no discriminación, la salud y la vida, o cualquier otro tipo de prácticas que ratifican o propugnan violencia de género o contra niños, niñas y adolescentes.

Con este Reglamento de fecha 8 de junio de 2012, el Estado ecuatoriano, a través del Ministerio de Salud Pública, resguardó legalmente que la identidad LGBTI no fuera violentada por clínicas o centros que ofrecían a la ciudadanía los servicios de “deshomosexualización”. Iniciativas como esta, muestran los sesgos que todavía existen en la población.

Por lo tanto, los esfuerzos de implementación de los estándares de identidad de género e identidad familiar establecidos por Argentina pueden ser aplicados por el Ecuador a través de la CRE y el PNBV. En función del caso relatado anteriormente, solo basta con la decisión política de garantizar los derechos de la población LGBTI y así aplicar a su favor el aparatage normativo existente en Ecuador, ya sea como individuos o como familia.

4. Cuarta tensión: integración latinoamericana

La CRE, en su art. 423, habla de la integración del Ecuador con Latinoamérica y el Caribe como un objetivo estratégico, motivo por el cual el Estado asume diversos compromisos. Entre ellos, se destaca el compromiso de fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes

Donantes Potenciales de Sangre. Washington D. C., 2009, p. 35.

27 Carolina von Opiela y Natalia Monti. *Tensiones entre la Cláusula de Igualdad y la Donación Voluntaria de Sangre*. Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 1.

social, educativo, cultural, salud pública, entre otros, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad. Además, se compromete a propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña, la libre circulación de las personas en la región, la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio. Bajo este marco constitucional, y al ser ambos países parte de la OEA, de UNSAR y de MERCOSUR, comparten varios sistemas de integración regional que permiten establecer una lógica de cooperación y coordinación entre los dos Estados.

En virtud de lo analizado, cabría preguntarse qué pasaría si una pareja del mismo sexo, independientemente su nacionalidad pero casados en Argentina, deciden radicarse en Ecuador y solicitar al Estado que los efectos de su matrimonio en Argentina tuvieran aplicación en Ecuador. Para los casos de los matrimonios no heterosexuales, el CCE ha previsto dentro de su art. 91 que los matrimonios celebrados en el extranjero de conformidad con las leyes de ese país, surtirán los mismos efectos civiles que el celebrado en jurisdicción ecuatoriana; por otro lado, el mismo artículo aclara que si un ecuatoriano o ecuatoriana “contrajere matrimonio en nación extranjera, contraviniendo de algún modo a las leyes ecuatorianas, la contravención surtirá en el Ecuador los mismos efectos que si se hubiere cometido en esta República”. Para compatibilizar el acto jurídico del matrimonio en el extranjero, es necesario recurrir la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Principios de Montevideo),²⁸ debido a que fue ratificada tanto por Ecuador y Argentina.

Art. 1. La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscriptas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes.

En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno.

Art. 2. Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

Art. 7. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

De una primera lectura del art. 91 del CCE podría interpretarse que las parejas del mismo sexo argentinas casadas bajo su jurisdicción nacional sin incurrir en impedimentos en su Estado, tienen los mismos efectos de dicho contrato en Ecuador, debido a que la Convención Interamericana sobre Normas de Derecho Internacional Privado (CINGDIP) especifica que el régimen aplicable a la persona

28 Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>. Fecha de consulta: julio de 2014.

extranjera sobre actos jurídicos realizados legalmente con su derecho nacional debe ser aplicado y respetado por el otro Estado. En el caso de que uno de los o las cónyuges sea ecuatoriana, el matrimonio no surtirá efectos como lo señala el segundo párrafo del art. 91 del CCE, dado que declara que si el matrimonio se celebra contraviniendo ley ecuatoriana, queda nulo. Tomado este análisis bajo la interpretación del art. 427, números 5 y 7 de la CRE, la actuación de la legislación ecuatoriana está obstaculizando la armonización de la normativa de Ecuador con la argentina en materia de derechos humanos y derechos de familia. Esto a su vez significa que no se está tratando del mismo modo a ciudadanos y ciudadanas connacionales ecuatorianos, dejando de lado la lógica de la ciudadanía universal latinoamericana. Así, la posible negación de un matrimonio no heterosexual celebrado en Argentina, para que surta efectos en Ecuador, no solo se subsume a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación (contenida en todos los instrumentos internacionales ratificados por los dos Estados), sino que también sigue la lógica que el mismo Estado ecuatoriano se planteó al momento de redactar la CRE.

El segundo escenario que debe plantearse es la reacción del Estado ecuatoriano cuando la migración trans que ha sido beneficiaria de la Ley de Identidad de Género de Argentina decida radicarse en Ecuador. Sobre esta situación se conoce que por las políticas emprendidas por Argentina, en los DNI o pasaportes para uso de viaje, constará el sexo biológico de la persona, pero no su identidad autopercebida. Sin embargo, esto no basta para que estas personas al momento de radicarse y arraigarse en Ecuador puedan solicitar al Estado que reconozca su identidad autopercebida en la forma que fue ya garantizada por la legislación argentina. Sobre esta decisión es el punto decisivo del caso, que aplicando los arts. 74 y 75 de la LRCIC, las solicitudes de rectificación de la inscripción de registro de identidad deben hacerse al Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación ordenando la reforma de la partida, para que al margen se anote el cambio de sexo de la persona; en caso que esta solicitud sea negada, procede el inicio de un proceso judicial para que a través de sentencia se ordene lo propio al Registro Civil. Ahora bien, tomando en cuenta la actitud de esta entidad del Estado en la actualidad, dicha solicitud será negada e igualmente el trámite judicial por vía ordinaria. Es por ello que la vía adecuada, después de intentar las dos vías anteriores, será la constitucional a través de una acción de protección. El resultado de este proceso es incierto porque en Ecuador existen dos precedentes, uno positivo y otro negativo, y ninguno vinculante.

Por lo tanto, y bajo el análisis normativo, los matrimonios de personas del mismo sexo que entre sus cónyuges no haya ecuatorianos o ecuatorianas, podría surtir efecto en Ecuador según lo establece el CCE, mientras que el reconocimiento de la identidad autopercebida en los documentos de identidad de las personas beneficiarias en Argentina que migren y residan en Ecuador, lamentablemente tendrían que afrontar un proceso judicial de carácter constitucional, para que el Estado acepte el derecho reconocido por Argentina.

CONCLUSIONES

El patriarcado, a través de sus distintas formas de dominación del cuerpo y la sexualidad, clasifica a las personas en un binarismo en el cual solo existe la posibilidad de ser hombre o mujer, masculino o femenino, heterosexual o no heterosexual, siendo la característica de hombre heterosexual el que es menos propenso a ser dominado y es construido para dominar. En este contexto se construyó el control del cuerpo y la sexualidad dentro de la matriz binaria, que impuso a la sexualidad desde lo reproductivo. Es así que la diversidad sexual *a priori* quedaba excluida de la dinámica del ejercicio público de la sexualidad.

Bajo el contexto señalado, reto de la nueva *sexopolítica* será adentrarse en las instituciones jurídicas y sociales que regulan la vida heterosexual (binaria), para que a partir de ahí se puedan evidenciar las necesidades particulares en ejercicio de derechos de la población LGBTI y, desde ese punto, lograr que el sistema se quiebre para que se transforme, para que deje de someter a la sociedad a una constante sexualización reproductora del cuerpo, producto de la heteronormatividad.

La consecuencia en el derecho sobre esta heteronormatividad se ha traducido en una exclusión en el ejercicio de derechos de la población no heterosexual. Es así que en respuesta a esto, la OMS, a partir de 1990, comienza a cuestionar la heteronormatividad en el derecho, promoviendo la deslegitimación de las leyes que criminalizaban la no heterosexualidad. Además, en la actualidad, esa lucha se la está planteando en el derecho de familia y en la identificación con base en la identidad LGBTI.

Ahora bien, esta crítica al derecho sobre varios estereotipos y paradigmas plagados fruto de la colonización, el patriarcado y otros fenómenos sociales, dio como resultado el garantismo constitucional en Latinoamérica. Ahora bien, esta aplicación de las constituciones no es siempre igual. En el caso de Argentina, el “Bloque de Constitucionalidad Federal”, que otorga el rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, ha sido la herramienta dinamizadora de la interpretación dinámica y sistemática de las normas en beneficio de la población LGBTI. El caso ecuatoriano tiene otros matices, debido a que la CRE, al ser aprobada en el 2008, amplió un catálogo de derechos más profundo con una visión transversal de la unión en la diversidad y el *sumak kawsay*, sin embargo, el derecho a la identidad familiar LGBTI se prohíbe expresamente en su texto.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha analizado el derecho a la identidad LGBTI a partir del derecho a la privacidad. Sin embargo, la identidad LGBTI no proviene solo de la teoría decisional de la vida privada, sino que esta es un rasgo inherente a la condición humana con determinados elementos que permiten a la persona desarrollar su vida tanto en contextos privados como públicos, y así reivindicar esa identidad independiente del espacio. En este sentido, el derecho a la identidad LGBTI contiene los siguientes elementos: determinación de la identidad propia, nombre, definición de las propias relaciones personales, expresión libre y pública de la identidad personal, factor de individualización, autonomía sexual y protección de injerencias arbitrarias.

En la construcción de la identidad individual autopercebida, la reapropiación del cuerpo y la sexualidad desde el punto de vista de la constrasexualidad, permite eliminar etiquetas y encasillamientos basados en estereotipos y concepciones heteronormadas del placer y la reproducción. Debido a que el placer sexual debe estar separado de su análisis y ejercicio de la función reproductora del cuerpo, y cuando realmente se pueda entender esta situación desde la sociedad, será más fácil comprender que la identidad LGBTI es otra rasgo más de la condición humana.

Una expresión de la reivindicación del derecho a la identidad LGBTI autopercebida es la Ley de Identidad de Género, de la Argentina, una norma pionera de la posibilidad de legalizar la identidad autopercebida con los documentos de identidad. Además, esta norma complementa la identificación con la salud integral y especializada, señalando que el Estado proporcionará las tecnologías adecuadas para que las personas moldeen su tecnocuerpo según su identidad autopercebida.

En relación con la identidad familiar LGBTI, los instrumentos internacionales de derechos humanos no describen a la familia bajo ningún tipo, en cambio proponen un concepto abierto y amoldable a las realidades de cada Estado. En este sentido, hablar de la familia nuclear heterosexual como único modelo familiar es una falacia.

Ahora bien, con el desarrollo de los derechos y la apropiación del espacio público de la población LGBTI, se han solicitado medidas legales para proteger su identidad familiar, planteándose primero la unión de hecho fuente de protección. Sin embargo, el hecho de que exista la apertura de las normas para las parejas del mismo sexo a esta institución jurídica y no al matrimonio, provocó que se piense que la discriminación familiar seguía persistente, ya que el Estado no le permite a estas parejas escoger la institución por la cual desea formalizar su unión.

Argentina, a través de la Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo, marcó un estándar en la región sobre la protección a la identidad familiar LGBTI, debido a que esta norma dotó de total igualdad de trato y ejercicio de derechos de los matrimonios heterosexuales y no heterosexuales, con la posibilidad de adoptar y de colocar a sus hijos e hijas sus apellidos. El caso ecuatoriano contrasta con el argentino, porque si bien existe la unión de hecho para parejas del mismo sexo, el Estado no emprende políticas para que estas familias tengan los mismos efectos que aquellas unidas por matrimonio. En Ecuador existen restricciones constitucionales para el matrimonio no heterosexual y para la adopción de parejas del mismo sexo unidas de hecho. Es por ello que en la actualidad, la lucha por el

matrimonio de las personas del mismo sexo es la única forma de garantizar la identidad familiar LGBTI.

Los mayores reparos que existen a los matrimonios no heterosexuales por parte de la sociedad y los Estados se centran en los derechos de niños, niñas y adolescentes. El miedo radica en la posibilidad de transmitir la no heterosexualidad a los niños y niñas bajo el principio de interés superior del niño, lo que representa volver al modelo patologizante de la orientación sexual que se entendía superado desde 1990.

La Ley de Identidad de Género y la Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo marcaron estándares de protección para la identidad LGBTI en la región, sin embargo, al ser aplicados en Ecuador generarán una serie de tensiones que podrían ser resueltas con decisiones oportunas. La primera y segunda tensión se configuran dentro del plano jurídico, debido a que la CRE, al ser una Constitución muy reglamentaria, las autoridades la aplican de manera literal, lo que significa que utilizan solo la literalidad para interpretar el texto, dejando de lado los principios que permiten consolidar la interpretación dinámica y sistemática de la Constitución en beneficio de la identidad LGBTI.

La tercera tensión la marca la política pública, que en el caso argentino hace accesible las leyes a sus ciudadanos, sin embargo, todavía persisten obstáculos para extranjeros. A pesar de esto, una decisión de la administración pública permitió que las personas trans o intersex extranjeras puedan legalizar su identidad autopercebida. Por otro lado, la aplicación de las dos leyes resulta aún insuficiente en varias provincias de la nación fuera de la capital. En el caso ecuatoriano, si bien existe el PNBV que identifica como grupo de atención especial a la población LGBTI, las políticas que se han tomado son puntuales y en ocasiones contradictorias.

La cuarta tensión se relaciona con la integración latinoamericana, debido a que si bien los estándares de la identidad LGBTI rigen exclusivamente dentro de suelo argentino, no es más cierto que la movilidad humana en América es muy alta, por tal motivo la población LGBTI, habiendo sido beneficiaria del reconocimiento de su identidad individual y/o familiar en Argentina, colocará en posiciones incómodas a los Estados, como el Ecuador, que no prevén este tipo de confrontaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. “Derechos Fundamentales y Proporcionalidad”, en Capaldo, G.; Clérico, L. y Sieckmann, J.: *Internalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires, Eudeba, 2013, p. 184.
- Amat Andrea, Francisco. *El Banquete de Safo. Una tertulia dialógica sobre los discursos mediáticos del amor y los modelos de atracción con mujeres lesbianas y bisexuales*. Castellón, Universidad Jaume I, 2013.
- Amnistía Internacional. *Artículo 6: reconocimiento de la personalidad jurídica*. Disponible en: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-a6.html>. Fecha de consulta: julio de 2014.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El Neoconstitucionalismo Transformador*. Quito, UASB-Abya Yala, 2011.
- “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ávila Santamaría, R. (comp.): *Constitución del Ecuador del 2008 en el contexto andino*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 19-39.
- Berazategui, Daniel. *Creencias y Motivaciones en Gays y Lesbianas que quieren ser padres o madres*. Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2013.
- Bidart Campos, Germán. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Buenos Aires, Ediar, 1996.
- Butler, Judith. *Performatividad, Precariedad y Políticas Sexuales*. California, University of California, 2009. Disponible en: <http://www.aibr.org/antropologia/04v03/criticos/040302.pdf>. Fecha de consulta: julio de 2014.
- Campos, Álvaro. *Así aprendimos a ser hombres*. San José de Costa Rica, Oficina de Seguimiento y Asesoría de Proyectos OSA, S.C., 2007, p. 20.
- Clérico, Laura. “El Matrimonio Igualitario: Igualdad y/o Autonomía (1)”, en Von Opiela, C. y Solari, N.: *Matrimonio Entre Personas del Mismo Sexo Ley 26.618 Antecedentes. Implicancias. Efectos*. Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 39-66.
- Código de Derecho Canónico. Libro IV, Título VII Del Matrimonio.
- Código Penal Ecuatoriano, 1971.
- Comisión de la Verdad. *Informe Comisión de la Verdad Ecuador “Sin Verdad no hay Justicia”*. Tomo 1. Ecuador, Ecuareditorial, 2010.
- Comisión Europea de Derechos Humanos. *Caso D. Van Oosterwijk c. Bélgica, Aplicación N° 7654/76*, 1979.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Informe N° 38/96, Asunto N° 10.506, X e Y (Argentina)*. Washington D. C., 1996.
- Informe N° 4/01 Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala*. Washington D. C., 2001.
- Audiencia temática en Sesión 147 Período de Sesiones “Situación de derechos humanos de las personas intersex en las Américas”, 15 de marzo de 2013.
- Comisión Internacional de Juristas y Servicio Internacional para los Derechos Humanos. *Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos*

Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género “Principios de Yogyakarta”. Yogyakarta, 2007.

Comisión Internacional de Juristas. “Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Guía para profesionales 4*, Ginebra, Gobierno de España-Ministerio de Igualdad, 2007.

—“Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Guía para profesionales 4*, Ginebra, Gobierno de España-Ministerio de Igualdad, 2009.

Comité Derechos Humanos. *Observación General N° 19 Artículo 23. La familia*, párr. 2 y 3. 1990.

—*Caso A. R. Coeriel y M. A. R. Aurik c. Países Bajos, Comunicación N° 453/1991*. 1991.

—*Toonen Vs. Australia, Comunicación N° 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992*, Informe de 4 de abril de 1992.

—*Consideraciones, Caso A .R. Coeriel and M. A. R. Aurik c. Países Bajos, Comunicación N° 453/1991*, 1994.

—*Observación General N° 16 (Artículo 17)*. 1998.

Comité DESC. *Observación General 20 “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”*, E/C.12/GC/20, 2009.

Congreso Nacional. *Código Civil*, Libro I, Codificación N° 10, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

Consejo de Derechos Humanos. *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos (Argentina), A/HRC/WG.6/14/ARG/1*, 7 de agosto de 2012.

Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos y Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Orientación Sexual Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes*, OEA/Ser.G CP/CAJP/INF. 166/12, 2012.

Cook, Rebeca y Cusack, Simone. *Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*. Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2010.

Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia N° C-098/96*. Bogotá, 1996.

Corte EDH. *Caso X e Y c. Países Bajos, Aplicación N° 8978/80*. 1985.

—*Caso Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido, Aplicaciones N° 31417/96 y 32777/96*. 1999.

—*Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, 1999.

—*Caso Clift Vs. Reino Unido*, N° 7205/07, 2010.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 1998.

—*Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala Fondo*. Costa Rica, 2000.

—*Caso Gelman Vs Uruguay Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2001.

—*Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2006.

—*Caso La Cantuta vs. Perú Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2006.

—*Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2012.

- *Caso Forneron e Hija Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Costa Rica, 2012.
- *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica Resumen Oficial*. Costa Rica, 2012. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf. Fecha de consulta: julio de 2014.
- Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Causa N°365-09-JLL**. Quito, 2004.
- *Causa N° 17203-2013-20843*. Sentencia de 14 de marzo de 2014. Disponible en: <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>. Fecha de consulta: abril de 2014.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Caso Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia**, 2006. Disponible en: <http://falloscsn.blogspot.com.ar/2006/11/alitt-2006.html>. Fecha de consulta: junio de 2014.
- Diario Expreso**. “El IESS abre la puerta al respeto de los derechos de los homosexuales”, Quito, 2012. Disponible en: <http://expreso.ec/expreso/plantillas/nota.aspx?idart=2813614&catid=19408&tipo=2>. Fecha de consulta: julio de 2014.
- Dulitzky, Ariel E.** *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2014. Disponible en: <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720>. Fecha de consulta: mayo de 2014.
- Facchi, Alejandra**. “El pensamiento feminista sobre el Derecho un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, *Academia: Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires* 6, 2005, pp. 27-47.
- Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT)**. *Informe de la Sociedad Civil para el EPU (2008-2011)*. Buenos Aires, 2012.
- Foucault, Michael**. *Historia de la Sexualidad y La voluntad del saber*. Madrid, Siglo XXI, 1998.
- Granja, Lilia**. *El trato discriminatorio en la Constitución del colectivo LGBT en materia de Matrimonio*. Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2010.
- Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)**. *Mapa Nacional de Discriminación*. Buenos Aires, INADI, 2013.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) y Comisión de Transición para la Definición de la Institucionalidad Pública que Garantice la Igualdad entre Hombres y Mujeres**. *Investigación (estudio de caso) sobre Condiciones de Vida, Inclusión Social y Derechos Humanos de la población LGBTI en Ecuador*. Quito, 2013.
- Kimmel, Michael S.** “Homofobia, temor, vergüenza y silencio en la Identidad masculina”, en Valdés, T. y Olavarría J.: *Masculinidad-es Poder y Crisis*. Santiago de Chile, FLACSO-Chile, 1997, pp. 50 y 51.
- Laqueur, Thomas**. *La construcción del cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*. Madrid, Cátedra, 1994.
- Mancero, Cristina**. *La construcción del movimiento gay y sus manifestaciones sociales, culturales, y políticas en la ciudad de Quito*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2007, p. 47.
- Mcdowell, Linda**. “La Definición del Género”, en Ávila Santamaría, R.; Salgado, J. y Valladares, L. (comps.): *El Género en el Derecho*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Menjívar, Mauricio.** *Guía Metodológica para el Trabajo Sobre Masculinidad*. San José de Costa Rica, Organización de Estados Americanos, 2001, p. 43.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.** *Examen Periódico Universal del Ecuador 2012*. Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2012.
- Movimiento Nacional LGBTI.** *Propuestas para la Asamblea Constituyente*. Quito, 2008. Disponible en: <http://www.equidadecuador.org/es/todo/ATT1205151631-3.pdf>. Fecha de consulta: julio de 2014.
- Nikken, Pedro.** “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH* 53, 2011. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pdf>. Fecha de consulta: julio de 2014.
- O’Donnell, Daniel.** *Derechos Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. México D. F., Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012.
- Onaindia, José Miguel.** “El Matrimonio Igualitario desde la Constitución Nacional”, en Von Opiela, C. y Solari, N.: *Matrimonio Entre Personas del Mismo Sexo Ley 26.618 Antecedentes. Implicancias. Efectos*. Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 13-21.
- “La decisión sobre el género y los principios constitucionales”, en Von Opiela, C.: *Derecho a la Identidad de Género Ley N° 26.743*. Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 19-26.
- Organización Panamericana para la Salud.** *Elegibilidad para la donación de sangre: Recomendaciones para la Educación y la Selección de Donantes Potenciales de Sangre*. Washington D. C., 2009.
- Pareja, Estela y Guillén, Aida.** “La carta de derechos humanos emergentes. Una respuesta de la sociedad civil a los retos del siglo XXI”, en: *Naturaleza y alcance de los derechos humanos emergentes, en la carta de los derechos humanos emergentes y la renta básica*. Catalunya, Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, 2007, pp. 22-34.
- Paula, Christian.** *La Responsabilidad Internacional del Ecuador por la Prohibición del Acceso al Matrimonio Igualitario en Virtud de la Discriminación de Jure en la Constitución del 2008*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), 2014.
- Preciado, Beatriz.** *Manifiesto Contrasexual*. Barcelona, Anagrama, 2001.
- TestoYonki*. Madrid, Espasa Calpe, 2008, p. 58.
- República de la Nación Argentina.** *Carta Orgánica de la Municipalidad de Villa Carlos Paz*. Provincia de Córdoba, s.f.
- Constitución de la Nación Argentina*. 1994.
- Ley N° 1004*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2002.
- Ley de Identidad de Género*. 2012.
- Ley de Matrimonio entre Personas del mismo Sexo*. 2010.
- República del Ecuador.** *Código Civil*. 2005.
- Código de la Niñez y Adolescencia*. 2006.
- Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación*. 2006.
- Constitución de la República del Ecuador*. 2008.

- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. 2010.
- Salgado, Judith.** “Análisis de la interpretación de inconstitucionalidad de la penalización de la homosexualidad en el Ecuador”, *Aportes Andinos: Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad* 11. Quito, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, 2004. Disponible en: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista11/articulos/judith%20salgado.htm>. Fecha de consulta: junio de 2014.
- La reapropiación del cuerpo Derechos sexuales en Ecuador*. Quito, ABYA YALA, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008.
- SENPLADES.** *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013–2017*. Quito, 2013.
- Silva Portero, Carolina.** “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”, en Ávila Santamaría, R.: *La Constitución del 2008 en el contexto andino, Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, 2008, pp. 111-155.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación.** *Amparo en Revisión 152/2013 Vs. Estado de Oaxaca*. México D. F., 2014, párr. 153.
- SCJN declara inconstitucional una norma por discriminatoria con base en una categoría sospechosa*. México D. F., 2014. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=2833>. Fecha de consulta: julio de 2014.
- Tribunal Constitucional de Ecuador.** “Sentencia 106-1-97, Caso N°111-97-TC”, *Registro Oficial* 203, 27 de noviembre de 1997.
- Trindade, Cañado.** “Voto Razonado”, en Corte IDH: *caso Caesar vs. Trinidad y Tobago Fondo, Reparación y Costas*. Costa Rica, 2005.
- Valcárcel, Amelia.** *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Santiago de Chile, Naciones Unidas-CEPAL, 2001, p. 8.
- Villa Durán, Carlos.** *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, Trotta, 2006.
- Von Opiela, Carolina.** “Transformaciones: la (in) estabilidad del nombre”, en *Derecho a la Identidad de Género Ley N° 26.743*. Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 203-222.
- Von Opiela, Carolina y Monti, Natalia.** *Tensiones entre la Cláusula de Igualdad y la Donación Voluntaria de Sangre*. Buenos Aires, La Ley, 2013.
- Zagrebelsky, Gustavo.** “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional”, en *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 2009.

Dedicatoria

A mi mamá Nancy, a mi papá Juan y a mi hermano Franklin, a quienes durante estos meses fuera de casa los he extrañado tanto y eso me ha hecho volver a sentirme orgulloso de tener la familia que tengo.

A mi familia de Argentina: Jeimi, Nataly, Nathalia y Laura, quienes nos juntamos por una necesidad y ahora creamos lazos de que durarán por siempre. Además a Sabrina y Hedme, quienes con su amistad y consideración lograron ganarse una parte de mi corazón.

A mi tutora Carolina, por abrirme su corazón y su experiencia para caminar junto a mí en esta travesía que me permitió construir esta investigación.

A toda la población lesbiana, gay, bisexual y transexual (LGBTI) en Ecuador, que necesita que su voz sea escuchada para que sus derechos sean respetados.

Finalmente, le dedico esta investigación a un gran amigo que en Ecuador inició la lucha por la identidad familiar LGBTI después de aprobada la Constitución de 2008, Andrés Buitrón, y desde el lugar que esté ahora, debe estar muy feliz que varios de sus amigos y amigas decidimos continuar lo que él dejó pendiente.

APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

**Internet libre y comunicaciones seguras en la labor
de promoción y defensa de los derechos humanos**

HEDME SIERRA CASTRO

Director: Nancy Cardinaux

Codirector: Martín Cabrera

LA SOCIEDAD DE VIGILANCIA

1. El control: un instrumento de poder

El precio de la libertad es la eterna vigilancia.
Thomas Jefferson¹

Como bien sostiene Katitza Rodriguez:²

La vigilancia gubernamental es un problema creciente. Desde América del Norte hacia América del Sur, desde Europa a la costa del Pacífico, las formas de vigilancia amenazan con poner en peligro los derechos a la privacidad y la libertad de expresión. Nadie entiende estos desafíos mejor que las defensoras y los defensores de derechos humanos que trabajan para proteger y defender los derechos fundamentales de las personas.

Las prácticas de intervención a las comunicaciones se remontan a los años 1920, cuando el espionaje militar tenía acceso a los telegramas enviados, recibidos y retransmitidos por Estados Unidos. La primera agencia estadounidense dedicada a la interceptación de telecomunicaciones en tiempos de paz fue la llamada Cámara Negra (*Black Chamber*), creada en 1919 a partir de la reorganización de una sección especializada del ejército, que había desempeñado la misma función durante la Primera Guerra Mundial. Desde sus inicios, la Cámara Negra estuvo dirigida por el criptógrafo Herbert O. Yardley, y su primera gran hazaña fue descifrar el código de comunicaciones que en esos momentos manejaba el gobierno de Japón; esto permitió que Estados Unidos conociera anticipadamente las posiciones japonesas respecto a las discusiones realizadas en la Conferencia Naval

¹ Thomas Jefferson (1743-1826). Tercer presidente de los Estados Unidos de América (1801-1809).

² Katitza Rodriguez, licenciada en Derecho por la Universidad de Lima, Perú. Es directora de derecho internacional de la Fundación por las Fronteras Electrónicas (Electronic Frontier Foundation), para tratar asuntos de privacidad, la vigilancia del gobierno, los flujos de datos transfronterizos, seguridad cibernética en la intersección de la privacidad, la libertad de expresión, y la aplicación de los derechos de autor. Fue asesora del Foro de Gobernanza de Internet de las Naciones Unidas (2009-2010) y miembro del Consejo Asesor de Privacy International. Fue directora del programa de privacidad internacional en el Electronic Privacy Information Center en Washington D. C.

ocurrida entre el 12 de noviembre de 1921 y el 6 de febrero de 1922, con el propósito de consensuar un acuerdo entre las más grandes potencias (Japón, Francia, Italia, Reino Unido y Estados Unidos) que limitase el potencial militar y de ese modo evitar otra guerra mundial. En 1929, la Cámara Negra fue clausurada por presión del entonces secretario de Estado Henry Stimson, quien sostenía que “los caballeros no leen los correos de los demás”. Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, el gobierno de los Estados Unidos decidió que los caballeros necesitan una red de vigilancia permanente.

Durante la Segunda Guerra Mundial, tanto Estados Unidos como Gran Bretaña desarrollaron amplias capacidades de espionaje. A lo largo de la guerra fría, la vigilancia a la población fue parte de la vida diaria. Por otro lado, Alemania Oriental monitoreó y registró durante 40 años las actividades de la población, usando la información para reprimir revueltas y posibles disidencias. Estados Unidos entró de lleno en estas prácticas inmediatamente después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, cuando comenzó a revisar cada telegrama que entraba o salía del país; esta actividad era parte del proyecto *Shamrock*.³

Con el correr de los años, durante las protestas en contra de la Guerra de Vietnam ocurridas en 1967, que traían consigo el creciente movimiento por los derechos civiles, el trigésimo sexto presidente de los Estados Unidos, Lyndon B. Johnson, ordenó a la Agencia Central de Inteligencia (Central Intelligence Agency, CIA) y al Ejército (U.S. Army) intervenir las comunicaciones para saber si el movimiento pacifista recibía ayuda de cooperantes extranjeros. Más tarde, la Oficina Federal de Investigación (*Federal Bureau of Investigation*, FBI) incorporó a esta misma investigación algunos nombres de personalidades norteamericanas a las que se debía vigilar. Finalmente, la Agencia Nacional de Seguridad (National Security Agency, NSA) se hizo cargo del programa de espionaje *Minarete*.⁴ Este proyecto creó una lista de vigilancia de ciudadanos estadounidenses sospechosos de actividades subversivas. En lista figuraban algunas personalidades como el boxeador Mohamed Alí y el defensor de los derechos humanos, Martin Luther King, fervientes críticos de la Guerra de Vietnam. Esta lista de vigilancia de personalidades contenía más de 1600 nombres y estuvo activa desde 1967 hasta 1973.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, las potencias que participaron en el conflicto decidieron dividirse no solo lo que quedó de Europa, sino ciertas regiones del mundo. Por ejemplo, Estados Unidos quedó a cargo del control de América Latina, y para ello respaldó gobiernos que fueran adeptos a sus intereses. De esta manera, el continente se plagó de dictadores, producto de golpes de Estado militares que fueron apoyados por el gobierno estadounidense. Así, surgieron líderes

3 Programa de espionaje que comenzó en agosto de 1945, que consistía en la acumulación de todos los datos telegráficos que entraban o salían de los Estados Unidos y que permitía el acceso directo a copias diarias de todo el tráfico a través de las tres principales compañías estadounidenses de cable: Western Union, RCA e ITT.

4 Proyecto hermano del Proyecto Shamrock, lanzado en 1969. Fue operado por la NSA que interceptaba las comunicaciones de personas que estaban en una lista proporcionada por otras organizaciones gubernamentales. Estas comunicaciones interceptadas eran luego suministradas a otras organizaciones gubernamentales como el FBI, la CIA o el Departamento de Defensa de los Estados Unidos. El proyecto no contaba con supervisión judicial ni tampoco tenía órdenes de interceptación.

dictatoriales que se caracterizaron por impulsar una política que educara a la población a través de una intensa propaganda gubernamental en valores nacionalistas, donde pensar individualmente era visto como una traición a la sociedad.

2. La sociedad del “gran hermano”

En 1949, George Orwell escribió *1984*, una de sus grandes obras literarias, en la que vislumbró una sociedad controlada y vigilada por un Estado antidemocrático, produciendo una profunda crítica de los regímenes autoritarios, sus medios de comunicación y la falta de libertad individual. Orwell introdujo el concepto del *Gran Hermano*, que mostraba al mundo hasta qué punto el ser humano se encuentra supeditado a controles fuera de su alcance, pues la información conforma un pilar fundamental en toda relación de poder. Durante los siglos XVIII y XIX, las formas del control social se basaban en la dominación fundamentada en una ideología que generaba relaciones de mando y obediencia. El castigo y la sumisión, las fuerzas militares y policiales, eran instrumentos de ese control social. Con la tecnificación, esos controles fueron superados virtualmente. La lógica del control social se articula con la finalidad de contener la *desviación social* y, así, se detectan los peligros latentes que devienen de los grupos peligrosos que se supone deben ser administrados para mantener el orden social.

El accionar de movimientos y organizaciones sociales en el contexto mundial está vinculada, por un lado, a la emergencia de situaciones globales como la sustentabilidad del planeta y las violaciones sistematizadas a los derechos humanos y, por otro lado, a la posibilidad de que los movimientos sociales se organicen transnacionalmente en defensa de intereses comunes y usen en su beneficio las posibilidades de interacción creadas por el sistema mundial.

En 2011, con la efervescencia y apogeo de las redes sociales, Julian Assange⁵ denunciaba que la gran mayoría de las personas usuarias de Internet se encuentran bajo la mirada de los servicios secretos norteamericanos y hacía fuertes críticas contra Facebook y los más grandes buscadores en Internet: Google y Yahoo, denunciando que los datos de usuarios de estos sitios podían encontrarse ya dentro de los archivos de la CIA. Para Assange, “Facebook es la máquina de espionaje más horrorosa que haya sido inventada”,⁶ ya que almacena los datos más completos de sus usuarios; sus relaciones, nombres, direcciones, domicilio, y también información sobre cómo se relacionan entre sí. En la actualidad, las discusiones sobre la conservación de datos de las personas usuarias de Internet siguen en boga y el debate es ahora más enérgico.

En este sentido, la vigilancia social se define como el control mediante la utilización de medios tecnológicos para extraer datos personales.⁷ Las tecnologías

5 Periodista australiano, programador y activista de Internet. En 2006 fundó *WikiLeaks*, del cual es editor y portavoz.

6 Julian Assange. “Entrevista”, *RT.com*. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=5z9eGuahNII>.

7 Gary T. Marx. *Surveillance and Society. Encyclopedia of Social Theory* 2005. Disponible en: <http://web.mit>.

desarrolladas en la segunda mitad del siglo XX juegan un papel significativo en la construcción de nuevas formas de control social.⁸ Esto representa un cambio en las formas de organización social, pues las sociedades contemporáneas, junto con sus estructuras social y política, combinan principios democráticos y actitudes autoritarias, de manera simultánea, que definen un nuevo tipo de sociedad, utilizando para ello los avances en las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC).

En realidad, uno de los aspectos novedosos de este tipo de sociedades que evoluciona a la par del desarrollo tecnológico es la sistematización de las tecnologías, en el que será fundamentalmente la vigilancia, la estrategia que reemplace progresivamente a la coerción física como un medio para mantener el orden y la armonía de la población. En la sociedad de vigilancia hay siempre una mirada que todo lo abarca y que lo sabe todo. Una sociedad de vigilancia se concibe, entonces, como una sociedad de progreso (ya que, según el positivismo, solo en el orden es posible el progreso), y resulta evidente que más allá de las interpretaciones sobre la sociedad de la información, el desarrollo del capitalismo transnacional, la sociedad globalizada y las TIC, sumado a las políticas neoliberales de las últimas décadas, están produciendo transformaciones de gran magnitud que operan desigualmente sobre los territorios, los Estados nación y las diversas formas de acción individual y colectiva.

La información y el conocimiento siempre han sido componentes cruciales del crecimiento económico; si le sumamos a esto el surgimiento de un nuevo paradigma tecnológico organizado en torno a las nuevas tecnologías de la información, la misma información se convierte en el producto del proceso de producción. En este escenario, las tecnologías de la información juegan un papel de vital importancia en el nuevo contexto ideológico, político y cultural de la dictadura del pensamiento único. Desde un enfoque marxista, si se dan cambios en la infraestructura económica, estos cambios determinan también transformaciones en la superestructura social, y es acá donde se exige una sociedad disciplinada para evitar la desintegración social. Paralelo al desarrollo de los medios de producción y las fuerzas productivas, el avance tecnológico consolida el sistema. Entonces, el tema de las comunicaciones resulta particular por tratarse de un área de importancia estratégica en términos del proceso de reproducción global. En este escenario global, y con la base tecnológica de Internet, las nuevas formas de organización en red dan un giro transformador a su utilización. Pues dentro de esta nueva lógica en la que las redes sociales constituyen una herramienta de resistencia *virtual*, se reduce la dependencia de los canales tradicionales de comunicación, la ampliación del acceso a la información y la posibilidad de producir su propia información modificando, así, los modelos tradicionales de intervención política e intercambiando flujos de información a través de páginas web, portales colectivos, listas de distribución y correo electrónico convencional, foros de debate, etcétera.

edu/gtmarx/www/surandsoc.html. Fecha de consulta: junio de 2014.

8 Nelson Artega. "Vigilancia y control social de la violencia en México", *Capítulo Criminológico*, Vol. 34, Nº 1, Enero-Marzo 2006. Disponible en: <http://www2.scielo.org.ve/pdf/crimi/v34n1/art02.pdf>. Fecha de consulta: junio de 2014.

Es así como Internet se convierte en un centro de operaciones para los movimientos sociales. Representa, pues, otro espacio de posicionamiento social; otra trinchera de lucha desde donde dar batalla, desde donde proponer un espacio contrahegemónico y quebrar el bloqueo informativo y distorsionante de los grandes medios de comunicación redefiniendo, también, el escenario de la protesta mundial, articulando sus acciones a través de la información y la fluidez de la comunicación. Es por ello que la mayor parte de los movimientos sociales promueve la importancia de incorporar la comunicación y el acceso a Internet como un derecho. Pues, a diferencia de lo que ocurría hace veinte años atrás, la vigilancia ya no es desarrollada por entidades separadas, sino que se han incrementado las conexiones coordinadas de vigilancia a escala mundial. La sociedad civil necesita tomar todos los espacios que pueda encontrar y apoderarse de ellos para contribuir a la creación de un nuevo equilibrio de poder.

3. El desarrollo de Internet

Resulta oportuno conocer los inicios del desarrollo de Internet y las telecomunicaciones, para analizar las razones políticas que fueron abriendo paso a su expansión. Como se menciona más arriba, durante la guerra fría, el Gobierno estadounidense tuvo la necesidad de establecer una red descentralizada para articular la información de sus espías ubicados alrededor del mundo.

La Agencia de Proyectos de Investigaciones Avanzadas para la Defensa (DARPA), perteneciente al Gobierno de Estados Unidos, realizó investigaciones que motivaron el desarrollo de redes que generaron, en 1969, un primer esbozo de Internet, denominado ARPANET, creado a solicitud del Departamento de Defensa de Estados Unidos, como medio de comunicación para los diferentes organismos del país. El primer nodo⁹ se creó en la Universidad de California, Los Ángeles (UCLA), y fue la espina dorsal de Internet hasta 1990. En esta red se conectaron cuatro computadoras situadas en la UCLA, la Universidad de California en Santa Bárbara, el Stanford Research Institute y la Universidad de Utah, respectivamente.

A partir del año 1987 empezó la gran expansión, debido en parte a que el año anterior se creó la Red de la Fundación Nacional para la Ciencia (NSFNET), que estableció cinco centros de supercomputadoras para proveer un alto poder de procesamiento. Recién en esta época se incorporan a Internet diversas redes de Europa. Nadie había ideado la red para los fines y las dimensiones que se estaban alcanzando. Durante esos años, se reforzaron las redes dorsales y se creó la Red Mundial, WWW (World Wide Web).

El ingreso de Internet a Latinoamérica, hace 30 años, se produjo en el marco de experimentos académicos, muchas veces inconclusos. Estas conexiones eran temporales y realizadas a través de una simple línea telefónica. El desarrollo de

9 Punto de intersección, conexión o unión de varios elementos que confluyen en una misma red, donde cada computadora es un nodo, y en Internet, cada servidor constituye también un nodo.

Internet y de las telecomunicaciones en la mayoría de los países latinoamericanos no fue pensado desde una perspectiva federal, soberana y de desarrollo. Los gobiernos estuvieron ausentes y el lucro empresarial determinó las conexiones, que se fueron uniendo a la red central desplegada desde Estados Unidos.

4. La soberanía en la era digital

La soberanía política se define en torno al poder, a la facultad que posee cada Estado de ejercer el poder sobre su sistema de gobierno, su territorio y su población. Es decir, comprendido desde la máxima noción de Estado soberano: es el poder de un Estado de no ser sometido por ningún otro. La *soberanía digital* hace referencia a ese mismo concepto de poder, pero en el ciberespacio. Este concepto de soberanía se transforma hacia la lógica gubernamental estadounidense, caracterizada por la ausencia de barreras o fronteras establecidas, en donde Internet constituye una seria amenaza a la capacidad del Estado soberano de controlar los acontecimientos políticos y sociales que tienen lugar tanto dentro como fuera de sus fronteras. Por tanto, la propagación de tecnologías de la información y de la comunicación a través de Internet socava el poder soberano. Internet tiene reglas de gestión exclusivamente dictadas por Estados Unidos. El almacenamiento de los datos es una cuestión de soberanía nacional, ya que las multinacionales norteamericanas que ofrecen acceso y servicios en Internet no entregan información a los Estados argumentando que sus archivos están alojados fuera del país. Lo ideal sería que estas empresas mantuvieran sus registros en el país para que estén disponibles en caso de que la justicia los solicite. América Latina es el continente con las redes de telecomunicaciones más dependientes de Estados Unidos: más del 90% del tráfico en Internet de la región pasa por servidores norteamericanos y el 85% de los contenidos digitales de Latinoamérica también están alojados en el Estados Unidos.

La metodología utilizada por la NSA para reunir una gran cantidad de comunicaciones implica el acceso directo a muchos de los cables internacionales de fibra óptica que se utilizan para transmitir comunicaciones internacionales, incluidos los submarinos. La agencia también desvía hacia sus servidores mensajes que atraviesan el sistema de los Estados Unidos, tal y como lo hace buena parte de las comunicaciones mundiales, y coopera con servicios de inteligencia de otros países que le ayudan en su recopilación. A esto se suman las *puertas traseras*¹⁰ de las empresas de Internet y los *metadatos*¹¹ provistos por las empresas telefónicas locales. En estos casos, la colaboración de las compañías puede ser obligada en función de órdenes de la Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera (Foreign Intelligence Surveillance Act, FISA).

¹⁰ Es una forma no oficial de acceso a un sistema o a un programa para que, en este caso, las autoridades gubernamentales o las agencias de inteligencia puedan intervenir las comunicaciones de Internet.

¹¹ Los metadatos son los datos de los datos, que son aquellas informaciones referidas a la identificación del número, la fecha, el tiempo de conversación o la localización de la llamada.

En base a lo anterior, es un error pensar que la intervención a las comunicaciones se desarrolla desde la base de un Estado democrático, como podría suponerse que es Estados Unidos. La intervención,¹² responde a un ideal de soberanía similar al que predominaba en los tiempos de monarquías absolutas o gobiernos autocráticos, en los que los soberanos se veían amenazados por nuevas formas de comunicación. La interceptación de las comunicaciones solo debe permitirse en consecución de los objetivos más importantes del Estado. Para mayo de 2013, Julian Assange denunciaba el riesgo en que se encuentra la soberanía digital en Latinoamérica y el Caribe, pues, como se menciona más arriba, gran parte del tráfico de sus comunicaciones transita a través de cables de fibra óptica que físicamente pasan por Estados Unidos. Y esto se traduce en una grave amenaza a la privacidad con el uso de Google o Facebook, por ejemplo.

Veamos un ejemplo que puede servir de muestra de los lazos de esta dependencia informática: un correo electrónico enviado entre dos ciudades limítrofes de Brasil y Perú, entre Río Blanco, capital de Acre, y Puerto Maldonado, va hasta Brasilia, sale por Fortaleza en cable submarino, ingresa a Estados Unidos por Miami, llega a California para descender por el Pacífico hasta Lima y seguir viaje hasta Puerto Maldonado, a escasos 300 km de donde partió.

Un factor muy importante para tener en cuenta es la ubicación de los servidores que almacenan la información. Para tomar conciencia de la realidad, en toda Sudamérica hay 43.552.918, mientras que en Estados Unidos existen más de 498.000.000 servidores, en los que se incluyen los de Microsoft, Facebook, Twitter, Google, AOL, Yahoo, YouTube y Apple, entre otros.¹³ Estos son factores que posibilitan el espionaje desde Estados Unidos, que se traduce claramente en una soberanía debilitada. Mientras que el Gobierno norteamericano justifica esta intervención con el pretexto de la lucha contra el terrorismo internacional, excluye el debate de lo que se entiende por *terrorismo*.

La preocupación por la soberanía e independencia digital llega también a otros importantes escenarios. China y Rusia, por ejemplo, han venido desarrollando estrategias tecnológicas y de información para enfrentar el casi absoluto predominio norteamericano en la era de la Internet. China, Rusia, Irán, Cuba e Israel están entre los principales objetivos de las agencias estadounidenses de espionaje, según publicaciones de *The Washington Post*.¹⁴ También Brasil, España, Francia, México, Venezuela y la Unión Europea (EU) han sido víctimas de intervenciones. Los teléfonos y correos de Dilma Rousseff, presidenta del Brasil, la funcionaria alemana Angela Merkel y otros líderes mundiales han sido objeto

12 Henry Perritt. "The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 5, N° 2, 1998. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=ijgls>. Fecha de consulta: junio de 2014.

13 Indexmundi. Tabla Comparación de Países, Número de servidores Internet. Disponible en: <http://www.indexmundi.com/g/r.aspx?v=140&l=es>. Fecha de consulta: junio de 2014.

14 Barton Gellman y Greg Miller. "Black budget' summary details U.S. spy network's successes, failures and objectives", *The Washington Post*, 29 de agosto, 2013. Disponible en: http://www.washingtonpost.com/world/national-security/black-budget-summary-details-us-spy-networks-successes-failures-and-objectives/2013/08/29/7e57bb78-10ab-11e3-8cdd-bcdc09410972_story.html.

de dichas intervenciones. En la inauguración del 68º Período de Sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, Dilma Rouseff denunció que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) debe desempeñar un rol de liderazgo en todos los esfuerzos destinados a regular la conducta de los Estados en lo referido a Internet, pues considera que el pleno aprovechamiento de Internet requiere una reglamentación responsable que garantice la libre expresión y el respeto a los derechos humanos.

Ante esta situación, los Estados que integran el bloque subregional Mercosur adoptaron un documento especial de rechazo al espionaje estadounidense, en el que expresan su preocupación por promover en las instancias multilaterales pertinentes la adopción de normas relativas a la regulación de Internet, con énfasis en los aspectos de seguridad cibernética, y acordaron la formación de un grupo de trabajo con el fin de tomar acciones que hagan más seguras nuestras telecomunicaciones y reduzcan nuestra dependencia de la tecnología extranjera.

5. Edward Snowden y el debate mundial sobre la privacidad, la libertad en Internet y los peligros de la vigilancia estatal

El 5 de junio de 2014 se cumplió el primer aniversario del comienzo de las revelaciones de Edward Snowden,¹⁵ un evento que marca un hito en la conciencia global acerca de la existencia de un aparato mundial de espionaje. Las revelaciones de Assange¹⁶ y Snowden afectaron los mismos intereses, y en ambos casos, los organismos de derechos humanos advierten el peligro de Estados que se transforman en vigilantes omnipresentes. Assange, por su lado, decidió difundir documentos filtrados de las bases de datos gubernamentales con la clasificación de *ultra secreto* desde su página web: *Wikileaks*, la organización que ha revelado una gran cantidad de datos ocultos sobre la guerra de Afganistán. Aunque *Wikileaks* comenzó a funcionar a partir de 2008, tomó difusión pública internacional en el 2010 con la publicación de un video en el que se ve cómo soldados estadounidenses disparan desde un helicóptero a un reportero, su ayudante, nueve personas armadas y otras que se acercaron a socorrer a los heridos.¹⁷ En 2013, Assange denunció que Internet ha sido ocupada militarmente por Estados Unidos y sus aliados, para dominar a las sociedades atentando contra su soberanía nacional.

En junio de 2013, el periódico *The Guardian* publicó la primera de una serie de revelaciones de Snowden sobre el espionaje masivo de Estados Unidos,¹⁸ que

15 Edward Snowden, extécnico de inteligencia, antiguo empleado de la CIA y de la NSA.

16 En junio de 2013, Assange solicitó asilo político en la embajada de Ecuador, en Londres, de donde no ha logrado salir porque el Reino Unido se negó a darle un salvoconducto.

17 El video fue filtrado el 5 de abril de 2010, por Bradley Manning, soldado y analista de inteligencia del ejército de los Estados Unidos. Manning fue condenado a 35 años de prisión por la histórica filtración de más de 700.000 documentos clasificados como ultra secretos. El video cuestiona la versión oficial sobre cómo el Ejército de Estados Unidos abrió fuego contra la población civil en Irak. Video disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=25EWUUBjPMo>. Fecha de consulta: julio de 2014.

18 Ewen Macaskill y Gabriel Danc. "NSA Files: Decodes", *The Guardian*, noviembre, 2013. Disponible en: <http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/1>. Fecha

evidencian la magnitud, los objetivos y los métodos con los que la NSA, que es la organización de vigilancia más grande y secreta de Estados Unidos, recopila información en todo el mundo. Estados Unidos, junto con sus cuatro aliados más cercanos: Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, han construido una red de sistemas de vigilancia de comunicaciones digitales de alcance mundial, llamado Cinco Ojos, que conforma una alianza de intercambio de inteligencia.

El Club de los Cinco Ojos nació a partir de la estrecha colaboración en materia de espionaje que mantuvieron Estados Unidos y Reino Unido durante la Segunda Guerra Mundial, en particular por el trabajo realizado desde el centro británico Bletchley Park¹⁹ para descifrar los códigos alemanes y japoneses. La alianza de los Cinco Ojos funciona en base al principio de compartir información y no espionarse mutuamente. Entre estos países existe un alto grado de cooperación estratégica e intercambio de inteligencia; debido a ese trabajo conjunto, el material reunido bajo el régimen de vigilancia de un país se comparte con el resto. La gran distancia que separa a estos países les permite vigilar la mayor parte del tráfico mundial de Internet.²⁰ Otros, como Rusia y China, tienen sus propias redes omnipresentes de vigilancia y acuerdos que proteger.

La lista de países donde la NSA ejerce sus actividades de vigilancia comprende a naciones tales como Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, Japón y Corea del Sur. Hay países en los que Estados Unidos espía rutinariamente, pero con los que prácticamente nunca coopera, como Venezuela, China, Irán, y Siria. Pero en el tercer nivel se incluyen también países neutrales como Brasil, México, Argentina, Indonesia, Sudáfrica y Kenia.

El primer documento revelado por Snowden fue una orden del Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de Estados Unidos,²¹ la FISA, creada por el Congreso después de que el Comité Church del Senado²² descubriera décadas de escuchas telefónicas abusivas del gobierno. El objetivo de creación de la FISA fue que el gobierno pudiera seguir involucrado en la vigilancia electrónica, pero para impedir abusos tenía que obtener permiso de la FISA antes de llevar a cabo una operación. Este tribunal es una de las instituciones más secretas del gobierno estadounidense. Todos sus dictámenes son automáticamente caratulados como

de consulta: junio de 2015.

19 Bletchley Park es una instalación militar localizada en Buckinghamshire, Inglaterra, en la que se realizaron los trabajos de descifrado de códigos alemanes durante la Segunda Guerra Mundial.

20 Los países que conforman los Cincos Ojos se han asociado con más de 80 de las principales corporaciones globales, tales como AT&T IBM, CISCO, ORACLE, MOTOROLA, INTEL, MICROSOFT, VERIZON, entre otras, para mejorar sus capacidades de espionaje.

21 El primer documento caratulado como máximo secreto fue una orden del Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de Estados Unidos, en el que se solicitaba a una sección de la empresa de telefonía Verizon que entregara todos los registros detallados de las llamadas telefónicas de sus clientes realizadas desde Estados Unidos hacia el extranjero y de las llamadas dentro de Estados Unidos, incluso las locales.

22 El Comité Church del Senado es formalmente conocido como Comité Selecto del Senado de los Estados Unidos para el Estudio de las Operaciones Gubernamentales respecto a las Actividades de Inteligencia.

máximo secreto, y solo un pequeño grupo de personas tiene autorización para acceder a sus decisiones. En ese documento,²³ se le ordena a la empresa de comunicaciones Verizon Business a entregar a la NSA todos los registros en detalle de comunicaciones entre el gobierno de Estados Unidos y el exterior y las comunicaciones locales dentro de Estados Unidos. Eso significa que la NSA estaba recolectando secreta e indiscriminadamente los registros telefónicos de decenas de millones de estadounidenses. Por otro lado, la FISA dio permiso a la NSA para espiar a 193 países. Esta autorización también permitía a la NSA recolectar información de inteligencia de organismos como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Unión Europea. A su vez, Snowden aportó pruebas de que la administración de Obama estaba realizando este tipo de actividades a través de la publicación de los documentos que el gobierno había tratado deses- peradamente de ocultar.

Desde el 11 de septiembre de 2001, el gobierno de Estados Unidos reforzó dramáticamente las capacidades de sus servicios de inteligencia para recopilar e investigar la información de extranjeros y ciudadanos estadounidenses. Otro de los documentos altamente reveladores publicados por Snowden fue sobre el programa conocido con el nombre de PRISM.²⁴ Este programa ejecutado por la NSA recoge datos electrónicos privados pertenecientes a los usuarios de los principales servicios de grandes empresas de Internet como Gmail, Facebook, Outlook, Microsoft, Apple y Yahoo, entre otros. Aunque el gobierno de Estados Unidos insiste en que solo se le permite recoger datos cuando obtiene autorización de la FISA, en la práctica este programa también recoge datos de ciudadanos que no son sospechosos de conexión alguna con el terrorismo o cualquier delito.

Snowden también reveló lo que él denomina una arquitectura de la opresión, refiriéndose a la infraestructura de espionaje de la NSA, por medio de la cual se puede acceder directamente a las comunicaciones y los datos privados, y que constituye en una serie de programas de vigilancia ultra secretos que van más allá de lo que se ha dado a conocer públicamente. Su método de recolección de datos se resume en: detectar, conocer, recolectar, procesar, explotar y compartir todo. En definitiva, Snowden considera que la NSA se ha desviado mucho de su objetivo de proteger la seguridad nacional, violentando la vida privada, la libertad de Internet y las libertades fundamentales.

Junto con las revelaciones, Snowden escribió un documento,²⁵ llamado *Manifiesto pro privacidad*, y firmado por ciudadanos de todo el mundo. Quedaba demostrado así que existía apoyo global para la protección de la privacidad. Por todos estos acontecimientos puede decirse que en 2013 el mundo tomó conciencia de que la vigilancia digital por los gobiernos del mundo no conoce límites. Y, por

23 Orden del Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de Estados Unidos. Disponible en: <http://s3.documentcloud.org/documents/709012/verizon.pdf>. Fecha de consulta: junio de 2014.

24 Edward Snowden. "Ein Manifest für die Wahrheit", *Der Spiegel*. Disponible en: https://magazin.spiegel.de/digital/index_SP.html#SP/2013/45/119402581 (Ver Anexo 8). Fecha de consulta: julio de 2014.

25 Ver "NSA Prism program slides", *The Guardian*, 1 de noviembre, 2013. Disponible en: <http://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/prism-slides-nsa-document>. Fecha de consulta: julio de 2014.

tanto, la vigilancia masiva no es una práctica aislada.²⁶ Las filtraciones de Edward Snowden develaron que existe la tecnología para vigilar a millones de usuarios de Internet. La NSA, y otras entidades similares, vigilan masivamente miles de comunicaciones con el argumento de la seguridad nacional y la lucha contra el terrorismo. La naturaleza digital de la información en Internet implica que todo lo que hacemos en línea deja una *huella*.²⁷

Buena parte de la información en Internet está codificada para que terceras personas no puedan acceder a ella, es decir que aunque la puedan ver, no la puedan leer; aun así la vigilancia sigue siendo posible mezclando estrategias como intervenir los cables de Internet, o forzar a las empresas privadas que recolectan datos masivos sobre sus usuarios a que entreguen esa información cuando una orden legal lo permite. Sin embargo, las publicaciones de Snowden dejan ver que la intervención a las comunicaciones va mucho más allá, por ejemplo, cuando la NSA interviene los cables de redes privadas que conectan los centros de datos de Google y Yahoo en todo el mundo; esas redes no son partes de Internet, y la información que circula por ahí no está codificada. Es así como hay una enorme cantidad de información de todas las personas usuarias, y existen los caminos para que esa información llegue a los organismos encargados de vigilar. La interpretación de metadatos hace coincidir la información de las personas con quienes se sostiene la comunicación; por ejemplo, el sistema de posicionamiento global (GPS) del celular dice con precisión dónde se ha estado, pero si se compara con el GPS de otra persona se logra saber exactamente en dónde se ha estado y a qué hora.

Para marcar el primer aniversario de las revelaciones de Snowden, organizaciones de la sociedad civil por los derechos en la *Era Digital* publicaron un informe²⁸ en el que detallan cómo algunas de las operaciones de espionaje de la NSA violaron los estándares internacionales de derechos humanos cuanto los principios necesarios y proporcionales. El informe sostiene que los programas de vigilancia de la NSA muestran:

- ausencia de “legalidad”, ya que las leyes de vigilancia de la NSA están gobernadas por un cuerpo secreto de legislación desarrollado por un tribunal secreto, el Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de Estados Unidos, que de manera selectiva publica sus interpretaciones de la ley;
- no ser ni “necesarios,” ni “proporcionales,” ya que los diversos programas mediante los que se obtienen datos de las comunicaciones en forma masiva son utilizados violando los derechos a la privacidad de millones de personas que no son sospechosas de tener conexión alguna con el terrorismo internacional;
- no cuentan con el apoyo de autoridad judicial competente, debido a que la única aprobación judicial, si tienen alguna, deriva de la FISA, que opera fuera de los procedimientos contenciosos normales, por lo que los individuos cuyos datos se recolectaron carecen de acceso a la justicia;

26 Para conocer más de este tema, “¿Cómo nos vigilan en internet?”, RedPaTodos. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=tnDxRjMDGQM&feature=youtu.be>.

27 Rastros de navegación.

28 Unnecessary and disproportionate. Publicado por Electronic Frontier Foundation. Disponible en: https://www.eff.org/files/2014/05/29/unnecessary_and_disproportionate.pdf. Fecha de consulta: julio de 2014.

- falta de debido proceso, puesto que la FISA no permite audiencias públicas;
- falta de notificación a las personas usuarias, ya que aquellos cuyos datos fueron obtenidos desconocen que sus comunicaciones han sido monitoreadas y por lo tanto no pueden apelar la decisión ni obtener representación legal para defenderse;
- falta de la transparencia y de control público, debido a que operan en secreto y se basan en órdenes que exigen confidencialidad a las entidades de las que obtienen los datos, junto con procedimientos judiciales, en caso de que existan, secretos;
- daño a la integridad de los sistemas de comunicaciones al debilitar los mecanismos de seguridad, tales como el cifrado, requiriendo la inserción de salidas alternativas en las tecnologías de comunicaciones para evitar la vigilancia, incluyendo la instalación de separadores de fibra óptica en los centros de transmisión.

Por otro lado, ahora se conocen algunas de las operaciones encubiertas de la NSA, tales como:

- EGOTISTICAL GIRAFFE: La NSA utiliza exploits (programa informático malicioso que fuerza alguna vulnerabilidad dentro del sistema) en Firefox, para obtener información técnica sobre los usuarios y los equipos de los usuarios de la red anónima Tor, una herramienta de anonimato que permite a los usuarios de Internet navegar por la red de forma anónima.
- MUSCULAR: Lanzada en 2009, se infiltra entre los vínculos de los centros de datos globales, no situados dentro de territorio estadounidense, de empresas de tecnologías como Google y Yahoo; estas dos empresas han respondido a MUSCULAR cifrando estos intercambios.
- XKEYSCORE: La interfaz de software por medio de la cual los analistas de la NSA buscan enormes bases de datos recogidos de otras operaciones: analiza correos electrónicos, chats en línea y los historiales de navegación de millones de personas en cualquier parte del mundo. Estos datos han sido compartidos con otros servicios secretos, incluyendo la Dirección de Señales de Defensa de Australia y Comunicaciones del Gobierno Oficina de Seguridad de Nueva Zelanda.
- BULLRUN: Es una operación de la NSA que intenta debilitar las herramientas de seguridad usadas por las personas usuarias.
- CO-TRAVELER: Recoge información sobre la ubicación de las torres de celulares a nivel mundial, Wi-Fi y GPS. Esta información es recopilada y analizada en el tiempo, en parte, con el fin de detectar compañeros de viaje de un objetivo.
- OLYMPIA: Programa de Canadá para espiar al Ministerio de Minas y Energía de Brasil.
- BLARNEY: Un programa para aprovechar las alianzas con empresas de clave única, y así acceder a los cables de alta capacidad de fibra óptica internacional. Los países destinatarios son Brasil, Francia, Alemania, Grecia, Israel, Italia, Japón, México, Corea del Sur y Venezuela, así como la Unión Europea y las Naciones Unidas.

Es así como la vigilancia indiscriminada ha roto numerosas leyes nacionales en los Estados Unidos. Internet comenzó su fase de expansión rápida en un contexto global marcado por la guerra contra el terror, con el aumento de las

restricciones y violaciones de los derechos humanos, especialmente a la privacidad, y la intensificación de la vigilancia estatal. Los poderes expansivos concedidos a las agencias de inteligencia después de 11 de septiembre de 2001 violentan incluso la Constitución de Estados Unidos. Dos años después del éxito contra Stop Online Piracy Act (SOPA) y Protect IP Act (PIPA) en los Estados Unidos, la comunidad activista por una Internet libre y sin espionaje se está posicionando para la próxima batalla: el respeto a los derechos en la *era digital*.

6. Gobernanza en Internet: ¿Quién controla Internet?

La arquitectura de Internet, descentralizada y abierta, logra un modelo de colaboración que funciona sobre la base del respeto y beneficio mutuo. En Internet se habla de gobernanza y no de gobierno, porque el gobierno connota un modelo centralizado, y en Internet sucede lo contrario. Así, podemos decir que esta gobernanza incluye los asuntos relacionados con el desarrollo y la aplicación de principios, normas, reglas, procedimientos y programas que dan forma a la evolución y uso de Internet. Al principio, la gobernanza de Internet solamente cubría las decisiones sobre los protocolos de comunicación, pero actualmente se usa una definición más amplia, que incluye temas como la seguridad de gobiernos, privacidad, libre expresión, derechos de autor, derechos humanos, el uso de marcas registradas y las interacciones comerciales. Cuanto más importante se vuelve Internet, más relevante y delicado resulta el abordaje de estos temas que impactan en su evolución.

Cuando los gobiernos tienen jurisdicción sobre lo que circula por Internet, enfocan sus esfuerzos en los diferentes intermediarios que hacen posible el movimiento de esa información. No se puede controlar Internet, pero el principio de soberanía le da poder a los gobiernos sobre los intermediarios, y estos, a su vez, tienen poder sobre lo que pasa en Internet. Como resultado, la información obtenida en Internet no es la misma para todos los países. Pero ¿quién controla Internet? Los actores involucrados no son solamente los gobiernos: también las empresas privadas que juegan un papel fundamental. Es por ello que muchas de las organizaciones que regulan los protocolos de Internet obedecen a un modelo de gobernanza *multistakeholder*,²⁹ en el que los representantes de los sectores involucrados participan en la toma de decisiones a través de organismos como la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN). Sin embargo, se debe rendir cuentas de todas las decisiones a Estados Unidos.

Como consecuencia de lo anterior, en 2005 surge el Foro para la Gobernanza de Internet (FGI), en el que la sociedad civil tiene la posibilidad de participar

29 Modelo de gobierno de múltiples partes interesadas, que pretende reunir a los involucrados a participar en el diálogo, la toma de decisiones y la aplicación de soluciones a los problemas y metas comunes. Implica la plena participación de todos los interesados (individuo, grupo u organización, empresas, la sociedad civil, gobiernos, instituciones de investigación y organizaciones no gubernamentales) y la toma de decisiones basada en el consenso.

en igualdad de condiciones junto con el sector privado y representantes gubernamentales. El Foro fue impulsado por el secretario general de las Naciones Unidas siguiendo una resolución de los gobiernos en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI). Pese que el Foro no tiene capacidad de decisión, resulta ser un espacio de diálogo que legitima el modelo *multistakeholder* brindando la oportunidad de un encuentro libre entre todos los actores.

7. La lucha por Internet libre

Internet, las redes sociales y los teléfonos móviles realzan la libertad humana de congregarse en torno a los temas sociales, políticos y económicos, construir asociaciones y redes y convocarse para promover y defender los derechos humanos. Así se demostró en las manifestaciones y protestas que tuvieron lugar en Oriente Medio y el Norte de África (2011); en las protestas contra las medidas de austeridad en Grecia (2010), España (2011) e Italia (2013); en las protestas englobadas con el nombre de Occupy; en las manifestaciones contra las leyes SOPA y PIPA en Estados Unidos; en las protestas estudiantiles en Canadá y Chile; y el movimiento ciudadano por la democratización de los medios de comunicación, la creación de un tercer debate presidencial y el rechazo a la supuesta imposición mediática en México. Por otro lado, las respuestas de los gobiernos al ejercicio de estos derechos se tradujeron en medidas represivas³⁰ en Egipto, Libia y Siria, constituyendo este comportamiento una amenaza a la libertad de asociación y de reunión pacífica.

En la medida en que las personas se convierten en objeto de vigilancia porque sus datos se utilizan para fines diferentes a lo previsto, surgen las nuevas tendencias a la violación al derecho a la privacidad. Otra característica de la vigilancia moderna es que las personas usuarias de Internet tienen a su alrededor dispositivos que están siempre encendidos. A su vez, la censura puede usarse para restringir las libertades de reunión y de asociación. Son muchos los gobiernos que vienen utilizando la tecnología de filtro para bloquear el acceso a determinados contenidos, con lo que restringen estas libertades.³¹

Otra tendencia consiste en bloquear el acceso a Internet, redes de telefonía celular o protocolos y servicios en línea específicos, para restringir la capacidad de las personas de reunirse pacíficamente. Ejemplo emblemático es la *primavera* árabe, en la cual algunos gobiernos bloquearon por completo el acceso a Internet con el objetivo de restringir la libertad de asociación. Lo reportes de transparencia de Google³² registran bloqueo al acceso de Internet en Egipto, Libia y Siria durante las protestas antigubernamentales que terminaron con regímenes auto-

30 Monitor Mundial sobre la sociedad de la información 2011: Derechos en Internet y democratización. APC e HIVOS, 2011. Disponible en: <http://www.apc.org/es/projects/mmsi>. Fecha de consulta: junio de 2014.

31 Casos documentados disponibles en <http://www.google.com/transparencyreport/?hl=es>. Fecha de consulta: julio de 2014.

32 Informes de transparencia de Google. Disponibles en: www.google.com/transparencyreport/removals/government/?hl=es-419. Fecha de consulta: junio de 2014.

ritarios que llevaban décadas en el poder; en Egipto, el acceso a Internet quedó bloqueado por varios días durante las protestas del 25 de enero de 2011. También, el gobierno británico, durante los disturbios en Londres ocurridos en 2011, convocó a representantes de Facebook, Twitter y Research in Motion (Blackberry) para discutir la posibilidad de restringir el acceso a esos servicios durante períodos de *malestar social*.³³

8. La vigilancia masiva no cumple con estándares internacionales de derechos humanos. Libertad de expresión, libertad de asociación y privacidad

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU dio un gran paso adelante al considerar el libre acceso a Internet como un instrumento insustituible para la concreción de facultades y garantías, entre las que se encuentra la libertad de expresión, siendo esta un pilar fundamental para la construcción y sostenibilidad de la democracia. La libertad de expresión, desde las revoluciones durante los siglos XVII y XVIII, ha sido un derecho conquistado por la ciudadanía en su lucha contra las monarquías absolutas. Y desde ese entonces forma parte del acervo de las libertades básicas. En retrospectiva, los viejos panfletos libertarios ahora son sustituidos por la tecnología mediante el uso de correos electrónicos y redes sociales. Es justamente esta posibilidad de difusión de ideas la que motiva reacciones por parte de los Estados: la censura o el filtrado de información en Internet.

El informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho de libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, en relación a Internet, expresa que

Internet es uno de los más poderosos instrumentos del siglo XXI que sirve para facilitar la transparencia de los actos hechos por los poderosos, recibir información y aumentar la participación activa de los ciudadanos en la construcción de sociedades democráticas.³⁴

Es por ello que resulta valioso analizar la particular constitución de este derecho humano. El derecho al libre acceso a Internet se fundamenta en tiempos en los que la red y los diversos medios digitales adquieren tal relevancia que no pueden imaginarse fuera de la tutela jurídica, y menos aún, de la que provee el sistema internacional.

Este mismo informe, destaca la importancia que tienen las nuevas herramientas de comunicación para posibilitar la libertad de expresión. En este sentido, ante el poder que tienen los Estados para limitar, manipular y censurar contenidos, el Relator propone medidas para evitar su concreción. El informe prioriza

33 Somaiya Ravia. "In Britain, a meeting on limiting social media", *The New York Times*, 25 de agosto de 2011. Disponible en: http://www.nytimes.com/2011/08/26/world/europe/26social.html?_r=0#. Fecha de consulta: junio de 2014.

34 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. 2011. A/HRC/17/27. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/04/PDF/G1113204.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: junio de 2014.

Internet como una manera de hacer viable el derecho a la libertad de opinión y expresión, y canalizar otros derechos vinculados, como el derecho a la democracia. Es decir, enfatiza la necesidad de los derechos humanos para respaldar los principios de gobernanza de Internet. El ejercicio de los derechos humanos, en particular el derecho a la libertad de expresión a través de Internet, es un tema de creciente interés e importancia dado que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el planeta utilizar las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Esto tomando nota de la importancia de la construcción de confianza en Internet, sobre todo en lo que respecta a la libertad de expresión, la privacidad y otros derechos humanos, de modo de facilitar el potencial de Internet para desarrollar estos derechos.

Por otro lado, sobre el principio de neutralidad de Internet, el Manifiesto por los Derechos Civiles y la Neutralidad en la Red establece que

la neutralidad de la red es uno de los grandes principios sobre los que se ha construido Internet. Y se expresa básicamente en que todo lo que se transmite en la red se transmita de la misma forma, sin discriminar ni distinguir el contenido de los paquetes. Neutralidad supone aplicar a todos los datos que circulan por la red el mismo tratamiento, sin que haya prioridad ni jerarquía de unos sobre otros y que no se impida a algunos circular, de forma que la red sea siempre la misma para todo el mundo.³⁵

La neutralidad implica, pues, que en Internet nadie puede bloquear una conexión entre dos nodos.³⁶ Dicho de otra manera: la neutralidad en la Internet contribuye a que no se viole el derecho a la privacidad y la intimidad.

La neutralidad de la red es fundamental para garantizar la pluralidad y diversidad del flujo informativo. Como la Corte Interamericana lo explica:

el Estado no solo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo.³⁷

No debe haber discriminación, restricción, bloqueo o interferencia en la transmisión del tráfico de Internet, a menos que sea estrictamente necesario y proporcional para preservar la integridad y seguridad de la red.

De tal forma, para que Internet permanezca abierta y global, es imperativo que los Estados aborden las preocupaciones de seguridad de acuerdo con sus obligaciones internacionales de los derechos humanos, en particular en lo que respecta a la libertad de expresión, la libertad de asociación y la privacidad. El

35 Manifiesto por los Derechos Civiles y la Neutralidad en la Red. Disponible en: <http://www.internautas.org/acciones/acto24052009/manifiesto.html>. Fecha de consulta: junio de 2014.

36 Punto de conexión de varios elementos que coinciden en el mismo lugar. Ejemplo: en redes de computadoras, cada una de las máquinas es un nodo, y si la red es Internet, cada servidor constituye también un nodo.

37 Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C, N° 177, párr. 57.

uso de Internet está condicionado al cumplimiento de los derechos a la libertad de expresión y la privacidad, sin importar la nacionalidad o ubicación de los usuarios. Por tanto, es de suma importancia que se reconozca que la vigilancia masiva, y sistemática, es de por sí desproporcionada y una violación de los derechos humanos.

Sobre el derecho a la privacidad, el Relator explica que

el derecho a la privacidad es esencial para que las personas se expresen con libertad. A lo largo de la historia, la buena disposición de las personas para involucrarse en debates sobre temas controvertidos en la esfera pública siempre estuvo ligada a la posibilidad de hacerlo de forma anónima. Internet permite a las personas acceder a la información, y participar en el debate público sin tener que revelar su verdadera identidad, usando, por ejemplo, seudónimos en carteleras de mensajes o foros de intercambio.³⁸

A pesar de esto, algunos gobiernos se muestran cada vez más intolerantes con el anonimato en línea y buscan legislar o crear políticas para prevenir el uso de seudónimos en línea o exigir a las personas que se registren con información que las identifique. Hay quienes argumentan que la comunicación anónima en línea representa peligros, como el aumento de posibilidades en la concreción de delitos informáticos, pues se utiliza el anonimato para cometer esa clase de delitos. Pero existen razones legítimas para que las personas no utilicen sus identidades reales en línea. El anonimato provee un entorno facilitador a las personas que buscan información sobre problemas que conllevan, por ejemplo, un estigma social. Las leyes contra el anonimato en línea pueden tener consecuencias no deseadas que pesan más que los beneficios, como poner en peligro la privacidad y la seguridad de la información de las personas usuarias de Internet.

En la gran mayoría de las legislaciones, aún no se definió qué es una protesta en línea, legítima y legal, y qué no lo es. Los instrumentos de derechos humanos tampoco se refieren a estos temas con claridad, pero sí protegen explícitamente el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la reunión pacífica, por ende, también a la realización de protestas pacíficas en el margen de la ley. Sujeto a lo anterior, los instrumentos de derechos humanos deben definir de manera clara qué formas de protesta en línea son legítimas, y deben protegerse.

Una forma de protesta, popularizada por el colectivo *Anonymous*, son los ataques Denegación de Servicio (Denial of Service, DoS), los cuales consisten en la generación de flujo continuo de información hacia un sitio web hasta sobrecargarlo de información inútil. Esto provoca que el sitio se vuelva muy lento o salga de servicio. Una operación DoS necesita ejecutarse desde un número grande de computadoras para que sea efectivo. Pero ¿los ataques DoS son una forma de protesta pacífica y legal? Muchas personas consideran que un ataque DoS es la versión en línea de un piquete. Estos ataques afectan solamente a un sitio durante un breve período de tiempo, lo mismo que sucede cuando un grupo de personas protesta en las afueras de un edificio impidiendo se realicen las actividades dentro de él hasta que la manifestación termine. Un ataque DoS por sí solo no

38 Ibid., A/HRC/17/27.

compromete la seguridad de un sitio web; tampoco tiene como objetivo el robo de información a menos que el sitio resulte asaltado durante su debilitamiento. Se puede argumentar, entonces, que los ataques DoS son una forma legítima de protestar. Incluso algunas personas consideran que criminalizar esta actividad tendría consecuencias negativas para la democracia.³⁹

Por otro lado, el Relator especial sobre el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas reconoce que el “papel de Internet ha sido decisivo para facilitar la participación activa de la ciudadanía en la construcción de sociedades democráticas”.⁴⁰ También recomienda reconocer “la posibilidad de ejercer los derechos a la libertad de reunión y de asociación pacífica a través de las nuevas tecnologías, incluido el Internet”.⁴¹ Esto debería servir como una invitación a que las organizaciones de derechos humanos adopten un abordaje de derechos humanos y a conceptualizar mejor qué significan estas libertades en la era de Internet. Un enfoque de Internet y los derechos humanos basado en derechos es una forma práctica de implementar las normas de derechos humanos en áreas de derechos humanos, donde las normas específicas de derechos no parecen tener aplicación.

En noviembre de 2013, en la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprobó de manera unánime, con el apoyo de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Perú y Uruguay, solicitar a la Alta Comisionada de Derechos Humanos un informe respecto de la protección de la privacidad en el contexto de la vigilancia masiva.⁴² Esto constituye un aporte sustantivo a la discusión respecto de estas prácticas y su conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos. El informe manifiesta preocupación por la falta de transparencia en las prácticas de vigilancia masiva de los gobiernos a los ciudadanos, sin que estos hayan dado su consentimiento, y también la importancia de establecer mecanismos para prevenir que los Estados vulneren el derecho a la privacidad de las personas. El informe señala, además, que los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la intimidad de los ciudadanos y otras garantías fundamentales, como la libertad de expresión y el derecho de reunión.

El informe de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, Navi Pillay, específica que:

- La recolección masiva de información personal es ilegal bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Entre otras razones, porque dicha colección, aún bajo el supuesto que esté destinada a proteger otros bienes como la seguridad

39 James Ball. “By criminalising online dissent we put democracy in peril”, *The Guardian*, 1 de agosto de 2011. Disponible en: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2011/aug/01/online-dissent-democracy-hacking>. Fecha de consulta: junio de 2014.

40 Resolución del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación. 2012. A/HRC/20/27. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-27_sp.pdf. Fecha de consulta: junio de 2014.

41 *Ibid.*, A/HRC/20/27.

42 Informe Alto Comisionado de Derechos Humanos las Naciones. *Right to Privacy in the Digital*. 2014. A/HRC/27/37. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A.HRC.27.37_en.pdf. Fecha de consulta: julio de 2014.

o si es que dichos datos no son utilizados, no cumple con el test de necesidad ni de proporcionalidad.

- La obligación de los Estados de respetar los derechos humanos aplica extra-territorialmente. Si bien es un principio básico del derecho internacional de los derechos humanos, cuando se trata de vigilancia, el principio de territorialidad ha sido utilizado para evitar responsabilidades por parte de los Estados. El informe es explícito en torno a que si un Estado tiene jurisdicción respecto de una empresa o de un cable submarino, tiene obligaciones directas respecto de dicha empresa o cable, sin poder argumentar problemas de jurisdicción.

- Las normas que obligan a los prestadores de servicios de Internet a guardar los datos de sus usuarios no son proporcionales, pues no están cumpliendo con el estándar internacional. Y ello es así no solamente respecto de la vigilancia estatal, sino también respecto a la retención de datos, pues esta no es una práctica concertada en Latinoamérica, y en Europa, por ejemplo, la Corte Europea de Justicia ha declarado inválida la Directiva Europea de retención de datos.⁴³

- Los metadatos también merecen la misma protección legal que el contenido de las comunicaciones. Este punto es relevante, dado que se argumenta que la recolección de metadatos no supone una intromisión a la vida privada. El reporte indica claramente que el valor de los metadatos y la información que se puede suponer de su mero análisis la hace merecedora del mismo criterio de protección que el contenido de las comunicaciones.

- El sector privado cumple un rol muy relevante cuando facilita procesos de vigilancia masiva por parte del Estado, y debe jugar un rol activo para proteger la privacidad. Adicionalmente, las compañías corren el riesgo de ser incluso consideradas cómplices de violaciones a derechos humanos cuando entregan información, u ofrecen tecnología para conseguirla, sin consideración con los estándares internacionales de protección.

- Las reglas e interpretaciones secretas de leyes y prácticas de vigilancia no califican como “limitación legal”. Este punto es importante, en cuanto los Estados suelen indicar que, al existir una ley nacional que los autoriza a hacer vigilancia, se cumple el requerimiento establecido en instrumentos de derechos humanos. El reporte se refiere explícitamente al punto al indicar que dichas interpretaciones o leyes secretas no son lo que el sistema internacional reconoce como leyes, por lo que no son un instrumento válido para afectar derechos fundamentales.

Estos informes constituyen los cimientos para la construcción de políticas públicas en torno a la protección de la privacidad en línea, la vigilancia masiva y el control del papel del Estado, y de la empresa privada, para cumplir con estándares internacionales de derechos humanos. Lo anterior supone medidas concretas y precisas, cambios legales puntuales y fácilmente identificables, que hagan cumplir el respeto a dichos derechos, con especial énfasis en el derecho a la vida privada.

Por otro lado, el sistema interamericano de derechos humanos, en particular, le da un alcance muy amplio: el artículo 13 de la Convención Americana

43 Court of Justice of the European Union. Press release N° 54/14, Luxembourg, 8 de abril, 2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054en.pdf>.

sobre Derechos Humanos garantiza el derecho de toda persona a la libertad de expresión, y precisa que este derecho comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.⁴⁴

El artículo 13 se aplica plenamente a las comunicaciones que tienen lugar por medio de Internet. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americano (OEA) sostiene que las tecnologías de la información y la comunicación son cruciales para el desarrollo político, económico, social y cultural, así como un factor esencial para la reducción de la pobreza, la creación de empleo, la protección ambiental y para la prevención y mitigación de catástrofes naturales. El derecho a la libertad de expresión encuentra en Internet un instrumento único para desplegar su enorme potencial en amplios sectores de la población.

En la medida en que el entorno digital ofrece un espacio para promover el intercambio de información y opiniones, es importante que cualquier regulación que se produzca sea resultado del diálogo de todos los actores y mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación. Esto implica que el entorno digital debe adecuarse a principios que respondan al acceso en igualdad de condiciones, el pluralismo, la no discriminación y la privacidad.

Además, sobre el bloqueo de contenidos, la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet⁴⁵ expresa que el bloqueo o suspensión obligatoria de sitios web enteros o generalizados, plataformas, conductos, direcciones IP, extensiones de nombres de dominio, puertos, protocolos de red o cualquier tipo de aplicación, así como medidas encaminadas a eliminar enlaces, datos y sitios web del servidor en los que están alojados, constituyen una restricción que solo será excepcionalmente admisible en los estrictos términos establecidos en el artículo 13 de la Convención Americana.

La privacidad es un derecho humano y necesita ser protegida tanto como los demás derechos fundamentales. Los gobiernos alrededor del mundo están tomando conciencia sobre los riesgos que la vigilancia digital indiscriminada acarrea a las sociedades libres. Las actividades que restringen el derecho a la intimidad, incluida la vigilancia de las comunicaciones, únicamente pueden justificarse cuando están prescriptas por ley, son necesarias para alcanzar un objetivo legítimo y son proporcionales al fin perseguido.⁴⁶ Antes de la adopción pública de Internet,

44 Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

45 Declaración conjunta sobre libertad de expresión en Internet. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>. Fecha de consulta: junio de 2014.

46 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, artículo 14; Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, artículo 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17; convenciones regionales incluido artículo 10 del Capítulo Africano Carta sobre los Derechos y el Bienestar del Niño; Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 4 de los principios de la Unión Africana sobre la Libertad de Expresión; Artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 21 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, y artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

principios jurídicos bien definidos y cargas logísticas inherentes al monitoreo de las comunicaciones crearon límites a la vigilancia estatal de las comunicaciones. En décadas recientes, esas barreras logísticas a la vigilancia han disminuido, y la aplicación de principios jurídicos en los nuevos contextos tecnológicos ha perdido claridad. La explosión del contenido digital en las comunicaciones y de los metadatos, los bajos costos de almacenamiento y la explotación de grandes cantidades de datos hacen posible la vigilancia estatal a una escala sin precedentes.

Las legislaciones vigentes en materia de derechos humanos no están siguiendo el ritmo de las modernas y cambiantes capacidades estatales de vigilancia de comunicaciones, la habilidad de los Estados para combinar y organizar la información obtenida mediante distintas técnicas de vigilancia o la creciente susceptibilidad de la información a la que se puede acceder. A pesar del enorme potencial de intrusión en la vida de una persona y del efecto amedrentador sobre las asociaciones políticas y de otro tipo, los instrumentos legislativos y de políticas públicas a menudo otorgan a los metadatos de comunicaciones un menor nivel de protección y no imponen restricciones suficientes sobre cómo pueden ser posteriormente utilizados por los organismos del Estado, incluyendo la forma en que son minados, compartidos y conservados.

Con el fin de que los Estados cumplan efectivamente sus obligaciones respecto a las legislaciones internacionales sobre derechos humanos en lo relativo a la vigilancia de las comunicaciones, en el marco de la 24ª Sesión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, diversas organizaciones de la sociedad civil encabezadas por la Fundación por las Fronteras Electrónicas (Electronic Frontier Foundation) manifestaron ante las naciones la urgente necesidad de cumplir y asegurar los derechos humanos y proteger a sus ciudadanos de los peligros que presenta la vigilancia digital masiva con el cumplimiento de los siguientes principios:⁴⁷

- Legalidad: cualquier limitación al derecho a la privacidad debe ser prescripta por ley.
- Objetivo legítimo: las leyes solo deberían permitir la vigilancia de las comunicaciones por parte de autoridades estatales específicas para alcanzar un objetivo legítimo que corresponda a un interés jurídico preponderante e importante y que sea necesario en una sociedad democrática.
- Necesidad: las leyes que permiten la vigilancia de las comunicaciones por el Estado deben limitar dicha vigilancia a lo que es estricta y evidentemente necesario para alcanzar un objetivo legítimo.
- Idoneidad: cualquier caso de vigilancia de las comunicaciones autorizado mediante ley debe ser apropiado para cumplir el objetivo legítimo específico identificado.
- Proporcionalidad: la vigilancia de las comunicaciones debería ser considerada como un acto altamente intrusivo que interfiere con los derechos a la privacidad y

Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, Expresión y Acceso a la Información, Principios de Camden para la Libertad de Expresión y la Igualdad Libre.

47 Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Intervención de las Comunicaciones. Disponible en: <https://en.necessaryandproportionate.org/text/2013/07/10>. Fecha de consulta: junio de 2014.

la libertad de opinión y de expresión, amenazando los cimientos de una sociedad democrática.

- **Autoridad judicial competente:** las decisiones relacionadas con la vigilancia de las comunicaciones deben ser realizadas por una autoridad judicial competente que sea imparcial e independiente.
- **Debido proceso:** el debido proceso exige que los Estados respeten y garanticen los derechos humanos de las personas.
- **Notificación del usuario:** las personas deben ser notificadas de una decisión que autoriza la vigilancia de las comunicaciones con el tiempo e información suficientes para permitirles apelar la decisión.
- **Transparencia:** los Estados deben ser transparentes sobre el uso y alcance de las técnicas y poderes de la vigilancia de las comunicaciones.
- **Supervisión pública:** los Estados deberían establecer mecanismos independientes de supervisión para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de la vigilancia de las comunicaciones.
- **Integridad de las comunicaciones y los sistemas:** los Estados no deben obligar a los proveedores de servicios a incluir *backdoors* (puertas traseras) u otros dispositivos de espionaje en sus sistemas.
- **Garantías para la cooperación internacional:** en respuesta a los cambios en los flujos de información y en las tecnologías y servicios de comunicaciones, los Estados pueden necesitar procurar la asistencia de un proveedor de servicios extranjero.
- **Garantías contra el acceso ilegítimo:** los Estados deben promulgar leyes que penalicen la vigilancia ilegal de las comunicaciones por parte de actores públicos o privados.

Al evaluar el carácter invasivo de la vigilancia de las comunicaciones por el Estado, es necesario considerar la potencialidad de la vigilancia para revelar información protegida, así como la finalidad para la que el Estado procura la información. La vigilancia de las comunicaciones da lugar a revelar información protegida y la gran probabilidad de poner a una persona en riesgo de ser investigada, de sufrir discriminación o violación de sus derechos humanos, lo que constituye una infracción grave a su derecho a la privacidad, lo que afecta negativamente el pleno goce de otros derechos fundamentales, incluyendo las libertades de expresión, de asociación y de participación política.

Al adoptar una nueva técnica de vigilancia de las comunicaciones o ampliar el alcance de una ya existente, el Estado debe determinar, antes de hacerlo, si la información que podría ser adquirida cae en el ámbito de la información protegida, y debería someterse a escrutinio judicial u otro mecanismo de control democrático.

En definitiva, Snowden merece el mérito de abrir el debate sobre las restricciones de los poderes estatales para vigilar las comunicaciones de los ciudadanos y para almacenar sus datos, dentro de la sociedad civil. Pues el irrestricto respeto a la privacidad ajena en las comunicaciones persigue un claro objetivo de dominio hegemónico mundial. Partiendo de ello, en el marco de la 24ª Sesión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, diversas organizaciones de la

sociedad civil encabezadas por la Fundación por las Fronteras Electrónicas manifestaron ante las naciones la urgente necesidad de cumplir y asegurar los derechos humanos y proteger a sus ciudadanos de los peligros que presenta la vigilancia digital masiva.

9. Marco normativo internacional

Se realiza a continuación una presentación y análisis del marco normativo internacional vigente en esta materia.

9.1. Del Sistema Universal de las Naciones Unidas

• Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataque a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

• Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Las ventajas y los retos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, incluyendo Internet y las tecnologías móviles, para el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y de expresión, incluido el derecho a buscar, recibir y difundir información y la pertinencia de una amplia diversidad de fuentes, así como el acceso a la sociedad de la información para todos.

En el informe A/HRC/17/27, el Relator Especial considera que la Internet es uno de los más poderosos instrumentos del siglo XXI por el aumento de la transparencia en la conducta de los poderosos, el acceso a la información, y para facilitar la participación activa de los ciudadanos en la construcción de sociedades democráticas. De hecho, la reciente ola de manifestaciones en países de todo el Oriente Medio y el norte de África han demostrado la papel clave que Internet puede desempeñar en la movilización de la población para exigir justicia, igualdad, rendición de cuentas y un mayor respeto por los derechos humanos. Así, por ejemplo, facilitar el acceso a la Internet para todos los individuos, con la menor restricción a contenidos en línea como sea posible, debe ser una prioridad para todos los Estados.

Entre el 20 de marzo de 2010 y el 31 de marzo de 2011, el Relator Especial envió 195 comunicaciones, de los cuales 188 se presentaron en forma conjunta con otros procedimientos especiales y los titulares de mandatos. La distribución geográfica de las comunicaciones era la siguiente: 29 por ciento para Asia y el Pacífico, el 26 por ciento para el Medio Oriente y África del Norte, el 16 por ciento en el caso de África, 15 por ciento para América Latina y el Caribe, y 14 por ciento para Europa, Asia Central y América del Norte.

- Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 29: 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 14: Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre. Todos los trabajadores migratorios tendrán derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

- Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas

Artículo 16: Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 17: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

- Capítulo Africano Carta sobre los Derechos y el Bienestar del Niño

Artículo 10: Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su intimidad, su familia, su hogar o su correspondencia, ni de ataques a su honor y a su reputación, entendiéndose que sus padres o tutores legales tendrán derecho a ejercer una supervisión razonable de la conducta de sus hijos. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

- Principios de la Unión Africana sobre la Libertad de Expresión

Artículo 4:2.1. Los organismos públicos no pueden tener información solamente para sí mismas sino como custodios del bien público y todo el mundo tiene derecho a acceder a esta información, con sujeción únicamente a normas claramente definidas establecidas por la ley; 2.2. El derecho a la información será garantizado por la ley de acuerdo con los siguientes principios: Todas las personas tienen derecho a acceder a la información en poder de organismos públicos.

Todas las personas tienen derecho a acceder a la información en poder de organismos privados que sean necesarios para el ejercicio o la protección de cualquier derecho. La negativa a revelar información estará sujeta a recurrir ante un organismo independiente y / o de los tribunales. Nadie podrá ser objeto de ninguna sanción por la liberación de buena fe información sobre las acciones indebidas, o lo que revelaría una grave amenaza para la salud, la seguridad o el medio ambiente, salvo cuando la imposición de sanciones sirve a un interés legítimo y

es necesaria en una sociedad democrática. Las leyes de secreto se modificarán si es necesario para cumplir con los principios de libertad de información.2.3. Toda persona tiene derecho a acceder y actualizar o corregir su información personal, ya sea que se lleva a cabo por parte del público o de organismos privados.

- Carta Árabe de Derechos Humanos

Artículo 21:3.1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en lo que respecta a su vida privada, la familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o su reputación. 3.2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Artículo 8: 4.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 4.2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

- Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, Expresión y Acceso a la Información

Aprobados el 1º de octubre de 1995 por un grupo de expertos en derecho internacional, seguridad nacional y derechos humanos convocado por Artículo 19. Teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura de la ONU, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Teniendo presente que es imprescindible que para que las personas puedan monitorear la conducta de su gobierno y participar plenamente en una sociedad democrática, que tengan acceso a información en posesión del gobierno. Deseando promover un claro reconocimiento del alcance limitado de las restricciones a la libertad de expresión y la libertad de información que se puedan imponer en el interés de la seguridad nacional, para disuadir a los gobiernos de servirse del pretexto de la seguridad nacional para imponer restricciones injustificables sobre el ejercicio de estas libertades.⁴⁸

- Principios de Camden para la Libertad de Expresión y la Igualdad

Estos Principios están fundados en el entendimiento que la libertad de expresión y la igualdad son derechos fundacionales cuya realización es esencial para el disfrute y la protección de todos los derechos humanos. La realización del derecho a la libertad de expresión facilita un debate de interés público vibrante y

48 Preámbulo documento Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, Expresión y Acceso a la Información.

multifacético que da voz a distintas perspectivas y puntos de vista. La desigualdad resulta en la exclusión de ciertas voces, socavando el debate. Los Principios reconocen la relación afirmativa entre la libertad de expresión y la igualdad, identificando la contribución complementaria esencial que hacen a la garantía y salvaguarda de la dignidad humana.⁴⁹

9.2. Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- Protección de la Honra y de la Dignidad. De la Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 11: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

- De la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo 5: Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar

- Principios de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Reafirman la necesidad de asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos a través de un Estado de derecho, consolidación y desarrollo de la democracia, que depende de la existencia de libertad de expresión, convencidos de que el derecho a la libertad de expresión es esencial para el desarrollo del conocimiento y del entendimiento entre los pueblos, que conducirá a una verdadera comprensión y cooperación entre las naciones del hemisferio. Porque cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático.

9.3. Resolución de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Privacidad en la Era Digital

La Asamblea General de las Naciones Unidas publicó el 20 de noviembre de 2013 la Resolución A/C.3/68/L.45/Rev.1 sobre el Derecho a la Privacidad en la Era Digital. Esta resolución reafirma que los derechos de las personas, incluido el derecho a la privacidad, deben ser debidamente protegidos en Internet. La Resolución exhorta a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a que:

a) Respeten y protejan el derecho a la privacidad, incluso en el contexto de las comunicaciones digitales.

b) Adopten medidas para poner fin a las violaciones de esos derechos y creen las condiciones necesarias para impedirlos, como cerciorarse de que la legislación nacional pertinente se ajuste a sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.

c) Examinen sus procedimientos, prácticas y legislación relativos a la

49 Introducción documento Principios de Camden para la Libertad de Expresión y la Igualdad.

vigilancia y la interceptación de las comunicaciones y la recopilación de datos personales, incluidas la vigilancia, interceptación y recopilación a gran escala, con miras a afianzar el derecho a la privacidad, velando por que se dé cumplimiento pleno y efectivo de todas sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.

d) Establezcan o mantengan mecanismos nacionales de supervisión independientes y efectivos capaces de asegurar la transparencia, cuando proceda, y la rendición de cuentas por las actividades de vigilancia de las comunicaciones y la interceptación y recopilación de datos personales que realice el Estado.

9.4. Del Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derechos a la Libertad de Opinión y de Expresión

La Resolución sobre el Derecho a la Privacidad en la Era Digital hace referencia al informe A/HRC/23/40 del Relator, en cuanto a las implicaciones de la vigilancia e interceptación extraterritoriales de las comunicaciones realizada por los Estados en el ejercicio de los derechos humanos a la privacidad y a la libertad de opinión y expresión, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en su 23º período de sesiones. El informe examina el impacto de los avances tecnológicos significativos en comunicaciones y pone de relieve la urgente necesidad de estudiar más a fondo las nuevas modalidades de vigilancia y de revisión de las leyes nacionales que regulan estas prácticas en consonancia con las normas de derechos humanos.

En el informe se identifican los riesgos que los nuevos medios y modalidades de la vigilancia de las comunicaciones suponen para los derechos humanos, incluido el derecho a la privacidad y la libertad de opinión y de expresión. Allí se describen las siguientes modalidades, que son las más comunes, de vigilancia de las comunicaciones:

a) Interceptación de las comunicaciones: la vigilancia, interceptación, colección, preservación y conservación de la información que haya sido comunicada, transmitida o generada a través de redes de comunicaciones;

b) Los datos de las comunicaciones: información sobre las comunicaciones de un individuo (e-mails, llamadas telefónicas y mensajes de texto enviados y recibidos, mensajes de redes sociales y puestos), la identidad, cuentas de red, direcciones, sitios web visitados, libros y otros materiales leídos, vistos o escuchados, búsquedas realizadas, recursos utilizados, las interacciones (orígenes y destinos de las comunicaciones, la gente con la que se interactuaba, amigos, familia, conocidos), y los horarios y lugares en que se halla un individuo, incluyendo la proximidad a otros;

c) El filtrado de Internet: automático o un control manual de los contenidos de Internet (incluyendo sitios web, blogs y medios de comunicación en línea, así como el correo electrónico) para restringir o suprimir determinados textos, imágenes, sitios web, redes, protocolos, servicios o actividades.

En informes anteriores A/HRC/17/27 y A/66/290, respectivamente, el Relator analiza el impacto sin precedentes de la Internet en la ampliación de las posibilidades de los individuos de ejercer su derecho a la libertad de opinión y de expresión y manifiesta su preocupación por las múltiples medidas adoptadas por

los Estados para impedir o restringir el flujo de información en línea, y destacó la inadecuada protección del derecho a la intimidad en la Internet.

9.5. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA

En 2006, la Asamblea General de la OEA reiteró su respaldo a la Relatoría Especial a través de la resolución 2237 (XXXVI-O/06); en 2007, la Asamblea General de la OEA aprobó la resolución 2287 (XXXVII-O/07), por medio de la cual invitó a los Estados miembros a considerar las recomendaciones de la Relatoría Especial en materia de leyes sobre difamación. En 2008, la Asamblea General aprobó la resolución 2434 (XXXVIII-O/08), que reafirmó el derecho a la libertad de expresión y reiteró a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la tarea de hacer seguimiento adecuado al cumplimiento de los estándares en esta materia. En 2009, la Asamblea General aprobó la resolución 2523 (XXXIX-O/09), que resaltó la importancia de las recomendaciones de la Relatoría Especial contenidas en los informes anuales 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008. En 2011, la Asamblea General aprobó la resolución 2679 (XLI-O/11) en la cual reiteró la importancia de la libertad de expresión para el ejercicio de la democracia y reafirmó que los medios de comunicación libres e independientes son fundamentales para la democracia, para la promoción del pluralismo, la tolerancia y la libertad de pensamiento y expresión, y para la facilitación de un diálogo y un debate libre y abierto entre todos los sectores de la sociedad, sin discriminación de ningún tipo.

En el informe 2523 (XXXIX-O/09), aprobado en 2009, expresa que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Reafirma el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, y hace un llamamiento a los Estados miembros a respetar y garantizar el respeto a este derecho, de conformidad con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de los que sean parte, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y reconoce la valiosa contribución de las tecnologías de la información y la comunicación, tales como la Internet, al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y a la habilidad de las personas para buscar, recibir y difundir información, así como los aportes que puedan ofrecer en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas y contemporáneas de intolerancia, y en la prevención de los abusos contra los derechos humanos.

HONDURAS: IMPUNIDAD E INDEFENSIÓN. UN CASO DE JUSTICIA SELECTIVA

¿Será que aprenderemos a vivir dentro de un ambiente sistemático de tensión o intimidación, guardando silencio frente a los manipuladores, o llegará el momento en que estemos dispuestos a levantar nuestra voz para detener este absurdo?

Frank La Rue¹

Para entender el caso particular de Honduras, resulta necesario conocer el contexto político antes y después de la crisis sociopolítica consecuencia del golpe de Estado de 2009, que trajo consigo un mayor debilitamiento de la institucionalidad y la ausencia del Estado de derecho.

Por otro lado, a fin de dar a conocer, en base a la compartición de experiencias y opiniones, la grave amenaza en materia de intervención a las comunicaciones, la criminalización de la libre emisión de pensamiento y la violación al derecho a la privacidad, la autora realizó entrevistas a activistas de derechos humanos.

La nómina de entrevistados es la siguiente:

1. Dina Meza:²periodista y defensora de derechos humanos en Honduras.
2. Hedme Castro: máster en Derechos Humanos, docente universitaria y coordinadora general de la Asociación para una Ciudadanía Participativa (ACI-Participa).
3. Marvin Palacios: periodista, Oficial de Información del Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras (COFADEH), editor del periódico digital *defensoresenlinea.com*, productor y locutor del programa de radio *Voces contra el Olvido* del COFADEH .
4. Leo Valladares Lanza: doctor en Derecho, docente universitario, defensor de derechos humanos, ex comisionado de derechos humanos, ex presidente de la CIDH.

¹ Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión.

² Premio Mundial "Libertad de Expresión 2014 de Oxfam Novib/PEN Internacional; Premio Mundial Amnistía Internacional "Periodismo Bajo Amenaza 2007"; Nominada al Premio Libertad de Expresión 2014 por la organización *indexonensorship.org*, de Londres, Inglaterra; Una de los 100 héroes y heroínas de la información según lista publicada por Reporteros sin Fronteras, 2014. Ver "Dos hondureñas entre los '100 héroes de la información' de Reporteros sin Fronteras", Departamento 19, 30 de abril, 2014. Disponible en: <http://www.departamento19.hn/index.php/elcamino/ddhh/20509-dos-hondurenas-entre-los-100-heroes-de-la-informacion.html>. Fecha de consulta: julio de 2014.

1. Contexto político

Honduras es, por definición, una república democrática y constitucional. Comparte fronteras con las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Nicaragua. El presidente de la República encabeza el poder ejecutivo y es elegido por voto directo y mayoría simple por un período de cuatro años. La figura del vicepresidente quedó abolida con la Constitución de 1957, pero fue restablecida en 2002. El Congreso es unicameral y está compuesto por 128 diputados y el mismo número de suplentes, electos por un período de cuatro años. La Corte Suprema de Justicia, las Cortes de Apelaciones, los juzgados y otras dependencias señaladas por la ley forman el Poder Judicial.

La Corte Suprema de Justicia de Honduras es el máximo tribunal del Poder Judicial, uno de los tres poderes de la República de Honduras. Está conformada por quince magistrados y magistradas electos por el Congreso Nacional con el voto favorable de dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, de una nómina no menor de tres por cada uno de los magistrados a elegir.

Los tribunales dependientes de la Corte Suprema de Justicia de Honduras son: 9 Cortes de Apelaciones, 66 juzgados de primera instancia y 325 juzgados de paz.

Honduras ha vivido diversos cambios de gobierno; en 1956 tuvo lugar el primer golpe de Estado, llevado a cabo por una Junta Militar. Le siguieron el de 1963, otro en 1972 y el último en 1978. Las Fuerzas Armadas conservaron un papel decisivo en la vida del país. En 1999, el Alto Mando de las Fuerzas Armadas entregó el control de las Fuerzas al presidente, poniendo fin a la autonomía militar que existió en el país durante más de 40 años. A comienzos de la década de 1980, en plena aplicación de la Doctrina de Seguridad Nacional, Honduras se encaminó en el modelo de desarrollo neoliberal generando una brecha cada vez más amplia entre clases sociales y elevando no solo el nivel de pobreza, corrupción, violación sistemática a los derechos humanos, saqueo de bienes naturales y violencia organizada, sino también la incapacidad del Estado para solventar toda esta problemática.

Era propósito de la Constitución de Honduras de 1982 dar inicio al camino de la democracia con la esperanza de avanzar en la construcción de una sociedad política, económica y socialmente justa, pero los incipientes avances institucionales dejaron casi tres décadas de democracia formal nada alentadora. Algunas de las reformas realizadas en materia jurídica han profundizado la violencia, la desigualdad y la exclusión; la economía construida durante estos años ha consolidado un modelo que ha privilegiado los intereses de una elite, destruido el papel del Estado como factor de cohesión social, afectado la soberanía nacional, profundizado la desigualdad social y deteriorado las condiciones de vida de la mayoría de la población.

La madrugada del 28 de junio de 2009, fuerzas militares hondureñas capturaron al entonces presidente Manuel Zelaya y lo obligaron a salir del país, por sus planes de organizar una consulta pública sobre la conveniencia de convocar un referéndum sobre cambios constitucionales simultáneamente a las elecciones de noviembre de 2009. Ese mismo día, el Congreso se reunió en sesión de

emergencia y declaró que Zelaya ya no era presidente y, posteriormente, tomó juramento al presidente del Congreso, Roberto Micheletti, como nuevo presidente de la República. La OEA,³ la Asamblea General de las Naciones Unidas y la comunidad internacional en general condenaron estos eventos considerándolos un golpe de Estado.

Las autoridades de facto declararon el Estado de emergencia a través de sucesivos decretos que incumplían derechos fundamentales, incluyendo toques de queda, la represión de manifestaciones y el cierre de medios de comunicación. Esas medidas se aplicaron de manera arbitraria y discriminatoria, en particular contra miembros del Frente Nacional de Resistencia Popular (FNRP) contra el golpe de Estado, y sirvieron para encubrir o justificar el uso excesivo de la fuerza, detenciones ilegales y arbitrarias, tortura, persecución política y otros abusos a los derechos humanos, todo lo cual debilitó seriamente el ejercicio del derecho de reunión pacífica. Si bien algunas manifestaciones se tornaron violentas, la gran mayoría de los manifestantes eran pacíficos y estaban desarmados, por lo que no se justificaba el uso de la fuerza por parte de las autoridades del Estado. Sin embargo, tanto las fuerzas militares como la policía utilizaron sistemáticamente excesiva fuerza para disolver las manifestaciones contra el golpe.⁴

El golpe de Estado también vino a profundizar la grave crisis estructural que se venía arrastrando por décadas, lo que evidenció que, pese a que la Constitución de la República prevé los mecanismos mínimos para promover el Estado de derecho, la clase política hondureña solo ha gobernado en función de sus propios intereses y ha mostrado su total incapacidad para responder a la voluntad de las grandes mayorías. Con la ruptura del orden constitucional quedaron expuestas en mayor grado la situación de fragilidad social, de pobreza y desigualdad. Algunas medidas adoptadas por el gobierno de facto “se tradujeron en dificultades adicionales para el acceso de la población a los derechos más básicos, en particular la atención de salud, la educación y la alimentación. Algunos programas institucionales asociados con esos derechos sufrieron un colapso total”.⁵

Con el golpe de Estado, la situación de los derechos humanos se deterioró a niveles alarmantes, y su violación generalizada y sistemática se enmarcó dentro de una política de Estado ejecutada de forma pública y manifiesta, en orden a la cual todas las instituciones claves del sector justicia (el Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia y el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos) han defendido la ruptura del orden constitucional y han avalado las violaciones a los derechos humanos cometidas por militares, policías y paramilitares. Actualmente, la Policía Nacional, las Fuerzas Armadas y el Poder Judicial

3 Honduras se reincorporó a la OEA en junio de 2011 con el voto casi unánime de los Estados miembros, con excepción de Ecuador, tras el retorno al país del presidente Manuel Zelaya, que se había producido cuatro días antes. Esta reintegración abrió un debate en la sociedad hondureña, entre los medios de comunicación, los periodistas y las organizaciones de defensa de los derechos humanos.

4 Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las violaciones de los Derechos Humanos en Honduras desde el golpe de Estado del 28 de junio de 2009, Consejo de Derechos Humanos, 13^o período de sesiones, 3 de marzo de 2010 [A/HRC/13/66].

5 *Ibid.*, [A/HRC/13/66].

carecen de legitimidad frente a la ciudadanía al no aplicar la ley por igual, no combatir la inseguridad y tolerar un nivel elevado de impunidad. Son varios los informes sobre la situación de derechos humanos que señalan a la Policía Nacional y Fuerzas Armadas de Honduras como los mayores violadores de derechos humanos: “da más miedo cruzarse con cinco policías por la calle que con cinco miembros de una ganga”.⁶

Aunque la CIDH y la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) denunciaron que en el contexto del golpe de Estado, y como resultado de este, ocurrieron innumerables violaciones a los derechos humanos que afectaron principalmente a quienes se manifestaron en demanda del respeto a la constitucionalidad y por el retorno del Estado de derecho, el *Acuerdo de Cartagena de Indias*⁷ no reconoce estos hechos ni establece un mecanismo efectivo para su investigación, sanción y adecuada reparación.

El gobierno violó la Constitución mediante la concesión de poderes a las Fuerzas Armadas para detener, buscar y arrestar a los ciudadanos, un derecho que previamente estaba reservado a la policía civil. En 2011, el Congreso de Honduras votó para revocar un precedente legal mediante la aceptación de una nueva interpretación del artículo 274 de la Constitución,⁸ que enumera las atribuciones de las Fuerzas Armadas. Esta interpretación del Congreso amplió el papel de los militares al de apoyo activo como fuerzas del orden. Aunque pretendía ser una estrategia temporal durante un Estado de excepción, la ley se prorrogó varias veces. El patrullaje de las calles se mantiene.

Posterior al golpe de Estado, una de las estrategias del Acuerdo para la Reconciliación Nacional y la Consolidación del Sistema Democrático en Honduras⁹ fue la adopción de medidas para poner fin a las amenazas y hostigamientos contra defensores de derechos humanos, periodistas, comunicadores sociales, maestros y activistas del FNRP con la creación de una entidad del

6 Declaraciones de la ex comisionada de policía María Luisa Borjas.

7 Los puntos de este acuerdo se consideraron como requisitos para la reinserción del Estado hondureño a la OEA. Con la firma de este Acuerdo, el gobierno de facto de Honduras se comprometía a garantizar el retorno al país, en condiciones de seguridad y libertad, de al menos 200 exiliados políticos, entre ellos el presidente Manuel Zelaya y parte de su equipo de gobierno; velar por el cumplimiento de todas las garantías que la ley concede para que el Frente Nacional de Resistencia Popular solicite su inscripción ante el Tribunal Supremo Electoral y participe democráticamente en los procesos políticos electorales de 2013; reconocer la creación de la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos como entidad que permita fortalecer las capacidades nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos en Honduras. El acuerdo no considera: las investigaciones para esclarecer los asesinatos de periodistas y defensores y defensoras de derechos humanos; la adopción de medidas para poner fin a las amenazas y hostigamientos contra defensores de derechos humanos; la implementación efectiva de mecanismos de cumplimiento de las medidas cautelares dictadas para proteger la vida e integridad de numerosas personas que se encuentran en situación de riesgo; y el cese a la impunidad por las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el marco del golpe de Estado. Disponible en: <http://www.latinreporters.com/hondurasAcuerdoReconciliacion-Nacional22052011Cartagena.pdf>. Fecha de consulta: junio de 2014.

8 Artículo 274. Las Fuerzas Armadas estarán sujetas a las disposiciones de su Ley Constitutiva y a las demás Leyes y Reglamentos que regulen su funcionamiento. Cooperarán con las Secretarías de Estado y demás instituciones, a pedimento de estas, en labores de alfabetización, educación, agricultura, protección del ambiente, vialidad, comunicaciones, sanidad y reforma agraria.

9 *Ibid.*, ver nota 6.

Poder Ejecutivo en pro de la justicia y los derechos humanos, encaminada a demostrar internacionalmente la voluntad del nuevo gobierno de respetar y garantizar los derechos humanos. Cuando Porfirio Lobo Sosa (2010-2014) asume su período presidencial, crea la Secretaría de Estado en los Despachos de Justicia y Derechos Humanos mediante Decreto Ejecutivo N° PCM-027-2011. En este período de gobierno se impulsa la idea de un anteproyecto de Ley de Protección para defensores/as de Derechos Humanos, Periodistas, Comunicadores Sociales y Operadores de Justicia; esta propuesta de ley inicialmente trabajada por organizaciones de sociedad civil, y posteriormente por la ahora Secretaría de Derechos Humanos, Justicia, Gobernación y Descentralización.¹⁰ Ese anteproyecto fue presentado al Congreso Nacional en el 2013, sin que fuera sometido a aprobación por ese Poder del Estado. Actualmente se encuentra a la espera que el nuevo Congreso Nacional (período 2014-2018) tome la decisión de discutirlo y aprobarlo.

Por otro lado, vale aclarar que este Acuerdo no establece las bases ni expresa el compromiso para que las personas que participaron en la ruptura del orden constitucional sean sometidas a una efectiva investigación y se las sancione conforme corresponda. Contrario a eso, varios miembros de la cúpula militar que lideró el golpe de Estado se mantienen en la dirección de instituciones que forman parte del Poder Ejecutivo. En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público y el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, todos sus miembros mantuvieron sus cargos. Tal como señala el informe de la oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2010, estos órganos fallaron en el cumplimiento de sus mandatos a costa de la protección de los derechos humanos y del respeto del Estado de derecho.

Entre 2010 y 2012, el incremento del gasto militar en Honduras fue del 71 por ciento, el cual se triplicó en los últimos diez años. La respuesta del gobierno a la crisis de inseguridad se dio con una mayor represión sistematizada. Las organizaciones de derechos humanos de la sociedad civil han hecho un llamado de atención sobre estas medidas que supuestamente apuntaban a combatir la criminalidad, pero que en realidad restringen los derechos humanos de la población, como una ley que liberaliza las restricciones a escuchas telefónicas y otra que permite al gobierno inspeccionar las cuentas bancarias de ONG.

En 2013, un proceso electoral, denunciado por un sinnúmero de graves irregularidades cometidas por el Tribunal Supremo Electoral por “claros indicios de manipulación y de fraude electoral”,¹¹ abre paso a Juan Orlando Hernández, el candidato más proclive al militarismo autoritario y una democracia restringida. Hernández controla prácticamente todos los poderes e instituciones del Estado, y las violaciones de los derechos humanos no se han detenido sino que, al contrario, se profundizan sistemáticamente.

¹⁰ Ver <http://www.sdhjgd.gob.hn>.

¹¹ Declaraciones del juez Baltasar Garzón, quien formó parte de una delegación internacional de once observadores a las elecciones hondureñas. Entrevista disponible en <http://radio.uchile.cl/2013/12/15/soy-mas-bien-un-juez-estrellado>. Fecha de consulta: junio de 2014.

La ciudadanía ha visto desfilar por el Congreso Nacional de la República una lista considerable de decretos que el presidente electo está haciendo aprobar. Durante los primeros tres meses de gobierno, inauguró la fuerza Tropa de Investigación y Grupo de Respuesta Especial de Seguridad (TIGRES), entrenada y capacitada por la Escuela Jungla de Colombia y por las Fuerzas Especiales de Estados Unidos, con la finalidad de fortalecer el combate frontal del crimen organizado transnacional. Creó la Fuerza Nacional de Seguridad Interinstitucional (FUSINA), para supervisar el funcionamiento de los diferentes operadores de justicia y Seguridad, y dio inicio a la “Operación Morazán”, que es un gran operativo conjunto de la Policía Militar de Orden Público (PMOP) y la TIGRES. Todos estos esfuerzos contaron con el apoyo de Estados Unidos y Colombia. Para Estados Unidos, Honduras sigue teniendo una gran relevancia geopolítica. Pese a la grave crisis generada por el golpe de 2009 y las repetidas denuncias de corrupción, violación a los derechos humanos y colusión con el crimen organizado, el gobierno de los Estados Unidos sigue brindando apoyo económico para solventar la emergencia en materia de seguridad.

Però producto de la creciente militarización del país y la profundización de la violencia, se incrementan las ejecuciones sumarias y las masacres, con la participación directa de miembros de los cuerpos de seguridad del Estado y la complicidad del gobierno. Las principales víctimas son los jóvenes: criminalizados, perseguidos y asesinados. Un reciente informe de Casa Alianza, una organización internacional de protección y defensa de los derechos de niños, adolescentes y jóvenes, revela que, durante los primeros tres meses del 2014, en Honduras han muerto, en condiciones violentas, 270 jóvenes menores de 23 años, lo que indica un promedio de 90 muertes por mes. Honduras nunca antes reportó la pérdida de tantas vidas. Sumado a lo anterior, se da un incremento en los índices de migración debido a la lucha contra las drogas, problemática que responde a la falta de oportunidades y problemas de inseguridad. Todo esto hace de Honduras un país de tránsito de la droga.

Con sus 112.492 kilómetros cuadrados de territorio, Honduras es el segundo país centroamericano más extenso. En la década de 1980, contaba con trece bases militares norteamericanas en operación. La base militar norteamericana más grande es llamada *Palmerola*,¹² desde donde se ejecutaron los últimos golpes de Estado, incluyendo el de 2009. La segunda base militar más grande se estableció en la región de la Mosquitia,¹³ en 2010, con el propósito de frenar el narcotráfico; en lugar de eso, el resultado ha sido el saqueo y la militarización de la región. De ahí que pueda decirse, sin temor a exagerar, que el país

12 Ubicada en el Departamento de Comayagua en la región centro-occidental del país, Palmerola es la ubicación geográfica en donde se encuentra la Base Aérea “José Enrique Soto Cano” y desde donde opera una misión permanente de militares estadounidenses llamada Fuerza de Tarea Conjunto Bravo.

13 La Mosquitia es parte del Departamento de Gracias a Dios. Se encuentra en el oriente norte del país y su capital es Puerto Lempira. La mayor parte de su territorio es conocida como la Mosquitia. Dentro de la región se encuentran cinco grandes áreas protegidas por las leyes hondureñas. Su nombre proviene de los *misquitos*, que son un grupo étnico indígena que se extiende desde Cabo Camarón, en Honduras, hasta más al Sur del Río Grande de Matagalpa, en Nicaragua. Poblaciones indígenas Tawahkas, Pech, Misquitos y Garífunas comparten el territorio de la Mosquitia.

se encuentra sometido a una guerra de baja intensidad, librada en parte por tropas extranjeras.¹⁴

¿Qué hay detrás de las bases militares en Honduras? La política de combate al crimen organizado y a los cárteles de la droga divulgada ampliamente por Estados Unidos no es sino una justificación para implantar más bases militares. Pero sucede que esa militarización no da respuestas a dichos problemas, ni en Honduras ni en ningún otro lado. En las regiones militarizadas, aparte de la droga que pasa por la Mosquitia, en El Aguán (Departamento de Colón) se viven “grandes luchas de tierra y posibilidades de extracción minera y otros tipos de extractivismo que pueden ser explotados por compañías transnacionales”,¹⁵ dando paso a la compra de tierras indígenas y campesinas. Los miles de millones de dólares gastados en la supuesta guerra contra las drogas por los Estados Unidos no han generado mayor efecto. La justificación de la guerra contra las drogas es un ataque directo contra la soberanía y la democracia que arrastra consigo graves violaciones a los derechos humanos.

2. El derecho a defender derechos en Honduras

A cinco años del golpe de Estado y dos gobiernos neoliberales altamente conservadores, existe, pues, un clima amenazante de inseguridad y violencia en el que activistas de los derechos humanos son blanco de amenazas, intimidación, agresiones físicas y asesinatos, y se enfrentan con frecuencia a numerosas acciones judiciales que no cumplen con las garantías de respeto al debido proceso. Existe un patrón de abusos sorprendentemente similar a los que se produjeron durante los conflictos políticos de los años ochenta; esto apunta a una cultura de represión continua que a lo largo de los últimos treinta años han cultivado el gobierno y los militares que, bajo el pretexto de la defensa por la democracia y la soberanía, han violentado los derechos humanos.

La represión contra la población, y particularmente contra los sectores organizados, ha llevado a la polarización de la sociedad; la violación a los derechos humanos ha alcanzado niveles mucho más elevados que los que se dieron en la década de los 80 del siglo pasado, cuando se implantó en el país la Doctrina de la Seguridad Nacional.

Los activistas de los derechos humanos en el ejercicio de sus legítimas actividades en Honduras, en toda la diversidad y minorías que les comprende: periodistas, comunicadores sociales, mujeres, niñez, comunidades indígenas y

14 Rina Bertaccini, presidenta del Movimiento por la Paz, la Soberanía y la Solidaridad entre los Pueblos (Mopassol), de Argentina y vicepresidenta del Consejo Mundial por la Paz, en el diario digital *defensoresenlinea.com*. Disponible en: http://defensoresenlinea.com/cms/index.php?view=article&catid=42:seg-y-jus&id=2064:experta-considera-de-extrema-gravedad-que-veteranos-de-guerra-de-irak-y-afganistan-ope-ren-en-honduras&tmpl=component&print=1&page=&option=com_content&Itemid=150. Fecha de consulta: junio de 2014.

15 Son palabras de Adrienne Pino, antropóloga médica militante que ha trabajado en Honduras, México, Corea, Estados Unidos y Egipto, en su libro *Working Hard, Drinking Hard; sobre la violencia y la supervivencia en Honduras(s/d)*. Antes y después del golpe militar de junio de 2009 en Honduras, ha colaborado con numerosas organizaciones para atraer la atención internacional a la lucha de Honduras para detener la violencia del Estado.

afrodescendientes, comunidad LGTBI, ambientalistas, etc., siguen expuestos al peligro de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y malos tratos, detención y privación arbitraria de la libertad, amenazas de muerte, atentados, vigilancia, hostigamiento, estigmatización, desplazamiento y exilio forzado.

La Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos,¹⁶ en su informe destacó los principales problemas a los que hacen frente los defensores de los derechos humanos en Honduras, entre otros, la cultura de impunidad y la falta de medidas de protección, la falta de capacidad y de coordinación institucionales, las restricciones ilegítimas al ejercicio de derechos fundamentales y la estigmatización de los defensores de los derechos humanos.

Como se mencionó más arriba, el gobierno de Honduras aborda el problema de la violencia e inseguridad con aumento de efectivos de la policía y el ejército en las calles, ejecutando labores de seguridad pública. Pero esto conlleva mayores agresiones y ataques contra quienes defienden legítima y legalmente sus derechos. La situación se agrava, debido a los antecedentes documentados sobre serias violaciones a los derechos humanos en manos de estas dos instituciones. Durante el Examen Periódico Universal, que Honduras pasó en 2010,¹⁷ muchas de las recomendaciones instaban a tomar medidas para poner fin a la situación de violencia.¹⁸

En Honduras, la libre emisión del pensamiento ha estado condicionada desde el gobierno y desde los propietarios de los principales medios de comunicación. En la actualidad, y desde el golpe de Estado del 2009, el riesgo representa una grave censura a la información y la estigmatización a ciertos periodistas y medios, el cierre de medios de información y las agresiones físicas, incluso el asesinato de periodistas y comunicadores sociales. Sobre el riesgo a la labor periodística, el periodista Marvin Palacios manifiesta: “Cada vez es más peligroso el ejercicio independiente del periodismo, y está amenazada la libertad de expresión y el acceso a la información, especialmente la (información) pública misma que los periodistas usamos como monitores de las acciones de los funcionarios públicos”.

3. Libertad de expresión

La libertad de expresión fue particularmente restringida por las medidas de emergencia dictadas en el marco del golpe de Estado del 2009. La mayoría de los

16 Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Margaret Sekaggya. Misión Honduras, 13 de diciembre de 2012. Disponible en: http://protectionline.org/files/2013/01/AHRC2247Add.1_Spanish.pdf. Fecha de consulta: junio de 2014.

17 EPU Honduras 2014. Informe de Sociedad Civil: El EPU de 2010, los informes de las relatorías de libertad de expresión de la ONU y la OEA en 2011 y el Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de 2012 contienen recomendaciones al Estado de Honduras para reformar la Ley de Telecomunicaciones a fin de democratizar el acceso a las frecuencias del espectro radioeléctrico, sometido al sistema de subastas comerciales. En respuesta, en mayo 2013 el Poder Ejecutivo propuso al Congreso Nacional una reforma a la Ley de Telecomunicaciones, que incluía la reserva de al menos el 33% del espectro radioeléctrico para frecuencias de medios sonoros y audiovisuales comunitarios. La propuesta, sin embargo, no fue discutida en el Legislativo.

18 Examen Periódico Universal Honduras 2010. Disponible en: www.upr-info.org/sites/default/files/document/honduras/session_9_-_november_2010/ahrcwg.69hnd1s.pdf. Fecha de consulta: julio de 2014.

medios de comunicación fueron ocupados por militares y sus frecuencias radio-televisadas obstruidas o interrumpidas frecuentemente. Medios de comunicación de la oposición, tales como Radio Globo, Canal 36 y Radio Progreso, entre otros, fueron específicamente atacados. Los medios de comunicación de oposición que se mantienen vigilantes a las denuncias de violaciones de los derechos humanos, incluyendo las radios comunitarias,¹⁹ también son víctimas de persecución judicial, siendo esta una herramienta más de represión que atenta directamente contra el derecho a la libertad de expresión.²⁰

Cuando Lobo Sosa asumió la presidencia en enero de 2010, nombró como gerente de la Empresa Hondureña de Telecomunicaciones (Hondutel) al general jefe del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de Honduras, uno de los responsables directos del golpe de Estado, Romeo Vásquez Velásquez. Durante las décadas de 1960 y 1980, en que el país estuvo gobernado por regímenes militares, oficiales de las fuerzas armadas sin experiencia en el ámbito de las telecomunicaciones se mantenían a cargo de Hondutel. Lo anterior, evidentemente responde a una estrategia política de intervención a las comunicaciones.

En febrero de 2013, la Fuerza de Tarea Conjunta Xatruch²¹ emitió un comunicado que estigmatiza los medios alternativos de comunicación. El comunicado acusaba a medios electrónicos como *voselsoberano.com* y *defensoresenlinea.com* de servir como medios para hacer una “campaña de desinformación bien concebida”. El mismo documento menciona que tanto la Plataforma Agraria Regional del Aguan como cuatro destacados defensores de derechos humanos, todos ellos con medidas cautelares otorgadas por la CIDH, son los responsables de publicar “los hechos al mundo a través de una red de medios y organizaciones internacionales de derechos humanos, las cuales a la vez, emiten conclusiones y acusaciones parciales, que deterioran la imagen de la nación hondureña”.

El periodista Marvin Palacios dice sobre las acusaciones a su persona:

19 EPU Honduras 2014. Informe Sociedad Civil: En junio de 2013, 40 organizaciones sociales, indígenas, campesinas y populares, integradas en la Asociación de Medios Comunitarios de Honduras (AMCH), propone a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), una reforma administrativa a la Ley, encaminada a que esta reconozca la existencia y operación de los medios audio sonoros comunitarios en Honduras. El 3 de agosto de 2013, CONATEL publicó en el diario oficial el Reglamento de Servicios de Difusión con fines comunitarios, que contiene los requisitos para solicitar frecuencias por organizaciones sociales, populares, campesinas, indígenas, garífunas y de derechos humanos e inclusive la iglesia, pero reserva en el art. 23, inc. e, una prohibición a la difusión de información de interés público que faculta al Ente Regulador a restringir el derecho de las radios comunitarias a criticar y emitir opiniones políticas e ideológicas. Disponible en: <http://www.conatel.gob.hn/doc/Regulacion/resoluciones/2013/NR009-13.pdf>.

20 EPU Honduras 2014. Informe de Sociedad Civil: La Emisora *La Voz de Puca*, de la comunidad de la Asomada, Municipio de Gracias Lempira, enfrenta un expediente administrativo por aplicación del inciso e, del artículo 23 (Ley de Telecomunicaciones) con amenaza de cierre si reincide en criticar al presidente de la República y a la Primera Dama; también *La Voz de Zacate Grande* del Municipio de Amapala, Departamento de Valle, fue advertida por CONATEL con un llamado de atención preventivo por tener grafitis en las paredes del inmueble donde funciona la emisora.

21 Contingente de las Fuerzas Armadas de Honduras. En 2003, el presidente Ricardo Maduro envió una tropa compuesta de 370 elementos de las fuerzas armadas hondureñas a Irak, en apoyo del contingente militar internacional liderado por los Estados Unidos de América. Comunicado disponible en: <http://www.soawlatina.org/COMUNICADOhn.pdf>. Fecha de consulta: junio de 2014.

En mi experiencia personal, a principios de 2013, fui señalado por el alto oficial de las Fuerzas Armadas, el coronel Germán Alfaro, ex comandante de las fuerzas de tarea Xatruch (2013-2014), que opera en el Aguán (zona norte del país), junto con los dirigentes del Movimiento Unificado de los Campesinos del Aguán (MUCA): Wilfredo Paz, Jhonny Rivas y Vitalino Álvarez, de montar una campaña de desprestigio en contra de las Fuerzas Armadas. Este señalamiento vino, precisamente, por haber brindado cobertura a las actividades del MUCA, por haber monitoreado los desalojos violentos que se produjeron (en la zona) durante el año pasado. La información que subimos a la página de *defensore-senlinea.com*, este coronel Alfaro las calificó como una campaña para desestabilizar a las Fuerzas Armadas. De desprestigiar a las Fuerzas Armadas. Este tipo de señalamientos y acusaciones podrían haber derivado en procesos judiciales. Respecto al comunicado de Xatruch, se nota la intención del coronel Germán Alfaro de descalificar mi trabajo que en este caso no manipule simplemente cite la posición del MUCA con respecto a los señalamientos vertidos por los dirigentes campesinos contra este oficial a quien calificaron de violador de los derechos humanos y responsable de ordenar una feroz persecución. En torno a las radios comunitarias, en Honduras operan legalmente el 50 por ciento de las de 90 existentes en varias regiones del país las otras lo hacen bajo el concepto de frecuencia libre.

4. Marco normativo

De acuerdo con lo dispuesto en la legislación nacional, los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno (artículo 16 de la Constitución de la República de Honduras). De esta forma, los instrumentos internacionales de derechos humanos han quedado integrados al ordenamiento jurídico hondureño y, por lo tanto, deben ser observados y aplicados directamente al caso concreto. El Estado hondureño tiene la obligación de cumplir con las sentencias emanadas de los órganos internacionales competentes.

Constitución de la República de Honduras:

Artículo 16: Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo. Los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno.

5. Del ámbito nacional

El artículo 72 de la Constitución Nacional de Honduras protege la libertad de expresión aunque se contradice con el artículo 75. La Ley de Emisión del Pensamiento como Ley secundaria especial que lo garantiza. Y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública protege la información personal. Pero otras leyes secundarias han venido a contrarrestar estos principios, como la ley de intervención de las comunicaciones privadas y la Ley de Inteligencia.

1) Artículo 72 de la Constitución Nacional de Honduras: Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura. Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por medios

directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones.

2) Artículo 75 de la Constitución Nacional de Honduras: La Ley que regule la emisión del pensamiento podrá establecer censura previa, para proteger los valores éticos y culturales de la sociedad, así como los derechos de las personas, especialmente de la infancia, de la adolescencia y de la juventud.

3) Artículo 76 de la Constitución Nacional de Honduras: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen.

4) Artículo 100 de la Constitución Nacional de Honduras: Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

El derecho a la libertad de expresión ha sido reconocido por el Derecho internacional y, en este sentido, la República de Honduras está obligada a respetar los derechos y garantías establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en particular, su artículo 19, referido a la libertad de opinión y expresión. Asimismo, como Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), tiene la obligación de respetar su artículo 19.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 19: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala en su artículo IV que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 13 que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, la cual puede ser ejercida por todos los medios y no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley.²²

Artículo 13. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

²² Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=25&IID=2>. Fecha de consulta: junio de 2014.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Los artículos 4 y 13 de la Declaración, referidos a la libertad de expresión de manera específica, han de entenderse en conjunto y en relación con otras normas de carácter general que se consagran en la Convención Americana, como son sus artículos 1 y 2. En este sentido, el Estado tiene el deber de organizar todo el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las que se manifiesta el ejercicio del poder público con el fin de que sean capaces de asegurar jurídicamente el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos. El Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención y procurar el restablecimiento, siempre que sea posible, del derecho conculcado y, si procede, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión durante su 108º período ordinario de sesiones en octubre del año 2000.²³ Dicha Declaración constituye un documento fundamental para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su aprobación no solo es un reconocimiento de la importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas, sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho.

6. Marco jurídico y obligaciones nacionales en relación con el derecho a la libertad de expresión

La Constitución de la República de Honduras de 1982 reconoce el derecho a la libertad de expresión. En su artículo 72 reconoce la libertad de la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión sin previa censura y establece que son responsables ante la Ley los que abusen de ese derecho y aquellos que por medios directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones.

²³ Declaración de Principios sobre a Libertad de Expresión. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Declaracionle.htm>. Fecha de consulta: junio de 2014.

Constitución de la República de Honduras

Artículo 72: Es libre la emisión del pensamiento por cualquier medio de difusión, sin previa censura. Son responsables ante la ley los que abusen de este derecho y aquellos que por medios directos o indirectos restrinjan o impidan la comunicación y circulación de ideas y opiniones.

Asimismo, la Ley de Emisión del Pensamiento²⁴ de 1958 establece, en su artículo 2, la inviolabilidad de las libertades de expresión del pensamiento e información. En su artículo 5 especifica que “todo habitante de la República podrá libremente, sin censura previa, expresar su pensamiento, dar y recibir información y discutir sus opiniones o las ajenas por medio de la palabra escrita o hablada o por cualquier otro procedimiento gráfico, oral o visual”.

El derecho al honor ha tenido en la República de Honduras una protección constitucional y su regulación jurídica aparece en el ámbito penal, por lo que la tipificación de los delitos de calumnias, injurias y difamación se encuentra en el Código Penal de 1984 (actualmente en vigor). La Constitución reconoce en su artículo 76 el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen. Los delitos contra el honor se encuentran tipificados en los artículos 155 a 161 del Código Penal.

Constitución de la República de Honduras

Artículo 76: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen.

7. Ley de Escuchas: una amenaza contra la intimidad y la privacidad de las comunicaciones

En diciembre de 2011, el Congreso Nacional aprobó la Ley Especial para la Intervención de las Comunicaciones Privadas, la cual faculta a la Unidad de Intervención de las Comunicaciones (UIC) a efectuar la intervención de llamadas telefónicas, direcciones de Internet y la mensajería por celulares no solamente a personas imputadas, sino que crea una figura adicional denominada “personas investigadas”, lo que significa que cualquier persona puede ser considerada en dicha denominación. Esta ley es absolutamente invasiva y violatoria del derecho a la intimidad de las personas, protegida por el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; además vulnera la seguridad de defensores y defensoras de los derechos humanos y, eventualmente, la de las víctimas de violación de derechos.²⁵

Interceptar comunicaciones mediante las *escuchas telefónicas* es una práctica que instituciones de inteligencia policial y militar han venido realizando desde

24 Ley de Emisión del Pensamiento, Honduras. Disponible en: <http://www.iajp.gob.hn/transparencia/pdf/Regulacion/exoneraciones/Decretos%20que%20contienen%20Exoneraciones%20/DECRETO%20196%20-%2098%20-%20LEY%20DE%20LA%20EMISION%20DEL%20PENSAMIENTO.PDF>. Fecha de consulta: junio de 2014.

25 EPU Honduras 2014. Informe Sociedad Civil.

hace muchos años con el fin de comprometer las comunicaciones de organizaciones sociales y activistas opositores políticos. En Honduras, esta práctica quedó legalizada por el Congreso Nacional en diciembre de 2011, pero entró en vigor en enero de 2012 cuando oficialmente se publicó en el Diario Oficial *La Gaceta*. De acuerdo con funcionarios de la gestión de Porfirio Lobo Sosa (2010-2014), la ley fue aprobada como una herramienta para combatir la delincuencia común, el crimen organizado y el narcotráfico.

La Ley Especial sobre Intervención de las Comunicaciones,²⁶ popularmente llamada Ley de Escuchas, fue sustentada por el entonces presidente del Congreso Nacional y actual presidente de la nación, Juan Orlando Hernández (2014-2018), como una necesidad que forma parte de un paquete de medidas para combatir la criminalidad que afecta a Honduras. La legislación permite que las intervenciones telefónicas puedan ser intervenidas a petición de la Fiscalía General y ordenadas por un juez del Poder Judicial. Uno de los entrevistados, el doctor Leo Valladares Lanza, aclara que:

la Ley de Inteligencia Nacional, la Ley de Secretos Oficiales (de documentación pública), la Ley de la Policía Militar de Orden Público, la creación de Fuerza Nacional de Seguridad Interinstitucional (FUSINA), Tropa de Investigación y Grupo de Respuesta Especial de Seguridad (TIGRES), forman parte del paquete.

El artículo 229 del Código Procesal Penal, relacionado a las intervenciones telefónicas, señala que el juez, a petición del Ministerio Público o de parte acusadora, podrá ordenar mediante resolución fundada la grabación de las comunicaciones telefónicas, informáticas o de cualquier índole análoga que tenga el imputado o cualquier otra personas directa o indirectamente relacionada con el delito que se investiga. El mismo artículo añade que el juez valorará en su resolución la gravedad del delito investigado, la utilidad y proporcionalidad de la medida.

Código Procesal Penal de Honduras

Artículo 229: El Juez podrá ordenar a pedido del Agente Fiscal, y cuando existan motivos que lo justifiquen y mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas del imputado y las que realizare por cualquier otro medio, para impedir las o conocerlas.

Las intervenciones consisten en la identificación y registro del origen, del destinatario, o de ambas cosas a la vez, o en el conocimiento y registro del contenido de la comunicación. Además se establece que la intervención no podrá durar más de quince días, aunque podrá ser prorrogable por el juez, a instancias del Ministerio Público o de parte acusadora. Una vez hechas las grabaciones, serán entregadas exclusivamente al juez que las ordenó dentro de los cinco días a partir de la fecha de terminación del plazo de intervención; el juez tomará conocimiento de su contenido en forma exclusiva. Si las grabaciones tienen relación con

26 Diario Oficial *La Gaceta*, N° 32.731, República de Honduras. Disponible en: http://www.conatel.gob.hn/doc/Regulacion/leyes/Ley_especial_comunicaciones_privadas.pdf. Fecha de consulta: julio de 2014.

el hecho que se investiga, podrá entonces ordenarse que se transcriban para ser oportunamente presentadas en el proceso. Las personas encargadas de realizar las grabaciones o la transcripción de estas, mantendrán en secreto su contenido y en caso de incumplimiento incurrirán en la correspondiente responsabilidad penal. La grabación de una comunicación realizada por uno de los comunicantes sin llenar los requisitos establecidos en este artículo carecerá de valor probatorio.

8. El asalto a las libertades civiles y a la privacidad: el boicot a la libertad de expresión

Dice Juan Almendarez Bonilla sobre la Ley de Escuchas:

Es un atentado en contra de la libertad de expresión que tiene todo el mundo porque de esa manera nos quieren callar para que nadie pueda escuchar nada, así que esa intervención telefónica es un nefasto proyecto político de Juan Orlando Hernández y Porfirio Lobo Sosa que viene, me imagino, jefeados desde un país sudamericano como Colombia que es quien lo asesora en materia de seguridad.²⁷

El gobierno hondureño ha desarrollado capacidades para manipular y monitorear la información electrónica aumentando las restricciones en las comunicaciones, además de la penalización de formas legítimas de expresión y otras libertades fundamentales, implementando reglas de excepción para imponer el control. Los gobiernos con falsas democracias censuran la libertad de expresión restringiendo las comunicaciones mediante la introducción de complejas tecnologías para manipular, controlar y bloquear los contenidos, identificar activistas de derechos humanos y críticos opositores, penalizando formas legítimas de expresión. La libertad de expresión es una de las bases para el desarrollo de las naciones democráticas, pues resulta esencial para posibilitar la participación pública en la toma de decisiones. Las restricciones en nombre del orden público y de la seguridad nacional son un atentado contra de las libertades fundamentales de la ciudadanía.

Durante el golpe de Estado, activistas de derechos humanos reportaron dificultades técnicas al intentar acceder a sus cuentas personales de correo electrónico. Correos electrónicos de gran parte del personal de organizaciones sociales opositoras a la ruptura del orden constitucional fueron intervenidos. También se pusieron de moda los fuertes ataques DoS a páginas web comodefensoresenlinea.com, conexihon.hn, ellibertador.hn, radioglobohonduras.com, radioprogreso.hn.net, honduras504.com, incluso pequeñas radios independientes que se transmiten desde el servidor USTREAM comoustream.tv y la misma página web del FNRP, resistenciahonduras.net.

²⁷ Declaraciones del Dr. Juan Almendarez Bonilla sobre la Ley de Escuchas. Ex rector de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, psicólogo, activista de Derechos Humanos y un importante académico generador de opinión.

Sobre la intervención a correos electrónicos, la periodista Dina Meza comparó su caso:

Es una orden del imperio norteamericano, tiene que ver con todo un contexto. Estamos intervenidos sin que haya la ley, nada más legalizando la intervención. Yahoo me saca del correo cuando se mencionan palabras como Cuba, imperio norteamericano, Venezuela. Uso Gmail como alternativa utilizando PGP, pero tampoco confío mucho, así que uso también RISEUP para sostener comunicaciones importantes y compartir información sensible con organizaciones internacionales. Con frecuencia cuando visito páginas web cubadebate, cubavisión me bloquean el acceso. No hay conciencia de la vigilancia en la sociedad hondureña, ni siquiera a nivel organizacional.

El gobierno hondureño autorizó la intervención de todo tipo de comunicaciones: direcciones de correos electrónicos, mensajes de texto vía teléfonos celulares, cartas escritas, mensajes de voz, recibos de servicios públicos, tarjetas de crédito, entre otros. Además, se obliga a las compañías que brindan servicios de telefonía a guardar los datos de todas las conexiones a Internet de cada usuario por el plazo de cinco años. Los datos incluyen los números de teléfono que participan en cada conversación, su duración y hora de llamada. En el caso de las comunicaciones vía telefonía móvil, deberá guardarse el lugar desde donde el usuario hace la llamada, contesta o envía un mensaje de texto. En lo que se refiere a comunicaciones por Internet, las compañías proveedoras del servicio deben guardar la dirección IP, el lugar y la duración de la conexión, su hora y fecha. También la dirección del correo electrónico y el resto de datos que encabeza cada correo electrónico. Esto lo explica el periodista Marvin Palacios:

En esta ley de intervenciones público/privadas, existe una Unidad de Intervención a las Comunicaciones, claro está que desde la ley se habla que debe autorizarlo un juez para intervenir las comunicaciones telefónicas. Incluso en los cibercafés, ahora se lleva un registro de los usuarios y del almacenamiento de la información. Es decir, los cibercafés ahora deben tener almacenada todos los sitios que los usuarios visiten y de todas las descargas que los usuarios hagan desde Internet.

El gobierno de Lobo Sosa sostuvo que la ley no violaba los derechos fundamentales de las personas, contemplados en la Carta Magna de Derechos Humanos y en tratados internacionales firmados por Honduras. Porfirio Lobo Sosa declaró que la ley es totalmente constitucional: “hemos analizado que la Ley de Escuchas es totalmente constitucional, porque tenemos las facultades como Estado de realizar algunas investigaciones sobre las facultades que esta ley haría, para que sea un instrumento puesto al servicio de los organismos de seguridad”.²⁸

En marzo de 2012, el Estado hondureño fue llevado ante la CIDH, por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el COFADEH, para que respondiera por la aprobación de varias leyes restrictivas de los derechos

28 Secretaría de Estado de la Presidencia de Honduras. Declaraciones de los presidentes de los tres poderes del Estado sobre la aprobación de la Ley de Escuchas Telefónicas, 2011. Disponible en: http://www.sdp.gob.hn/sitio/index.php?option=com_content&view=article&id=721:poderes-del-estado-afinan-detalles-para-aprobar-ley-de-escuchas-telefonicas&catid=38:noticias-destacadas&Itemid=18. Fecha de consulta: julio de 2014.

fundamentales en Honduras. La respuesta de la CIDH fue que “la Ley de Escuchas contiene varias normas que ponen en riesgo la garantía del derecho a la intimidad protegido por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.²⁹ El periodista Marvin Palacios agrega que:

Hay un retroceso en las garantías constitucionales: en los derechos como la libertad de expresión, el acceso a la información y la intimidad de las personas que ahora están siendo conculcados por un gobierno que quiere el control absoluto de las personas. Un Estado policiaco donde todo el mundo está siendo vigilado. Cualquier relación que se haga con la gestión del dictador Carias (Tiburcio Carias Andino, régimen dictatorial 1036-1949) sería pura coincidencia. Esto también sería objeto de análisis.

La ley establece que se pueden intervenir comunicaciones no solamente a personas imputadas, sino que crea una figura adicional denominada *personas investigadas*, lo cual implica que cualquier persona podría caer en dicha categoría sin que sea necesaria la existencia de un indicio razonable sobre la comisión de un delito. Esto es especialmente grave en el contexto hondureño, ya que a activistas de derechos humanos se los podía considerar personas investigadas y de esta manera se podría justificar la intervención de sus comunicaciones. Al respecto, el periodista Marvin Palacios, amplía:

Con esta ley, el gobierno podrá establecer mecanismos judiciales contra periodistas, comunicadores sociales; defensores de derechos humanos en general a los que podría acusar de atentar contra la seguridad del Estados, calificándoles de sedición, promotores de desestabilizar al gobierno o instituciones públicas.

El artículo 16 de la citada ley establece que el juez deberá resolver en forma inmediata la solicitud de intervención de las comunicaciones, y da un plazo máximo de cuatro horas para rendir la resolución de admisibilidad. El corto plazo resulta irrazonable si se considera que el juzgador debe realizar un análisis estricto de la información presentada por el fiscal o por la procuraduría general de la República y considerar si la medida se justifica, así como si es necesaria e idónea. El establecimiento de un plazo tan corto podría provocar resoluciones carentes de motivación y con más razón tratándose de una potencial restricción a un derecho humano. Cabe destacar que la normativa procesal penal hondureña prevé plazos mínimos de tres días para resolver.

También es de suma gravedad que la nueva legislación permita la intervención de comunicaciones orales en el interior del domicilio o en recintos privados, lo cual solo sería posible si se da previamente una violación del domicilio por parte de las autoridades, lo que resulta una medida absolutamente invasiva de la esfera privada de las personas.

29 “El Estado hondureño en audiencia ante la CIDH por restricción de libertades fundamentales con aprobación de últimas leyes”, *defensoresenlinea.com*, 27 de marzo de 2012. Disponible en: http://www.defensoresenlinea.com/cms/index.php?option=com_content&view=article&id=1936:estado-hondureno-ante-la-cidh-por-restriccion-de-libertades-fundamentales-con-aprobacion-de-ultimas-leyes-&Itemid=159. Fecha de consulta: julio de 2014.

9. ¿La privacidad es un delito?

Dice una de nuestras entrevistadas, Dina Meza:

No es un delito, hacen acopio de colocar los delitos que se están cometiendo como la trata de personas o la pornografía para invocar que si estamos anónimos estamos haciendo algo malo. Tenemos derecho a la privacidad a las comunicaciones. Como han perdido el control con estas herramientas están desesperados para legalizar los ciberdelitos pero en realidad es intervención a las comunicaciones. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)³⁰ ha emitido disposiciones relacionado con las TIC que se han publicado en La Gaceta donde se establece el control de las IP a cargo de CONATEL.

Por su parte, Marvin Palacios agrega:

la privacidad no es un delito, es un derecho de toda persona. Y esta privacidad está siendo violentada por el Estado con fines de espiar la intimidad de los ciudadanos. No hay duda que la Patriot Act, vigente en Estados Unidos, que confiere al gobierno la facultad de escuchar, y conocer lo que hacen sus ciudadanos ha sido replicada en este país, donde cada vez es más peligroso el ejercicio independiente del periodismo, y está amenazada la libertad de expresión y el acceso a la información, especialmente la (información) pública misma que los periodistas usamos como monitores de las acciones de los funcionarios públicos.

Conforme al artículo 6 de la Ley de Escuchas:

la intervención de las comunicaciones es una técnica especial de investigación que consiste en el procedimiento a través del cual se escucha, capta, registra, guarda, graba, u observa, por parte de la autoridad, sin el consentimiento de sus titulares o participantes, una comunicación que se efectúa mediante cualquier tipo de transmisión, emisión o recepción de signos, símbolos, señales escritas, imágenes, sonidos, correos electrónicos o información de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros medios, sistemas electromagnéticos, telefonía, radiocomunicación, telegrafía, medios informáticos o telemáticos, o de naturaleza similar o análogo, así como la comunicación que se efectuó a través de cualquier medio o tipo de transmisión.³¹

La ley establece que estarán sujetos a sanciones³² quienes hagan desaparecer, alteren o deterioren la información obtenida mediante la intervención de las comunicaciones. Asimismo aquellas personas que evadan cualquier tipo de medida tecnológica

30 Plan Estratégico Institucional Comisión Nacional de Telecomunicaciones (2014-2018). Disponible en: http://www.conatel.gob.hn/transparencia/doc/Planes_Tecnicos/2014/PLAN%20ESTRATEGICO%20INSTITUCIONAL%20CONATEL,%202014-2018.pdf. Fecha de consulta: julio de 2014.

31 Ley Especial de Intervención a las Comunicaciones de Honduras N° 32,731, artículo 6.

32 EPU Honduras 2014. Informe de Sociedad Civil: El Estado de Honduras viola la libertad de expresión restringiendo todo tipo de comunicaciones para controlar y bloquear los contenidos a través de Internet, interceptar llamadas, correos electrónicos, mensajes de texto vía teléfono celular y todos los tipos de comunicación posible que se canalice a través de plataformas públicas y privadas. Estas restricciones en nombre del orden público y de la seguridad son un atentado directo contra de las libertades fundamentales de la ciudadanía. Asimismo, la ley establece sanciones desproporcionadas de 500 a 1000 salarios mínimos, y tres a cinco años en prisión al que dolosamente destruya, inutilice, desaparezca, altere o deteriore la información obtenida mediante la intervención de las comunicaciones.

que controle el acceso a las bases, sistemas operativos o registros informáticos de la UIC. Además, la ley sanciona con cuatro a siete años de prisión al que dolosamente destruya, inutilice, desaparezca, altere o deteriore la información obtenida mediante la intervención de las comunicaciones. Y si resulta que es un funcionario público el que se encuentre en esta situación, la pena que se le impondrá será doble. Castiga con seis a diez años de prisión al funcionario público o ejecutivo de la empresa generadora de la información que divulgue o utilice la información recabada.

También permite la grabación de las conversaciones entre personas que lo hagan tanto en lugares públicos como privados. La ley permitirá a los operadores de justicia interceptar llamadas, correos electrónicos, mensajes de texto vía teléfono celular y todos los tipos de comunicación posible que se canalicen a través de plataformas públicas y privadas. El espionaje de llamadas está a cargo de la UIC, que cuenta con peritos especializados para realizar ese tipo de diligencias. La UIC depende del Ministerio Público y está adscripta a la Fiscalía Especial Contra el Crimen Organizado. El decreto fue aprobado sin previo debate por el Poder Legislativo. Además, la ley no ha sido debidamente socializada desde las instancias de gobierno; al contrario, la socialización ha sido trabajo de las organizaciones de sociedad civil defensoras de derechos humanos como la Asociación para una Ciudadanía Participativa (ACI-Participa) para entablar el debate sobre esta amenaza latente a la libertad de expresión entre las redes conformadas por activistas de derechos humanos.

El decreto contempla disposiciones para que los diversos operadores de telecomunicaciones las apliquen; de lo contrario, serán sancionados. Los operadores de telefonía, servicios de Internet y otros tendrán que llevar registros de sus usuarios y almacenar información para suministrarla en el caso que alguna autoridad la requiera. Las compañías operadoras deben llevar un registro completo de sus clientes y documentos de su identidad. El periodista Marvin Palacios manifiesta:

La portabilidad numérica es donde se encuentra registrada toda la información de los ciudadanos: dónde viven, qué hacen, cuántos años tienen, dónde trabajan, a qué se dedican. Según el gobierno, este registro combatirá las extorsiones, pero en el fondo, según expertos, es un control sin procedimiento judicial. También el Estado quiere conocer quiénes somos, dónde estamos y qué hacemos. La ley también exige a los proveedores de servicios de Internet que provea las direcciones IP, los dominios, la identidad: quién opera y desde dónde opera las comunicaciones.

Sobre la neutralidad en Internet, el periodista Marvin Palacios amplía:

Con el control de las IP, la ley atenta contra la neutralidad del Internet. Coarta la libertad de expresión e intimidad a través del anuncio de juicios virtuales en contra de aquellos que revelen información que los gobiernos pueden catalogar como reservada. La lucha emprendida es procurar la neutralidad de Internet, que no haya injerencia de los gobiernos en la información que se transmite a través de Internet: ya sea a través de palabras, imágenes o videos. El Estado quiere controlar la IP de los celulares de Internet, los sitios web, las redes sociales. Ya no podemos decir que haya algo que el gobierno no lo sepa.

Es imperioso resaltar que muchas organizaciones de defensores de derechos humanos, y críticos opositores a la consolidación de un régimen posgolpe de

Estado, han sido víctimas de saqueos de información³³ a sus sedes o domicilios de sus principales directivos/dirigentes, llevándose consigo equipos e información valiosa y poniendo en evidente peligro la vida de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Por otro lado, el gobierno de Honduras considera necesario que se emita una ley sobre delitos informáticos, para castigar delitos como la pornografía infantil y pedofilia, entre otros. El tema surge en medio de las reformas al Código Penal que analiza el Congreso Nacional de Honduras. Entre las nuevas figura delictivas, están la conexión a redes no autorizadas, la utilización de *spyware* y de *keylogger*. El periodista Marvin Palacios dice al respecto:

tuve acceso a una reunión privada con una experta hondureña (de la cual debo guardar su nombre en anonimato a petición de ella misma) sobre este tema y ella nos comentaba que si bien aún no se habla de incluir un delito cibernético o informático en el Código Penal de Honduras, la puerta está abierta para que el Estado a través de la Ley de Intervención de las Comunicaciones Privadas pueda crear procesos judiciales en contra de las personas que utilizan el Internet para compartir, analizar y divulgar información que sea considerada “peligrosa” para los gobiernos. Para la experta, el hecho de que el Estado intercepte los correos electrónicos de las personas y archive todas esas comunicaciones es una acción arbitraria y atentatoria contra la privacidad en las comunicaciones y lesiona el principio de la neutralidad de que se habla en el mundo con respecto al internet. Si el Estado puede controlar la información que difunden los usuarios ya sea por correo electrónico, Skype, Whatsapp, sitios web y redes sociales, existe el riesgo que ese Estado, molesto por lo que escriban sus ciudadanos o ciudadanas, pueda fabricar cualquier accionar delictivo en nuestra contra. Y además podemos o estamos siendo investigados sin que nos demos cuenta. ¿Para qué quiere el Estado controlar las IP?, se pregunta la experta, y luego responde: para desprestigiar, estigmatizar y criminalizar a los opositores u opositoras políticas.

En la visita oficial que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, realizó en agosto de 2012 con el propósito de observar e investigar la situación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en la República de Honduras, en el contexto de la actual crisis de derechos humanos, explicó que la libertad de expresión se debe asumir como lo establece el artículo 19 del PIDCP; como el derecho de buscar y recibir información de todo tipo y de difundir y diseminar información e ideas y opiniones a través de cualquier medio. Esto incluye a quienes se dedican a la labor de informar, pero también a las expresiones de toda persona, grupo social o pueblo de Honduras, en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna. Honduras es el país con el más alto índice de asesinatos de periodistas en la región.³⁴ El doctor Leo Valladares Lanza resalta:

33 Allnamiento documentado organizaciones LGTBI. Disponible en: <http://aci-participa.org/programas-y-proyectos/acta-de-evidencia-de-los-ataques-ocurridos-las-y-los-compa%C3%B1eros-de-apuvimeh>.

34 Declaración Oficial de Prensa Relator Especial de las Naciones Unidas para la promoción y la protección del derecho a la libertad de expresión y de opinión, Frank La Rue. Disponible en: <http://conexion.info/site/noticia/libertad-de-expresi%C3%B3n/honduras-%E2%80%9Cimpunidad-es-el-mayor-obst%C3%A1culo-para-la-libertad-de>. Fecha de consulta: junio de 2014.

Estos medios de comunicación han logrado vencer barreras que antes eran imposibles, la falta de comunicación entre personas en tiempo real, sobre montañas, ríos... uno de los grandes avances que ha tenido es el avance en las comunicaciones. El acceso a Internet debe ser un derecho de la persona humana que parte del derecho a la educación, a la expresión y a la libertad. Internet causa una revolución.

10. La impunidad es el mayor obstáculo para la libertad de expresión

El Relator Frank La Rue también advirtió que Honduras enfrenta niveles inaceptables e inhumanos de violencia contra la prensa y recalcó que una de las causas principales de esta situación es la falta de investigación seria por parte de las autoridades.

Dice La Rue en su declaración:

El Estado tiene la obligación de proteger a los periodistas, comunicadores sociales y defensores de los derechos humanos, de investigar cuándo estos sufren alguna agresión, para sancionar a los responsables (...). La investigación y el procesamiento son casi nulos, y la impunidad es una de las causas que genera más violencia.³⁵

Y agrega:

La libertad de expresión se puede dar a través de cualquier medio y esto incluye el derecho a movilización y manifestación pacífica por medio de cual organizaciones o sectores sociales pueden hacer ver su descontento con políticas públicas, concesiones de explotación de recursos naturales, o actitudes de funcionarios.³⁶

Aunque el acceso a la tecnología todavía resulta un enorme problema en Honduras, los medios electrónicos de almacenamiento de información y medios de comunicación y difusión de la información (Internet, blogs, redes sociales, correo electrónico) se vuelven más comunes para periodistas, comunicadores/as sociales y defensores/as de derechos humanos. La vigilancia y la censura están aumentando; con ello, la inseguridad de la información almacenada y compartida digitalmente a través de Internet. Leo Valladares Lanza dice al respecto: “En el caso específico de Honduras, se debe cultivar el libre acceso a Internet, que va más allá del ocio, pues poco a poco la mentalidad de la gente va cambiando y necesitamos mayor uso y conocimiento del Internet”.

La ONU destaca el valor de Internet “como uno de los más poderosos instrumentos del siglo para aumentar la transparencia en la conducta de los poderosos, acceder a la información y facilitar la participación activa de los ciudadanos en la

35 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. Misión a Honduras 2013. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/125/42/PDF/G1312542.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: julio de 2014.

36 *Ibid.*

construcción de sociedades democráticas”.³⁷ Internet se ha convertido en un medio clave para que los individuos puedan ejercer su derecho a la libertad de opinión y de expresión, tal como está garantizado en el artículo 19. Si bien es cierto que la libertad de expresión, como derecho humano, fue declarada en 1948, solo ahora es cuando existe una tecnología que permite expandir sus opiniones con un alcance global e inmediato.

Sobre la solicitud de 193 Estados parte de las Naciones Unidas para adoptar una resolución en defensa de la *privacidad en la era digital*, la periodista Dina Meza considera que “es un mensaje claro a las grandes potencias que se sienten dueñas del mundo y quieren hacer y deshacer pasando por encima de los derechos de miles de millones de personas”. De la lucha a nivel internacional por Internet libre y el caso específico de Honduras, ella resalta que se debe socializar “su contenido para que todo el mundo lo conozca, generar debates y utilizar (la resolución) como instrumento de demanda ante las autoridades del Estado de Honduras”.

El doctor Leo Valladares Lanza expresa que, además de la resolución de la ONU, se deben tomar otras acciones a nivel nacional para reformar la Ley de Escuchas y revertir del contenido del nuevo código penal, creando

un órgano de control ciudadano en que este incluido particularmente donde esté incluido el Congreso, y de otros estratos, para que supervisen las operaciones de vigilancia. Y hacer que el Poder Judicial, el Consejo Nacional de Seguridad y Ministerio Público no sean parte del órgano que controla la información.

11. Derechos humanos y protocolos de Internet

Los principios sobre los que se construye la Internet parecen cumplir con muchas de las obligaciones inherentes a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, puesto que existen similitudes entre los principios definidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los estándares de Internet se desarrollan de maneras diferentes, proporcionando un marco para el proceso de elaboración de normas y principios operativos básicos que persiguen una misión simple: hacer que Internet funcione mejor.

Es así como los procesos de normalización de Internet son creados a través de un proceso abierto de desarrollo, crítica y revisión. Los procedimientos están diseñados para ser justos, inclusivos y objetivos para el desarrollo de los estándares de Internet. Los objetivos del proceso son explícitos: la excelencia técnica, implementación previa y las pruebas, documentación clara, concisa y fácil de

37 Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad. A/HRC/17/27. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. Fecha de consulta: junio de 2014.

entender, apertura y equidad. La Carta de los Estados Naciones³⁸ establece los propósitos, principios y objetivos para mantener la paz y la seguridad internacionales, desarrollar relaciones amistosas entre las naciones, promover el respeto de los derechos y las libertades fundamentales de todos. Igualmente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue desarrollada para definir y llevar a la comprensión compartida de los seres humanos, derechos y libertades fundamentales a que se refiere la Carta Magna de las Naciones Unidas.

Al igual que con los protocolos de Internet, las normas de derechos humanos de la ONU se aprueban, en general, por consenso, y solo entrarán en vigor cuando un número suficiente de partes interesadas (en el caso de la ONU, los Estados) voluntariamente se comprometan a respetarlas. En la práctica, las normas pueden entrar en vigencia mucho tiempo después de las negociaciones diplomáticas previas.³⁹ Aun así, algunos gobiernos las rechazan por diversas razones.

12. Roles y responsabilidades: Manejo y Estado de derecho

La Declaración Universal de los Derechos Humanos enmarca a los gobiernos como garantes de derechos, con la responsabilidad de actuar como tutores o custodios en la protección de los derechos y libertades de sus pueblos.

Esos deberes u obligaciones son:

- a) Respetar los derechos y libertades.
- b) Proteger los derechos y libertades.
- c) Promover los derechos y las libertades.

Al adoptar una nueva técnica de vigilancia de las comunicaciones o ampliar el alcance de una existente, el Estado debe determinar, previamente, si la información que pudiera ser adquirida cae en el ámbito de la “información protegida”, y por ende debería someterse a escrutinio judicial u otro mecanismo de control democrático. La forma de la vigilancia, así como su alcance y duración, son factores relevantes para determinar si la información obtenida a través de la vigilancia de las comunicaciones alcanza el nivel de “información protegida”.

Resultaría un grave error pensar que lo que sucede en Honduras es un hecho aislado de lo que ocurre en el resto del mundo con la intervención a las comunicaciones. En Perú, durante la administración del presidente Alberto Fujimori, el control telefónico estuvo en manos del servicio de inteligencia controlado por Vladimiro Montesinos, acusado de numerosas violaciones a los derechos humanos. En Perú se justificó la ley de intervenciones telefónicas para enfrentar al grupo guerrillero Sendero Luminoso. Con el tiempo, tanto el propio ex presidente peruano como Vladimiro Montesinos fueron víctimas de sus espionajes por la

38 Carta de las Naciones Unidas, establecida en 1945. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/charter/>. Fecha de consulta: junio de 2014.

39 Cabe señalar que, incluso en la firma de un tratado o pacto, algunos Estados pueden optar por formular reservas y por lo tanto eximirse de la adhesión a ciertas cláusulas en las normas. Así, aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se negoció y firmó en 1966, no entró en vigor hasta 1976, cuando el último de los 35 países necesarios la ratificaron.

filmación de las entrevistas y reuniones en las que se demostró la corrupción en que cayó el régimen fujimorista con cantidades millonarias de dinero entregadas a personajes peruanos producto del chantaje, los sobornos o la compra de conciencias. En 2011, el presidente de la Corte Suprema de Perú, César San Martín, responsable de haber condenado al expresidente Alberto Fujimori, propuso una ley que enviaría a la cárcel a periodistas que difundieran interceptaciones telefónicas. El Consejo de la Prensa Peruana (CPP), que agrupa a los dueños de los medios escritos, y el Instituto Prensa y Sociedad (IPYS), un colectivo de periodistas defensor de la libertad de expresión, instaron a la Corte Suprema a modificar su propuesta por considerar que constituía una potencial mordaza.

En Colombia, el ex presidente Álvaro Uribe se encuentra enfrentando acusaciones judiciales después de que los tribunales de Justicia probaran que el ex servicio de inteligencia colombiano, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), intervino las telecomunicaciones, especialmente el control telefónico de periodistas, jueces, fiscales y políticos opositores a su política de mano dura. Frente al escándalo, el actual mandatario, Juan Manuel Santos, se vio obligado a disolver el DAS y sustituirlo por un nuevo servicio de inteligencia.

Los casos particulares de México con la Ley Telecom, y Brasil con su lucha por Internet libre, se expondrán en el próximo capítulo de esta tesis. Pero todo lo dicho aquí pone de manifiesto que hoy se necesita, acaso más que nunca, y a nivel mundial, de los movimientos sociales, las fuerzas políticas populares, para tratar de avanzar en materia de defensa y promoción al respeto de los derechos humanos.

MÉXICO Y BRASIL: DOS CASOS DE ESTUDIO

Al igual que en el capítulo anterior, la autora realizó dos entrevistas a activistas mexicanos por los derechos digitales.

La nómina de entrevistados es la siguiente:

1. Jacobo Nájera: investigador, desarrollador de software libre y activista por los derechos digitales.

2. Vladimir Chorny: abogado por los derechos digitales, ex Relator de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México), estudiante de doctorado en derecho constitucional y derechos humanos.

1. Contexto

En mayo de 2014, Snowden sacó a la luz detalles sobre el programa *Mystic* que ha sido operado desde 2009 en países como Kenia, Bahamas, Filipinas y México.¹ *Mystic* intercepta el cien por ciento de las comunicaciones por voz y almacena miles de millones de metadatos (datos de datos tales como origen de llamada, destino, duración, ubicación y números relacionados),² cuando se realizan llamadas por celular, incluyendo llamadas telefónicas al exterior. El programa almacena los datos durante treinta días y va borrando las llamadas más antiguas a medida que llegan nuevas. Cada mes, envían millones de recortes de voz para el procesamiento y almacenamiento a largo plazo. En ningún otro programa de la NSA, divulgado hasta la fecha, se ha absorbido toda la red telefónica de una nación.

Mystic requiere el apoyo de la empresa privada como intermediaria para operar, pero no se sabe si el programa se aplica con la autorización del gobierno. Según los documentos filtrados, *Mystic* se enfoca a llamadas y otros datos transmitidos a través de Sistema Global de Comunicaciones Móviles (GSM), la principal estructura empleada para llamadas de celulares a escala mundial. En México, esta operación es patrocinada por la CIA.

1 Nota disponible en: <https://firstlook.org/theintercept/article/2014/05/19/data-pirates-caribbean-nsa-recording-every-cell-phone-call-bahamas/>. Fecha de consulta: julio de 2014. (Ver Anexo 9)

2 Los periodistas Glenn Greenwald y Laura Poitras recibieron el archivo clasificado como ultra secreto por Snowden; sus reportajes ganaron el Premio Pulitzer para el periódico *The Guardian*. Disponible en: <http://www.theguardian.com/world/2014/mar/18/pentagon-watchdog-nsa-bulk-phone-collection>.

Pero México ya contaba con un historial de espionaje con el uso de FinFisher,³ una herramienta de espionaje operado en ese país, y, que es usada por varias secretarías nacionales. FinFisher es el nombre de un equipo de cómputo conformado por software y hardware espías, que es capaz de mantener una vigilancia focalizada en el interior de una red informática, desde el monitoreo de llamadas de video y audio, registro de correo electrónico, hasta la posibilidad de controlar la cámara y el micrófono de los equipos de las víctimas.⁴

Asimismo, se han aprobado leyes que limitan la libertad de expresión y la protección de datos personales como la Ley de Geolocalización, la Ley Antimarchas y casos específicos de censura, privación de libertad y acoso a activistas; algunas de estas iniciativas han sido revertidas producto del esfuerzo de la acción ciudadana. A continuación los detalles.

La geolocalización de teléfonos móviles constituye, sin dudas, una interferencia en el derecho a la privacidad de una persona. El 11 de mayo de 2012, a través de una petición de organizaciones civiles, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de México interpuso una acción de inconstitucionalidad (32/2012), pues las disposiciones de esta ley “permiten a procuradurías la geolocalización de celulares sin autorización judicial u otros contrapesos institucionales”.⁵ En cuanto al análisis concreto de la constitucionalidad de las disposiciones que facultan la geolocalización en tiempo real de equipos de comunicación móvil, deberían ser declaradas inconstitucionales en atención a que no se establecen salvaguardas suficientes, como la necesidad de obtener autorización judicial para llevar a cabo la medida de vigilancia encubierta, en aras de inhibir los riesgos de abuso.

Las normas propuestas contemplan que, tratándose de investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas, los procuradores, por simple oficio o medios electrónicos, pueden solicitar a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea telefónica. Y por otro lado, obligan a las empresas de telecomunicaciones a responder favorablemente a la solicitud de información de la autoridad. En enero de 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) declaró la constitucionalidad y validez de las normas que permiten a las procuradurías ordenar la geolocalización de teléfonos celulares en tiempo real, sin previa autorización de un juez, pero estableció algunas reglas de proporcionalidad.⁶

Por otro lado, la Ley Antimarchas es una iniciativa que surge con el aparente propósito de velar por los derechos de terceros y frenar pérdidas económicas;

3 Programa de vigilancia que contamina computadoras y teléfonos celulares para ejercer vigilancia, desarrollado por una firma internacional llamada Hacking Team que cuenta con oficinas en Reino Unido, Alemania y Argentina.

4 Jacobo Nájera, Paola Ricaurte Quijano y Jesús Robles Maloof. *Las sociedades de control: biopoder, tecnología y vigilancia de Estado*. 2014. Disponible en: http://amic2014.uaslp.mx/g1/g1_07.pdf. Fecha de consulta: junio de 2014.

5 Luis Fernando García, en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3552#sthash.j5rS29lB.dpuf>.

6 Disposiciones del Decreto en materia de Geolocalización. Disponible en: <http://static.arstechnica.net/2012/04/24/AnalisisJuridicoLeyGeolocalizacion.pdf>. Fecha de consulta: junio de 2014.

prohíbe el bloqueo de vías primarias, establece horarios para las marchas y faculta a la Secretaría de Seguridad del Distrito Federal para disolver las manifestaciones si alteran el orden público. Hay que efectuar previa solicitud de permiso para manifestarse, con 48 horas de antelación. El reconocimiento inalienable del derecho de toda persona de salir a las calles a manifestar de forma pública y pacífica su malestar sobre determinaciones de gobierno o posturas de partidos políticos no debería ser puesto en riesgo. La Ley de Manifestaciones del Distrito Federal violenta la Constitución Mexicana en su artículo 122, también la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como ejemplo de casos de censura, privación de libertad y acoso a activistas utilizando la tecnología, podemos citar el caso específico de Héctor Bautista, un joven *bloguero* y *twitterero* promotor del software libre que trabajaba en el Consejo Estatal para la Cultura y las Artes de Chiapas (CONECULTA). Por sus habilidades en el manejo de los ambientes digitales capacitó a varios periodistas del estado para el uso de las nuevas tecnologías, compartiendo su conocimiento sobre plataformas digitales, expresando ideas críticas al gobierno y asociándose con otros por intereses comunes. Por todo lo anterior, fue detenido en 2010, después de fraguarle cargos de pornografía infantil. Este puede ser el primer caso de criminalización de un bloguero en México simplemente por ser disidente del gobierno en turno.

Con la llamada “guerra contra las drogas”, el presupuesto para seguridad crece exponencialmente, no solamente en el gobierno federal, sino a las 31 autoridades estatales de la República Mexicana; y, además del caso documentado en que la compra de equipos de espionaje sumamente costosos ha sido sustraída por las mismas autoridades del gobierno en el estado de Aguascalientes. Dos de las empresas de espionaje más poderosas del mundo vendieron sus servicios al gobierno mexicano para combatir al narcotráfico y la delincuencia organizada, durante los sexenios de Vicente Fox y Felipe Calderón.⁷

2. Ley Telecom

Con el objetivo de dar a conocer la situación particular de México y compartir experiencias desde otros contextos, la autora realizó dos entrevistas. Extractos de estas se mostrarán en el desarrollo de este capítulo.

La Ley Telecom se aprobó el 8 de julio de 2014, con 374 votos a favor, en el Senado de México. La ley secundaria en telecomunicaciones se promulgó en marzo de 2014. El contenido de los artículos 189 y 190 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, denominados “De la colaboración con la

⁷ Declaraciones de Pedro Miguel, periodista del Diario *La Jornada*. Disponible en: <http://aristeguinoticias.com/0801/mexico/equipos-de-espionaje-comprados-por-mexico-terminan-sirviendo-para-espiar-politicos-pedro-miguel/>. Fecha de consulta: junio de 2014.

justicia”,⁸ inhiben las libertades fundamentales de la ciudadanía con la legalización de la intervención a las comunicaciones, de la que resulta que cualquier persona disidente podrá ser monitoreada y eventualmente llamada. En julio de 2014, 219 organizaciones de la sociedad civil firmaron una solicitud para que el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos presentara ante la Cámara de Diputados una acción de inconstitucionalidad en contra de estas disposiciones violatorias del derecho a la privacidad y a la protección de datos personales.⁹

“Ley Telecom viola libertad de expresión en todas sus dimensiones; medios sociales y medios públicos. Gracias al papel de la sociedad civil es fundamental, se logró modificar el contenido de los artículos 145 y 146 respectivamente”, comenta Vladimir Chorny.

Sobre el debate legislativo, Jacobo Nájera explica:

La iniciativa de Libre Internet Para Todos, que tiene el apoyo de 127.000 personas, no fue dictaminada ni considerada en el proceso legislativo, a pesar de que también se interpuso un amparo por su omisión en el proceso legislativo, ya que la iniciativa ciudadana tuvo reconocimiento como iniciativa ciudadana constitucionalmente, pero no fue incorporada en el proceso. Esta propuesta estaba enfocada a lo referente a Internet.

El título octavo de esta ley, titulado “De la colaboración con la justicia”, constituido por los artículos 189 y 190, vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de datos de carácter personal. Los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados y proveedores de servicios, de aplicaciones y contenidos, están obligados a colaborar con las instancias de seguridad (art. 189), procuración y administración de justicia, en la localización geográfica, en tiempo real, de las personas a través de sus equipos de comunicación móvil (art. 190, fracción 1) y también a permitir el acceso a dichas instancias gubernamentales a una base de datos que contiene los detalles de todas las comunicaciones realizadas (metadatos) por los usuarios en el transcurso de los últimos dos años (art. 190, fracción 2).

Sobre el artículo 189, Vladimir Chorny comenta:

El artículo 189 establece de manera abierta el tema de las autoridades que están facultadas, y abre las posibilidades a las fuerzas militares y de inteligencia. El mismo plantea una geolocalización sin controles. Además, amplía a los sujetos obligados a empresas como Google, Facebook, etc.

Las garantías no se están cumpliendo, pues en el artículo 16 de la Constitución de México establece que: las comunicaciones de carácter privado están protegidas (no solo el contenido, sino también los metadatos), comunicaciones inviolables, salvo casos excepcionales como secuestro, delincuencia organizada, se requiere de una orden judicial donde un juez faculte la autoridad de solicitar esta información. En el artículo 189 de la Ley Telecom, no

8 Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiocomunicación. Disponible en: http://dof.mx/nota_detalle.php?codigo=5352323&fecha=14%2F07%2F2014. Fecha de consulta: junio de 2014.

9 Solicitud de acción urgente. Disponible en: <http://r3dmx.tumblr.com/post/91759453275/el-ifai-debe-presentar-accion-de-inconstitucionalidad>. Fecha de consulta: junio de 2014.

se reconoce el derecho de notificación al usuario, ni informe de rendición de transparencia de los usuarios intervenidos dentro de la ley.

Tanto la geolocalización como la retención de datos personales por parte de los concesionarios de telecomunicaciones y el acceso directo de las autoridades gubernamentales a esta información, en las condiciones definidas en esta nueva ley, vulneran derechos fundamentales de la ciudadanía. Los artículos 189 y 190 facultan a las autoridades a llevar a cabo acciones violatorias al derecho a la protección de la vida privada y los datos personales garantizados por los artículos 6 y 16 de la Constitución.¹⁰ Es necesario que el Estado garantice que la ley no será utilizada de manera arbitraria, discriminatoria y sin ningún control. En ningún caso se establecen salvaguardas como el control judicial, ni otras medidas como la transparencia estadística o el derecho de notificación al usuario, aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que este tipo de datos se encuentra protegido por la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En el artículo 190, la ley establece que se conservará un registro y control de comunicaciones que se realicen desde cualquier tipo de línea que utilice numeración propia o arrendada bajo cualquier modalidad, que permitan identificar con precisión los siguientes datos: nombre, denominación o razón social y domicilio del suscriptor, tipo de comunicación (voz, datos), servicios suplementarios (reenvío o transferencia de llamada), servicios de mensajería o multimedia; datos necesarios para rastrear e identificar el origen y destino de las comunicaciones de telefonía móvil (número de destino, modalidad de líneas con contrato o plan tarifario, como en la modalidad de líneas de prepago); datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de la comunicación, así como el servicio de mensajería o multimedia; además de los datos anteriores, se deberá conservar la fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización desde la que se haya activado el servicio; en su caso, identificación y características técnicas de los dispositivos, incluyendo, entre otros, los códigos internacionales de identidad de fabricación del equipo y del suscriptor.

Sobre el artículo 190, Vladimir Chorny comenta:

La Ley Telecom es un mecanismo de control político, no hay control judicial ni mecanismos de transparencia. Tampoco se cumple con el principio de proporcionalidad del sistema americano. En el artículo 190, fracción 6, se hace referencia a las llamadas en zona de silencio, como en Turquía o Egipto, en casos de insurgencia, intervención militar para que no se puedan documentar violaciones a derechos humanos.

En otras palabras, el artículo 190 es una vía libre que ofrece la ley a las autoridades de seguridad pública del país, sin necesidad alguna de mediación de orden judicial, para rastrear y bloquear cualquier teléfono móvil con el argumento de la seguridad pública. Por otro lado, la obligación de las empresas proveedoras de

10 Artículos 6 y 16 de la Constitución de la República de los Estados Unidos de México. Disponibles en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>. Fecha de consulta: junio de 2014.

guardar toda la información de los usuarios durante dos años (nombres, fechas, horas y tiempo de llamadas, números de destino, posicionamiento geográfico de la línea telefónica, tipo de comunicación, etc.) con el propósito de que las autoridades de seguridad pública accedan a estos datos en tiempo real, tampoco requiere una orden judicial previa. En conclusión, con el pretexto de la lucha contrala delincuencia, la ley concede libre acceso a los cuerpos policíacos y de investigación del Estado para que, sin ninguna orden judicial de por medio, accedan a los datos de los usuarios y controlen el uso de sus comunicaciones.

El escenario, sin duda, es complejo. Si bien el artículo 190 advierte que “las comunicaciones privadas son inviolables” y que “exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada”, ello no impide que las comunicaciones de cualquier ciudadano sean rastreadas, limitadas y seguidas a detalle por los cuerpos policíacos, sin orden judicial previa. La contradicción entre estas disposiciones es clara.

En un país con previas experiencias sobre el uso y abuso de la información personal de los ciudadanos por parte de los cuerpos policíacos en contubernio con las organizaciones criminales, la redacción de este artículo de ley, tal y como se aprueba, pone en riesgo la seguridad de los usuarios. Pero, además, se abren espacios legales para que “en nombre de la seguridad pública”, los gobiernos y los órganos de inteligencia y seguridad pública utilicen estos mecanismos arbitrariamente para fines de control político, atentando contra el derecho de privacidad y las libertades ciudadanas.

Por su lado, el gobierno de México ha lanzado una campaña de socialización, a medias, de los *beneficios* que la ley traerá a la ciudadanía: El gobierno sostiene que la ley de telecomunicaciones beneficiará a los ciudadanos, pues podrán cambiar de compañía celular gratis en menos de 24 horas y sin condiciones. Los usuarios no pagarían servicios de larga distancia nacional; con esto los mexicanos se ahorrarían, según el gobierno, 19 millones de pesos al año. El saldo de la tarjeta prepaga no se perdería a los dos meses y duraría por lo menos dos años. Se podría consultar el saldo del teléfono sin costo. Al respecto, Jacobo Nájera amplía: “Hay propaganda oficial que habla sobre beneficios superficiales que trae consigo esta ley, mismos que ya eran posibles desde antes de su publicación y sin estas leyes secundarias”.

3. La ciudadanía toma las calles en contra de la Ley Telecom

El 10 de junio de 2014, activistas, trabajadores, estudiantes y ciudadanos plantearon a Televisa¹¹ cuatro exigencias: 1) Suspensión del dictamen de las leyes

¹¹ Compañía privada mexicana de medios de comunicación, la más grande en el mundo de habla hispana con base en capitalización de mercado y es uno de los principales participantes en el negocio de entretenimiento a nivel mundial.

secundarias en materia de telecomunicaciones y energética; 2) Un debate y consulta que incluya a la ciudadanía referente a estas reformas que se discuten en el Congreso; 3) Libertad a los presos políticos; 4) Transparencia en los procesos federales entre México y Estados Unidos. Estas exigencias se plantean días después del recientemente aniversario de las revelaciones de Edward Snowden.

Diversas organizaciones de la sociedad civil se han pronunciado para que la Ley de Telecomunicaciones y Radiodifusión garantice el derecho de acceso a Internet libre establecido en la Constitución de la República de los Estados Unidos de México. Además, vale mencionar el seguimiento a la *iniciativa ciudadana Internet Libre para Todos*,¹² que 223.000 ciudadanas y ciudadanos entregaron al inicio de 2013 como propuesta de ley para garantizar el derecho de acceso a Internet. Esta iniciativa fue recibida por los legisladores de los tres partidos principales de México y se comprometieron a apoyar la propuesta que busca reformar el artículo 6 de la Constitución.

La iniciativa de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión presentada por el presidente de la República, Enrique Peña Nieto, el 24 de marzo de 2014 no considera a la ciudadanía como personas con derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, a la libertad de expresión y a la privacidad. Esta iniciativa se limita a reproducir y a profundizar el modelo de mayores facultades de control del gobierno y privilegios para las empresas. La iniciativa propuesta por el Poder Ejecutivo de la República de México presenta una visión acerca de las tecnologías de la información y la comunicación que favorece el desarrollo social y el ejercicio de los derechos ciudadanos, puesto que plantea que las tecnologías de la información y los servicios de telecomunicaciones y radiodifusión se han convertido en un instrumento fundamental para la participación democrática, la inclusión social y el crecimiento económico. Así pues, se trata de herramientas esenciales que permiten interactuar de manera ágil y oportuna con el mundo, facilitando el ejercicio de los derechos y libertades.

Pero esta iniciativa contiene artículos que atentan contra cuatro principios fundamentales para conservar una Internet neutral y libre:¹³

- La ampliación y garantía del derecho de acceso a Internet establecido en el artículo 6 de la Constitución.
- La privacidad, en el sentido de que se otorgan facultades para vigilar a los usuarios sin órdenes judiciales, además de almacenar datos personales.
- La libertad de expresión en Internet porque podrían, a discreción, bloquear el acceso a contenidos, aplicaciones y servicios.
- La neutralidad de la red, es decir, la universalidad de la red que implica la no discriminación por tipo de paquetes, contenidos o protocolos técnicos de intercambio de información.

12 Iniciativa ciudadana de libre Internet para todos. Disponible en: <http://internetparatodos.mx/cms/2013/02/presentan-al-senado-iniciativa-ciudadana-de-libre-internet-para-todos/>. Fecha de consulta: junio de 2014.

13 Mecanismos Internacionales para la promoción de la Libertad de Expresión. Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849> Fecha de consulta: junio de 2014.

Una reforma a las telecomunicaciones, de conformidad con los tratados internacionales y los derechos humanos reconocidos en la Constitución mexicana, debería establecer los derechos de las personas a la información y a la comunicación en el sector de las telecomunicaciones:

El derecho de acceso y esquemas de gratuidad para personas en condiciones vulnerables.

- Los límites a la vigilancia de la actividad en la red y el derecho a la privacidad.
- La libertad de expresión y la protección frente a la censura.
- La no discriminación y la neutralidad de la red.
- Las garantías concretas a los derechos de los usuarios.
- La protección y promoción de procesos no comerciales en Internet.

En cuanto al derecho al acceso, esta, que es la primera iniciativa ciudadana federal en la historia de México, no fue tomada en cuenta dentro del debate legislativo sobre las comunicaciones del país. Más allá de garantizar el acceso, el Título Décimo de la iniciativa presidencial (arts. 212, 213 y 214, por ejemplo) no establece derechos específicos, y su contenido ambiguo deja libradas las obligaciones de cobertura universal a la autoridad de los gobiernos. La disposición del artículo 186 sobre los sitios públicos de acceso a Internet es particularmente grave, ya que deja abierta la posibilidad de no prestar el servicio en términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo décimo cuarto transitorio de la reciente reforma constitucional.

En el artículo 189 de la iniciativa establece que:

los concesionarios de telecomunicaciones y, en su caso los autorizados están obligados a proporcionar la localización geográfica en tiempo real, de cualquier tipo de dispositivo de comunicación a solicitud de los titulares de las instancias de seguridad o de los servidores públicos en quienes se delegue esta facultad.

Esto deja abierta la posibilidad de que un funcionario público, sin previa orden judicial, pueda vigilar a un ciudadano sin que exista un motivo legítimo para hacerlo. Adicionalmente, en la iniciativa no se establecen los límites, el proceso, la obligación de elaborar los protocolos de actuación para la obtención de la información de los usuarios, ni las restricciones al uso de programas digitales invasivos. Tampoco se da cuenta de un órgano público autónomo que supervise el respeto a la privacidad.

La iniciativa contiene disposiciones contrarias a la libertad de expresión. Estas disposiciones otorgarían a las autoridades estatales y federales la facultad de controlar Internet. El artículo 197, por ejemplo, establece el bloqueo de las telecomunicaciones en una o varias regiones, lo que otorga a las autoridades la facultad de bloquear, inhibir o anular de manera temporal las señales de telecomunicaciones en eventos y lugares críticos para la seguridad pública y nacional a solicitud de las autoridades competentes. En caso de una manifestación, las autoridades podrían utilizar este artículo como fundamento para bloquear la conexión a Internet del área en que se encuentren los manifestantes, bajo el argumento de salvaguardar la seguridad pública.

El artículo 146 de la Ley Telecom dice que los concesionarios y los autorizados que presten servicios de acceso a Internet podrán hacer ofertas diferenciadas según las necesidades de los segmentos de mercado y clientes, diferenciando entre niveles de capacidad, velocidad o calidad.

Sobre el papel de la sociedad civil, el activista mexicano por Internet Libre, Jacobo Nájera describe:

Ante esta propuesta y la incorporación a la Constitución mexicana, la ciudadanía mexicana ha llevado a cabo diversos actos tanto en redes sociales como en las calles. Entre estas acciones se destacaron una cadena humana simbólica, en abril, que ocupó gran parte del primer cuadro de la capital en el Distrito Federal, desde la residencia presidencial hasta las instalaciones de Televisa Chapultepec, la televisora más grande de México. La marcha, denominada en redes #NoMásPoderAlPoder, partió desde Televisa Chapultepec al Senado. (Y también) recientemente se llevó a cabo la #CascaritaXlaPatria, acto simbólico que tuvo como objetivo protestar por la decisión del Senado de votar en sesiones extraordinarias, y en fechas coincidentes con el Mundial de Brasil 2014, la Ley de Telecomunicaciones.

Por otro lado, grupos de activistas de derechos humanos han presentado propuestas técnicas, además de una carta de apoyo internacional¹⁴ con la aportación de expertos entre los que se encuentran Vía Libre, EFF, Richard Stallman, Cory Doctorow, Nighat Dad y Richard Sennett.

A finales de 2013, el gobierno mexicano, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, apoyó la Resolución de la ONU sobre el *Derecho a la Privacidad en la Era Digital*, y México adhirió a la Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión de la OEA, en la que se reconoce el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión como fundamentos de una sociedad democrática, los mismos principios que se ven vulnerados en la propuesta de leyes secundarias de la Reforma en Telecomunicaciones.

Mientras países como Brasil tienen avances sustanciales en el respeto a la libre expresión, México quiere retroceder siglos en la censura de la expresión libre en redes sociales. A continuación, nos dedicaremos al caso de Brasil.

4. Brasil: la Cumbre Internacional sobre la gobernanza en la red

Brasil ha dado un paso histórico con la elaboración y aprobación de la ley de marco civil que se aprobó en abril de 2014. El objetivo del marco civil es garantizar la privacidad en la web y establecer pautas claras para la neutralidad en Internet. Esta iniciativa fue impulsada por la presidenta Dilma Rousseff, luego de que en 2013 se dieran a conocer detalles sobre el espionaje de la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos hacia distintos dirigentes mundiales, incluyendo a la mandataria brasileña.

¹⁴ Carta de apoyo por la defensa de la libertad de expresión y la libertad de Internet en México. Disponible en: <http://es.globalvoicesonline.org/2014/06/19/la-lucha-por-la-libertad-en-el-internet-en-mexico/>. Fecha de consulta: junio de 2014.

El marco civil es un término que introduce la Constitución brasileña de Internet, que tiene como objetivo incorporar el respeto a los derechos civiles en el uso de Internet en Brasil, y es producto de un largo debate promovido por la sociedad civil y resistida por las corporaciones mediáticas, para analizar el impacto de Internet en materia de derechos civiles y los alcances geopolíticos de su manipulación. Este no es un proyecto del gobierno brasileño contra de las grandes corporaciones que controlan Internet solamente, sino un proyecto de sociedad civil en defensa del gobierno mismo y de las corporaciones. Se aprobó en el Senado el día que empezó la Cumbre Mundial en Brasil (NetMundial).

Bajo la actual coyuntura política internacional, Brasil abre paso al debate sobre una conducción multisectorial de Internet, la protección de la seguridad y el derecho a la privacidad. El objetivo es sentar las bases para una gobernanza más abierta y libre de Internet, y para que la conducción de Internet se despegue de manos norteamericanas por medio del control de entidades como la ICANN que asigna nombres de dominio determinando modelos de uso, ampliando la libertad de expresión y la pluralidad de opiniones y visiones y garantizando los derechos a la privacidad y la seguridad.

La ICANN está bajo control de la administración estadounidense desde 1998 a través de un contrato con el Departamento de Comercio que expira en septiembre de 2015 y que, aparentemente, no se considera renovar. Sin embargo, en junio de 2014, Estados Unidos, quien, como acabamos de decir, ejerce como árbitro mundial de Internet al controlar el organismo que atribuye los dominios en la red, anunció que ha accedido a abandonar esta función a finales del año 2015. Esto genera muchas interrogantes sobre el futuro de la red global. La voluntad de Estados Unidos, al renunciar a su papel de supervisor de la ICANN, es abrir paso a un sistema de gestión global que pondría fin a la monopolización del control sobre un organismo que regula la red a nivel global. Claro está que esta decisión responde a la presión internacional sobre Estados Unidos, que llega sobre todo por parte de la Unión Europea, motivada por las revelaciones de Edward Snowden sobre las prácticas de espionaje de la NSA. Se espera entonces que una ICANN independiente refleje más valores globales. Aun así, a la comunidad internacional le genera muchas dudas que Estados Unidos renuncie a la administración de ICANN, a sabiendas de que cualquier otro gobierno podría apoderarse de esta supervisión.

Brasil declara que el desafío para hacer Internet libre está puesto en “hacer lo mejor posible para dar lugar a todas las opiniones diferentes a favor de un único camino, que tiene que tener un sentido firme de orientación guiado hacia un Internet libre, no fragmentado”.¹⁵ En el mismo evento, el secretario general adjunto de las Naciones Unidas, Wu Hongbo, destacó que Internet es la médula de toda la economía, así como un vehículo esencial para diseminar información e ideas. Por otro lado, se planteó la necesidad de que Internet llegue a más personas, ya que en la actualidad solo un tercio de la población tiene acceso a la web, y se

15 Declaraciones del ministro de Comunicaciones brasileño, Paulo Bernardo Silva. Discurso Net Mundial, 2014.

señaló, asimismo, que es esencial que las pautas de gobernanza continúen alentando la libertad y flujo de ideas e información, al mismo tiempo que deben moverse hacia el cierre de la brecha de acceso a Internet, apuntando al acceso universal.

El gobierno de Brasil considera Internet como un motor y una fuerza social cuyos objetivos más importantes son proteger la seguridad y los derechos de los usuarios. La gobernanza multisectorial de Internet debe tener como fin preservar la apertura. Pues Internet libre solo es posible en un escenario de defensa de los derechos humanos.

En el marco de la lucha por Internet libre, el control sobre Internet debe ejercerse desde la igualdad, sin que ningún país tenga más poder de decisión sobre otro, pues este es un principio fundamental de las relaciones internacionales. Desde el unilateralismo, es imposible lograr la democracia en Internet que, dicho sea de paso, está sometida a arreglos intergubernamentales que excluyen al resto de los sectores. El gobierno de Brasil pretende democratizar las relaciones entre los gobiernos promoviendo la igualdad, y por ello reclama una Internet democrática, abierta e igualitaria y mecanismos que generen mayor participación de los países en desarrollo, como proveer las condiciones para incrementar los índices de conectividad y la garantía de la diversidad.

Podemos considerar la neutralidad como el alma de Internet. Las empresas proveedoras de servicio, que ejercen el control sobre la infraestructura de Internet, deben ser neutras en relación con los contenidos en circulación. El artículo 9 del marco civil exige que la circulación de los contenidos sea igual entre sí, al enviar y recibir. El más grande ataque a la libertad de expresión en Internet parece ser la doble moral corporativa, como cuando Facebook bloquea fotografías, e incluso cancela cuentas de usuario, de campañas feministas por los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, pues según sus políticas no se permiten los desnudos; pero Facebook no evita la violencia misógina, por ejemplo, lo que evidencia así la censura política. Dentro del marco civil, el único contenido que se permite censurar sin orden judicial es el relacionado con el abuso sexual.

5. La Constitución de Internet

Todo comenzó cuando la presidenta del Brasil, Dilma Roussef, propuso a la ONU un marco civil global para la gobernanza y el uso de Internet y medidas para proteger los datos que se transmiten a través de ella. Al mismo tiempo, solicitó a los Estados miembros que dejen de recopilar datos personales y hagan valer el derecho a la privacidad. La presidenta exige que los derechos que las personas tienen fuera de Internet sean también respetados, y protegidos, dentro de Internet: el derecho a la privacidad, a la libertad de expresión y el derecho a tratar los debates en forma democrática y abierta deben ser defendidos.

Por otro lado, en 2009, la Comisión Europea realizó una reforma de la normativa sobre telecomunicaciones en la Unión Europea acentuando el énfasis en la necesidad de vigilar las evoluciones comerciales y tecnológicas de las libertades de Internet. La normativa se dio a conocer en julio de 2013, siendo

esta la primera regulación continental de la gestión del tráfico y la neutralidad de Internet. Asimismo, en julio de 2010, la Cámara de Diputados de Chile aprobó por mayoría el proyecto de ley de neutralidad en Internet; esto convierte a Chile en el primer país en el mundo en proteger, por ley, el Principio de la Neutralidad de la Red, que busca garantizar la ausencia de restricciones de parte de las empresas proveedoras de servicio sobre los contenidos, sitios, plataformas, equipamiento y formas de comunicación. Tal y como se establece en el artículo 24, sección H, donde se agrega a la Ley General de Telecomunicaciones, en el cual se especifica que los proveedores no pueden arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet. No obstante, se acepta que puedan bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios a pedido y costo del usuario. Pero, sin duda, solamente el marco civil de Brasil aborda los temas de privacidad y libertad de expresión.

Las premisas básicas de la norma son defender la gobernanza multisectorial, multilateral, democrática y transparente de Internet. Por otro lado, los temas relacionados con la soberanía, como los *delitos cibernéticos*, también son responsabilidad de cada uno de los Estados. Se trata de asegurar que los Estados cuenten con los elementos que les permitan garantizar los derechos fundamentales. El artículo 7 del marco civil garantiza la privacidad como nunca antes lo había estado garantizada para Internet, pues establece que el flujo privado es inviolable y que la comunicación almacenada necesita orden judicial para ser monitoreada. Es decir, no se puede escuchar lo que se está hablando sin la orden de un juez. Esto no resuelve el problema en su totalidad, pero marca un mecanismo de defensa de la privacidad como precedente.

También, se establecen principios, garantías y derechos para los usuarios. Un punto en el que Brasil ha puesto especial atención ha sido el de la privacidad de los datos, para proteger la intimidad de los ciudadanos, pues su gobierno considera que las comunicaciones son inviolables. La ley establece reglas claras para retirar contenido, siempre garantizando la presencia de decisiones judiciales. El desarrollo de Internet no puede prescindir de un debate en el que participen los Estados.

Para la aprobación de esta ley, el gobierno de Brasil tuvo que renunciar a algunas cláusulas polémicas como una que habría obligado a las empresas de Internet a instalar centros de datos en el país, lo que hubiera disparado los costos de la industria. La nueva ley dice que compañías como Google y Facebook estarán sujetas a decisiones de las cortes brasileñas en casos que involucren información de usuarios brasileños, aunque la información esté almacenada fuera del país. El gobierno se negó, sin embargo, a eliminar una cláusula de neutralidad que encontró fuerte resistencia entre las empresas de telecomunicaciones, pues les impide cobrar más por acceder a contenidos que consumen más ancho de banda, como la transmisión de video o servicios de voz como Skype.

Las resoluciones de la cumbre NetMundial no son vinculantes. No obstante, la idea es buscar consensos entre los países que controlan el contenido de Internet (China, Cuba), los actores privados que abogan por la total libertad (Google) y naciones como Brasil, Alemania y México, que fueron víctimas del espionaje de

la NSA (la Agencia de Seguridad Nacional norteamericana), según reveló el año pasado el analista (ahora fugitivo) Edward Snowden.

A la luz del aumento y los cambios que están teniendo las tecnologías y técnicas de vigilancia de las comunicaciones, Brasil ha dado un gran paso en la construcción de una Internet libre, de trato igualitario y sin censura.

6. La demanda: una Internet más abierta y democrática

El 7 de noviembre de 2013, Brasil y Alemania propusieron conjuntamente, en la Asamblea General de la ONU, una versión preliminar de una resolución¹⁶ sobre la privacidad en línea, en momentos en que la indignación pública sobre el alcance y el ámbito de la vigilancia masiva del Reino Unido y EE. UU. estaba en su punto más alto. Este proyecto de resolución es el primer reconocimiento oficial por parte de la ONU de la amenaza que supone la vigilancia masiva para los derechos humanos. El proyecto de resolución es importante en muchos aspectos, pero sobre todo porque condena violaciones de los derechos humanos y los abusos que pueden derivarse de la realización de los estudios de vigilancia de las comunicaciones, incluida la vigilancia extraterritorial de las comunicaciones, en particular, la vigilancia masiva.

El proyecto de resolución contiene las siguientes propuestas:

- Finalizar violaciones de privacidad y evitar nuevas incursiones de privacidad y asegurarse de que las leyes, las prácticas y los procedimientos se ajusten a las obligaciones internacionales de derechos humanos existentes.
- Establecer mecanismos de supervisión nacionales independientes, capaces de mantener la transparencia y la rendición de cuentas para la vigilancia del estado de las comunicaciones.
- Solicitar a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que presente un informe a la Asamblea General sobre la protección del derecho a la intimidad.

Si se aprueba, esta será la primera resolución de la Asamblea General sobre el derecho a la vida privada desde 1988 e implicará una excelente oportunidad para que los Estados actualicen su comprensión del derecho internacional de los derechos humanos en el contexto de los desarrollos tecnológicos masivos que han tenido lugar durante los últimos 25 años.

7. Reflexiones finales

Para finalizar, quisiera expresar que si bien provengo de una facultad ajena a las ciencias sociales, mi compromiso como activista por los derechos humanos responde a un compromiso social. Sucedió durante los días más duros del golpe

¹⁶ Resolución *El Derecho a la Privacidad en la Era Digital*. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N13/544/10/PDF/N1354410.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: junio de 2014.

de Estado en Honduras, y antes de recibirme como Ingeniera en Ciencias de la Computación, cuando descubrí que podía orientar mi carrera técnica hacia el activismo social, cuando me adentré en el mundo de la seguridad digital. Lo más emocionante ha sido poder orientar mis conocimientos en pos de la defensa y promoción de los derechos humanos.

El cursado de esta maestría de corte profesional me ha permitido realizar un trabajo de sistematización y articulación entre los desarrollos de tecnologías que han impactado sobre la actividad de las defensoras y los defensores de derechos humanos y el marco normativo internacional, regional y local que, aunque está plenamente vigente, presenta altos niveles de ineficacia. Este trabajo procura fortalecer desde lo académico todo el conocimiento adquirido desde el activismo como una herramienta que contribuirá a que las defensoras y defensores de derechos humanos de la región dispongan de una actualización acerca de las normas que pueden ser aplicadas, así como de las tecnologías que pueden utilizar para sortear la invasión a la esfera de sus derechos y los de sus defendidas y defendidos que una sociedad de vigilancia como la actual supone.

En definitiva, creo que la libertad y la soberanía de Internet pueden contribuir a consolidar la democratización, multiplicando las voces y las escuchas de las violaciones de derechos humanos.

CONCLUSIONES

A un año de las revelaciones de Snowden, tenemos la certeza de que todas aquellas entidades que ejercen un poder sobre la humanidad desean el control de Internet. El discurso de la seguridad, del antiterrorismo, de la libertad, contrasta fuertemente con la represión y violencia hacia las personas que exigen sus derechos. A partir de este hecho, es imposible pensar en libertades que no contemplen la dimensión tecnológica. Por ello, si bien es cierto que los temas relativos a la relación entre la tecnología y el poder han sido siempre de interés popular, este interés se intensifica a partir del descubrimiento de los alcances de la vigilancia masiva, la violación sistemática al derecho a la privacidad de los datos personales y las limitaciones de la libertad de expresión en el espacio digital. La vigilancia, el espionaje, la democracia y los derechos humanos ponen de manifiesto una inquietud creciente sobre estos temas en el campo científico.

En este mismo contexto, somos conscientes que los programas utilizados por la NSA carecen de legalidad, ya que por un lado las leyes de vigilancia están gobernadas por un tribunal secreto dentro de la FISA que no son proporcionales, y por otro, estos programas obtienen datos de las comunicaciones en forma masiva violando el derecho a la privacidad de millones de personas. No cuentan con el apoyo de autoridad judicial competente, debido a que la única aprobación judicial debe provenir de la FISA, que opera fuera de los procedimientos contenciosos normales. No respetan el debido proceso puesto que la FISA no permite audiencias públicas. Carecen de notificación a los usuarios, quienes desconocen que sus comunicaciones han sido monitoreadas, y por lo tanto no pueden apelar la decisión ni obtener representación legal para defenderse. No cuentan con la transparencia requerida y su control público, debido a que operan en secreto. Producen un daño a la integridad de los sistemas de comunicaciones al debilitar los mecanismos de seguridad, tales como el cifrado, requiriendo la inserción de salidas alternativas en las tecnologías de comunicaciones para evitar la vigilancia, incluyendo la instalación de separadores de fibra óptica en los centros de transmisión.

Todo lo anterior, coloca en la agenda política y mediática, a nivel local y mundial, la discusión acerca del poder del Estado y los derechos de los ciudadanos. Nos encontramos, pues, frente a un dudoso dilema ético y jurídico, que demuestra que el derecho a la privacidad, asentado en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y ratificado por las Constituciones de los

Estados democráticos, enfrenta importantes desafíos en la era digital debido a la disponibilidad de herramientas tecnológicas que permiten recoger información masiva e imperceptible. El irrestricto respeto a la privacidad ajena en las comunicaciones persigue un claro objetivo de dominio hegemónico mundial.

1. La alianza entre Estado y empresas privadas es nociva para la soberanía de Internet

Sabemos, también, que la propagación de tecnologías de la información y de la comunicación a través de Internet socava el poder soberano, pues la NSA interviene los cables de redes privadas que conectan los centros de datos de Google y Yahoo en todo el mundo. Aunque el gobierno de Estados Unidos insiste en que solo se le permite recoger datos cuando obtiene autorización por la FISA, en la práctica, la NSA recolecta indiscriminadamente los registros telefónicos de decenas de millones de personas dentro y fuera de Estados Unidos, mediante la utilización de programas que recogen datos privados de los usuarios de servicios de las grandes empresas multinacionales como Google, Facebook, Microsoft, Twitter, Google, AOL, Yahoo!, YouTube, Apple, Skype y Whatsapp, entre otras. Bajo esta misma dinámica, también recoge datos de ciudadanos sin ser sospechosos de conexión alguna con el terrorismo o cualquier delito. La naturaleza digital de la información en Internet implica que todo lo que hacemos en línea deja una huella.

Los países deben exigir a estas grandes empresas multinacionales mantener los registros de sus usuarios dentro del país para que puedan estar disponibles en caso de que la justicia local los solicite. La soberanía digital en Latinoamérica y el Caribe está vulnerada, pero desde el Mercosur se están dando grandes pasos al adoptar medidas en rechazo al espionaje estadounidense, promoviendo instancias multilaterales para la adopción de normas relativas a la regulación de Internet, tomando acciones que aseguren las telecomunicaciones y reduzcan la dependencia a la tecnología extranjera.

2. La gobernanza de Internet carece de principios, normas, reglas y procedimientos

En Internet sucede todo lo contrario a la gobernanza, ya que su arquitectura es descentralizada y abierta. El principio de soberanía le da poder a los gobiernos sobre los intermediarios, y estos, a su vez, tienen poder sobre lo que pasa en Internet. Los gobiernos tienen jurisdicción sobre lo que circula por Internet, y es por ello que la información obtenida no es la misma para todos los países. En esto intervienen no solamente los gobiernos, sino también coadyuvan las empresas privadas.

La neutralidad es uno de los grandes principios sobre los que debe desarrollarse Internet, ya que la neutralidad no discrimina ni distingue el contenido de los paquetes, pues supone aplicar a todos los datos que circulan por la red el mismo tratamiento sin que haya prioridad ni jerarquía de unos sobre otros. Es decir:

la neutralidad en la Internet contribuye a que no se viole el derecho a la privacidad y la intimidad. La neutralidad en Internet es fundamental para garantizar la pluralidad y diversidad del flujo informativo.

En conclusión, los Estados no deben restringir lo que circula por Internet. Se debe impulsar el pluralismo informativo y la participación en el debate público.

3. La vigilancia masiva no cumple con estándares internacionales de derechos humanos

El libre acceso a Internet es un pilar fundamental para la construcción y la sostenibilidad de la democracia. El derecho al libre acceso a Internet se fundamenta en tiempos en los que la red y los diversos medios digitales adquieren tal relevancia que no pueden imaginarse fuera de la tutela jurídica, y menos aún de la que provee el sistema internacional. Asimismo, las nuevas herramientas de comunicación posibilitan la libertad de expresión, y es por ello que debemos posicionarnos en contra del poder que tienen los Estados para limitar, manipular y censurar contenidos. A Internet se la debe defender por ser un canal que posibilita el derecho a la libertad de opinión y expresión. El ejercicio de los derechos humanos por medio de Internet se concibe al ritmo del desarrollo tecnológico que permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

4. La aprobación de leyes restrictivas a las garantías fundamentales, constituyen una violación a los derechos humanos

Los gobiernos con falsas democracias censuran la libertad de expresión restringiendo las comunicaciones mediante la introducción de complejas tecnologías para manipular, controlar y bloquear los contenidos, con el objetivo de identificar activistas de derechos humanos, penalizando formas legítimas de expresión. El boicot a la libertad de expresión trae consigo centenares de agresiones por razones políticas.

Los gobiernos de Honduras y México recolectan información y datos personales de los ciudadanos sin que exista un marco jurídico declarado de manera pública que defina con detalles, y no en forma ambigua, quién puede recoger qué tipo de información sobre quién, bajo qué razón legal, con qué objetivos, durante cuánto tiempo y a través de qué medios.

La Ley de Escuchas en Honduras, que no tuvo previo debate legislativo ni ha sido debidamente socializada, permite al gobierno controlar la información que difunden los usuarios por medio de correo electrónico, teléfonos celulares, telefonía fija, sitios web y redes sociales, con el fin de identificar líderes del movimiento social. Esta ley forma parte del paquete de medidas para combatir la criminalidad, el narcotráfico y el crimen organizado que afecta a Honduras, pero estas prácticas se traducen en un retroceso en las garantías constitucionales. La Ley de Escuchas

es inconstitucional, pues viola el artículo 76 de la Constitución de la República y pasa por alto el artículo 229 del Código Procesal Penal.

El artículo 197 de la Ley Telecom, por su parte, establece el bloqueo de las telecomunicaciones otorgando a las autoridades la facultad de bloquear, inhibir o anular de manera temporal las señales de telecomunicaciones en eventos y lugares críticos para la seguridad pública y nacional, a solicitud de las autoridades competentes. Esto en el marco de la aprobación de leyes que limitan la libertad de expresión y la protección de datos personales como la *ley de geolocalización*, la *ley antimarchas*, todas ellas amparadas en la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado. La Ley Telecom reproduce el modelo de control del gobierno y privilegia a las empresas. No considera a la ciudadanía como personas con derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, a la libertad de expresión y a la privacidad. Sirve exclusivamente a los intereses de los proveedores de servicios y no a establecer un pleno respeto a la diversidad. En definitiva, pone en riesgo el derecho a la libertad de expresión en el mayor entorno de comunicación que ha existido.

Ambas leyes, la Ley de Escuchas, en Honduras, y la Ley Telecom, en México, dejan abierta la posibilidad de que un funcionario público, sin previa orden judicial, pueda vigilar a un ciudadano sin que exista un motivo legítimo que lo fundamente.

5. El uso revolucionario de Internet se asume como otro espacio de posicionamiento social

Con la aparición de plataformas como Twitter, Facebook y YouTube se han redefinido espacios de posicionamiento. La subversión de las redes sociales convierte a Internet en el centro de operaciones para los movimientos sociales, pues son una herramienta valiosa desde donde se potencia el alcance de la difusión de las posiciones y actividades reivindicativas.

Internet representa, entonces, otro espacio de posicionamiento social, otra trinchera desde donde dar batalla, desde donde proponer un espacio contrahegemónico y quebrar el bloqueo informativo y distorsionante de los grandes medios de comunicación, redefiniendo el escenario de la protesta mundial, articulando sus acciones a través de la información y la fluidez de la comunicación.

Lo anterior no debe interpretarse en desmedro de otros medios de manifestación, pues no se deben abandonar los otros espacios conquistados: la calle, los medios alternativos de difusión, la reunión con fines organizativos, entre otros. Internet constituye una pieza, muy importante, de todo el engranaje de los movimientos sociales, pero no la única. Pues probablemente no se logrará derrocar una dictadura solamente con *likes* y *retuits*.

Sin embargo, no se puede negar el hecho de que la era digital está generando una redefinición radical del funcionamiento de la sociedad basado fundamentalmente en la capacidad de intercambio directo y en la libre aportación de contenidos y conocimiento. Defensores de derechos humanos alrededor del mundo

están tomando acciones y manifestándose en contra de quienes quieren controlar Internet con violencia y abuso de poder. Ante este escenario, es necesario, pues, crear lazos humanos de cooperación global y local para hacer frente a quienes buscan oprimir nuestra privacidad y libertad de expresión.

6. La privacidad no es un delito, es un derecho

El anonimato tiene usos positivos y negativos. No es positivo cuando se ejerce para lanzar amenazas de muerte, para practicar *cyberbullying*; para promover el odio, la xenofobia, la homofobia, la misoginia, el racismo; para promover la trata de personas y la pornografía infantil. Escudarse en el poder del anonimato responde, en estos casos, a un deseo de evadir la responsabilidad de los propios actos.

Pero el anonimato también tiene un uso positivo, pues posibilita la libertad de expresión en aquellos países que reprimen la disidencia. Por ello, se debe asegurar el anonimato en Internet para procurar que las personas no se inhiban al expresar sus opiniones, lo que ocurre cuando las personas socializan su nombre real. Nos hacen creer que si somos anónimos en Internet es porque estamos haciendo algo malo, porque se está conspirando masivamente. El más claro ejemplo es Facebook, que bloquea contenido y páginas enteras, por compartir campañas a favor de los derechos reproductivos de las mujeres, por decir algo, pero no censura páginas con contenido sexual abusivo. La doble moral juega a favor del veto a la libertad de opinión.

7. La campaña de los 13 Principios y *The Day We Fight Back*

Los 13 Principios son un instrumento que tiene por objetivo servir de referente para evaluar las leyes relacionadas con la vigilancia masiva y contempla marcos para aplicar el derecho internacional en el actual entorno digital. Estos principios son resultado de un proceso colectivo de discusión, de más de un año, entre expertos técnicos y defensores de derechos humanos.

En el marco de las acciones contra espionaje que surgen como iniciativa de la sociedad civil, en febrero de este año se realizó una protesta en línea con el objetivo de exigir el fin de la vigilancia masiva. La campaña, que llevó el nombre de *The Day We Fight Back* (<https://thedaywefightback.org/international/>), tuvo un alcance muy profundo en la red: más de un millón visitas en su página, 550.000 correos que se enviaron a representantes del gobierno de los Estados Unidos, se compartieron más de 420.000 veces en Facebook, se publicaron más de 84.000 *tuits* con los *hashtags* #StoptheNSA, #StopSpying y #TheDayWeFightBack, que consiguieron ser *rending topic*. La campaña promovió también los 13 Principios y la recolección de firmas de peticiones en los sitios Change.org y Causes.org. En conjunto consiguieron 301.000 firmas. Dos organizaciones de la sociedad civil mexicana (entre ellas, el ContingenteMx) y una organización de la sociedad civil hondureña (ACI-Participa) suscribieron a los 13 Principios y se sumaron a la campaña *The Day We Fight Back*.

Los 13 Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones constituyen un punto de partida para explicar cómo se aplica el derecho internacional a los derechos humanos en el entorno digital. Frente a este escenario, la sociedad civil debe mantener acciones de resistencia encaminadas a enfrentar el uso de las tecnologías informáticas como instrumentos de control.

8. El software libre es una herramienta contra el espionaje

La NSA es la mayor agencia de espionaje y la mejor financiada. Defenderse contra la NSA, o cualquier otra agencia de inteligencia, no es sencillo, pero tampoco imposible. Proteger las comunicaciones privadas es una de las pocas acciones que podemos tomar contra el espionaje masivo, y en la cual podemos confiar si es que utilizamos las herramientas adecuadas. Aun así, las frecuencias de la NSA son tan fuertes que podría romper con esa seguridad.

El primer paso para tratar de defenderse de la vigilancia digital y la censura es entender el concepto de evaluación de riesgos. La evaluación de riesgos es el proceso de decidir qué amenazas se enfrentan y cómo dar prioridad a las medidas para proteger las comunicaciones. Gracias al trabajo dedicado de criptógrafos civiles y la comunidad del software libre y de código abierto, sigue siendo posible tener privacidad en Internet. Debemos acabar con la dependencia tecnológica haciendo uso libre de la tecnología. Existen esfuerzos y bases para hacer frente a la vigilancia, por medio de proyectos como TOR, OTR, GNUPG, desarrollados para satisfacer las necesidades de seguridad digital y de privacidad de activistas y defensores de derechos humanos, que permiten crear una capa de anonimato, estar fuera del registro y cifrar nuestros correos. Estas herramientas son de acceso libre y están disponibles en las plataformas web de iniciativas como *Security in a box* (<https://securityinabox.org>) y otras como *Tactical Technology Collective* (<https://www.tacticaltech.org/>).

Un primer paso hacia la privacidad de las comunicaciones es migrar nuestras comunicaciones de los servidores de las grandes empresas multinacionales como Hotmail, Yahoo, e inclusive Gmail, hacia servidores de correo desarrollados bajo los principios del software libre y administrados por activistas de la privacidad y libertad de Internet como *Riseup.net*. Aunque la utilización de un servicio inusual de correo electrónico podría atraer atención injustificada, lo mejor es que se combine el uso de un servicio de correo alternativo con los servicios de correo más populares.

HONDURAS 2009: CONSULTA POPULAR Y GOLPE DE ESTADO

El proyecto de participación ciudadana frente al
consenso hegemónico de poder

MAURICIO VALLADARES

Director: Esteban De Gori

INTRODUCCIÓN

En los años ochenta, se inicia en Latinoamérica la transición desde gobiernos que estaban bajo el poder de los militares hacia administraciones elegidas democráticamente. Con distintas características y matices, se inicia este proceso que en algunos países se tornó más complejo que en otros, pero en el que las distintas naciones emprendieron la construcción de ciudadanías, con identidades y Estados mejor estructurados. Estas transiciones, que aún perduran, sitúan a la libertad y a los derechos humanos como valores esenciales de la democracia. Las agendas se (re)construyen sobre problemas conjuntos y sobre una aspiración permanente: reducir desigualdades y fortalecer el sistema democrático, que hoy en día es constantemente amenazado.

Honduras, el segundo país más grande en extensión de Centroamérica, y con poco más de ocho millones de habitantes, cumplió con el mínimo de requerimientos para considerarse parte de dicho proceso. Sin embargo, y a pesar de las expectativas que pudo haber generado, hoy se ubica como una de las naciones más rezagadas y con menor desarrollo dentro de la región. La debilidad estructural que el Estado hondureño ha padecido a lo largo de su historia se manifestó abiertamente el 28 de junio de 2009. Ese día, con el primer Golpe de Estado del siglo XXI en la región, se plasmó la prueba fehaciente de que el peligro hacia los gobiernos legítimamente electos por sus ciudadanos sigue siendo permanente.

Este trabajo se propone realizar un análisis descriptivo de documentos, normativas e instrumentos jurídicos hondureños para evaluar el comportamiento de ciertas variables históricas que influyeron en el proyecto de la Consulta Popular, impulsado por el presidente (depuesto) José Manuel Zelaya. Dicha consulta, que buscaba la apertura democrática (carente hasta ese momento en el país), pudo haber representado el inicio de la participación directa de los ciudadanos en las decisiones políticas del Estado.

Desde los inicios del republicanismo hondureño, el país se caracteriza por la construcción de una hegemonía política liderada por la elite política a través de un sistema bipartidista (considerado el más longevo de Latinoamérica) y al que adscriben las elites económicas, religiosas y militares.

De manera que este consenso se convierte en el principal obstáculo para avanzar en el proceso democrático del país: las elites no dan lugar a la apertura

necesaria para poder realizar cambios y superar la debilidad estructural. La posibilidad de una verdadera reconstrucción y reconciliación de la sociedad hondureña pasa ineludiblemente por la apertura democrática de sus instituciones y la integración de todos sus individuos a estas tareas, a partir de una Constitución que cimente las bases de la refundación de un nuevo y fortalecido Estado.

Quienes ejecutaron el golpe justificaron sus acciones en defensa de la ley. Este discurso no fue más que la apelación a un argumento legalista que pretende “salvar” al país de un proceso que planteaba un cambio en la conservadora tradición política hondureña; cambio que solo representó el resguardo del estatus. No es un aspecto sencillo de visualizar, puesto que el marco normativo hondureño, en muchos aspectos, es contradictorio, falto de claridad y no especifica cómo abordar y resolver crisis cuando estas se generan en el seno de instituciones estatales. Si bien la construcción y ejecución del golpe a partir de la Consulta Popular tuvo un éxito inmediato, solo significó una victoria momentánea en el proceso de desarrollo democrático de Honduras.

CONTEXTO HISTÓRICO: DE 1982 A 2009 EN LA NACIÓN HONDUREÑA

1. La transición del régimen militar a la democracia

Al observar la historia de la República de Honduras, podemos dar cuenta de que el país centroamericano permanece atado a una tradición de inestabilidad permanente, más allá de los diferentes procesos o etapas de historia como nación. Desde su origen como república independiente, Honduras ha vivido durante un largo período de tiempo en permanente fragilidad política e ingobernabilidad y, con ello, ha logrado mantener una relativa calma en cuanto a la generación de fenómenos y movimientos sociales. Ha conservado los mínimos estándares de control social ante el surgimiento de crisis o tensiones.¹

Desde el año 1957, se han instaurado en Honduras gobiernos militares que ejercieron el control político y administrativo del Estado. Conjuntamente, se fue dando un proceso de conformación y consolidación de elites económicas y políticas, independientemente de la alternancia en el poder de gobiernos civiles o militares. Aun cuando muchas veces la presidencia estaba a cargo de civiles, los sectores militares mantenían su influencia sobre ellos.

Esto hizo que al interior de las Fuerzas Armadas se empezaran a conformar grupos de poder, y que fuera una constante la presencia del estamento militar en la vida política hondureña. Las fuerzas armadas se afincaron y desarrollaron su poder elitista especialmente a partir de la guerra que el gobierno estadounidense llevó adelante contra los sandinistas nicaragüenses. Esta situación permitió a la jerarquía castrense disfrutar de recursos económicos que los afianzó frente al poder civil. De esta manera, la elite militar en Honduras se consolidó dentro de la estructura social del Estado y se colocó en una situación inmejorable: eximida de rendir cuentas ante la justicia y la sociedad (Montoya, 2009: 10-13).

¹ Golpes de Estado, regímenes militares, precariedad económica, crisis políticas, desastres naturales, entre otros; nunca ningún acontecimiento o dificultad rebasó el límite de la estabilidad social, incluso Honduras nunca tuvo un conflicto armado al interior de su territorio.

Durante los gobiernos militares, se presentaron características similares a la de los otros gobiernos de facto impuestos por las armas en el resto del continente. Más allá de la evidente violación a derechos humanos y el deterioro de la estructura social, siempre lograron mantener el control dentro del territorio y población, y neutralizar así cualquier intento de revuelta social o generación de conflicto armado. Paradójicamente, cuando en los años ochenta se da en América Latina el retorno al orden democrático, en Honduras los planes de exterminio y desaparición selectiva, así como el adoctrinamiento de la sociedad fueron puestos en marcha y sin ningún tipo de pudor.

En esa misma década, se impulsó la realización de un nuevo pacto social y, con él, la finalización de los regímenes militares. Este nuevo acontecimiento fue acompañado por la clase política, distintas organizaciones y la sociedad civil, bajo la justificación de realizar la construcción de un Estado fuerte, organizado y con visión futura.

Teitel (2003)² señala que, entre las características de la tercera fase de la genealogía de justicia transicional de un Estado, se encuentran la fragmentación política, la debilidad estructural y la conflictividad permanente como condiciones políticas contemporáneas del Estado mismo. Pero, más allá del concepto de transición, los factores locales afectarán las respuestas o soluciones planteadas sobre la base de una teoría general del estado de derecho. Esto podría aplicarse al Estado hondureño, ya que su transición se ve marcada por las condiciones políticas y legales existentes, y la capacidad de su estado de derecho no puede operar al mismo nivel de aquellos Estados que tienen un aparato jurídico consolidado.

Honduras terminaba la década de los ochenta en un escenario completamente adverso: lenta recuperación de la economía mundial,³ débil demanda de sus productos exportables, cierre de las líneas de crédito comercial que otorgaban bancos privados multinacionales y un contexto regional de alta polarización de fuerzas políticas y militares. Frente a la crisis centroamericana del conflicto de baja intensidad, la vía electoral logró un alto consenso político entre las distintas fuerzas sociales en Honduras.

El estancamiento del aparato productivo, que afectó la inversión y las exportaciones, anuló las expectativas de crecimiento económico y el promedio del desarrollo del país a principios de los ochentas fue apenas del 0,8%, lo que provocó un deterioro en el nivel de vida de la población y una inflación acelerada. El promedio de crecimiento de las exportaciones en ese mismo período fue nulo, y la balanza de pagos se deterioró en forma alarmante, lo que conllevó a utilizar las reservas internacionales para impedir el colapso financiero del Estado.⁴ Ante este panorama, Policarpo Paz García⁵ decidió entregar el gobierno a los civiles

2 Genealogía de la Justicia Transicional como todo proceso de construcción de la concepción de justicia asociada a los periodos de cambios políticos.

3 Recesión abierta y prolongada, implementación de políticas de endeudamiento, tasas de crecimiento bajas a nivel mundial, ello sumado a la crisis de deuda de países latinoamericanos.

4 Secoff (s. a.), "Libro Electrónico Honduras Universal, economía década de los 80's". Consultado el 18 de abril, 2014. Disponible en <http://www.angelfire.com/ca5/mas/economia/eco007.html>.

5 Ex Jefe de Estado en Junta Militar (1978-1982), fue proclamado cuadragésimo sexto presidente de la

y, previo a las elecciones que marcaban el retorno a la democracia, se instaló la Asamblea Nacional Constituyente, que trajo como resultado la puesta en vigencia de la actual constitución de la República.

2. El retorno a una democracia sin derechos humanos

En noviembre de 1981, los hondureños votaban en las primeras elecciones presidenciales en 18 años, y resultó electo el presidente Roberto Suazo Córdova del partido Liberal. Con Suazo en el poder, tres años después de que el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN) se hiciera de este en Nicaragua (1979), se empezó a aplicar en Honduras una geopolítica estratégica por parte de los Estados Unidos, y el país comenzó a recibir los privilegios militares de la nación norteamericana. Actuando como una especie de gendarme en América Central, desde el territorio se realizaban prácticas para apoyar a la contra⁶ nicaragüense y vigilar la frontera con El Salvador, en donde otra guerrilla, la del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN) tomaba fuerza.

La transición que se realizó de la dictadura a un gobierno electo democráticamente no había dado sus frutos de manera efectiva y aún existía mucha influencia militar dentro de las políticas estatales. No era raro escuchar al presidente electo hacer afirmaciones como: “A los ñángaras (comunistas) no les gusta mucho cuando me refiero a los militares como compañeros de armas ya que soy el Comandante de las Fuerzas Armadas, pero para que más les duela voy a llegar vestido de fatiga militar⁷ a Casa Presidencial y así voy a visitar los batallones”. Sumado a ello, el Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Gustavo Álvarez Martínez⁸, expresaba que: “Los subversivos no tienen derechos humanos”.

Esto describía la continuación de un escenario de terror, que tenía como único objetivo destruir todo intento de reclamo social y legitimar cualquier violación a los derechos humanos. Para ello, se contaba con el apoyo de la fuerza militar hondureña que a lo largo de su historia –y hasta hoy en día– gozan de impunidad y tolerancia a sus actuaciones. Con la abierta influencia e injerencia de los Estados Unidos, que alentaban una guerra contra los países vecinos de El Salvador y Nicaragua, adquiere un gran protagonismo, tanto a nivel político como en las decisiones de Estado, el general Álvarez Martínez, militar de una línea muy dura que promovió las desapariciones, las torturas y los asesinatos selectivos.

El terrorismo de Estado se encuentra ampliamente documentado durante este período. Uno de los casos más conocidos es la muerte del sacerdote James

República de Honduras entre el 27 de enero de 1980 a 26 de enero de 1982.

6 Movimiento contrarrevolucionario que se formó de diferentes grupos opuestos al gobierno del FSLN en Nicaragua.

7 Uniforme tradicional militar que se utiliza al momento del combate armado.

8 Militar y político hondureño, estudió en la Escuela de El Palomar en Argentina durante la dictadura iniciada en 1976, en la que aprendió todas las técnicas de desaparición forzada de personas; fue fundador del temido escuadrón de la muerte 3-16 y jefe de las Fuerzas Armadas de Honduras entre 1981-1984.

Francis Carney Hamley,⁹ que impulsaba una línea de pensamiento revolucionario y que llegó a expresar: “Tendré que renunciar a ser jesuita por un tiempo hasta el triunfo, porque las leyes actuales de la Compañía de Jesús no permiten que un jesuita sea guerrillero... me duele hacerlo”. Mientras esto sucedía, el ya mencionado Jefe de las Fuerzas Armadas, Álvarez Martínez elogiaba las acciones que emprendían los militares bajo el mando civil afirmando que: “Esto está comenzando, y aunque las Fuerzas Armadas están preparadas, lo que debemos preguntarnos es si el pueblo hondureño está preparado para ayudarnos”. El mismo militar, paradójicamente, sería designado como hombre y maestro del año en 1983, y se lo consideraba una especie de jefe supremo que defendía del comunismo a la sociedad occidental y cristiana.

La “Doctrina de Seguridad Nacional” alentada en la región por Estados Unidos y apoyada en el país por Álvarez Martínez, quien negoció con la embajada de los Estados Unidos de Norteamérica ayuda militar, y produjo al menos 160 mil muertos en Centroamérica. El militar en mención, fue el fundador del temido escuadrón de la muerte denominado como “Batallón 3-16”, cuyo objetivo era el combatir la expansión de focos revolucionarios tildados de comunistas en el área centroamericana, así como cualquier otro grupo que estuviera en contra y en oposición al gobierno. Este escuadrón tenía el mismo modus operandi y las mismas tácticas que empleaban los escuadrones de la muerte en Argentina; sus integrantes recibían entrenamiento militar estadounidense, así como también compartían la línea dura de la visión geopolítica de la nación del norte.

Pasaría el tiempo y Álvarez Martínez sería relegado de su puesto como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas por el mismo presidente Suazo Córdova, puesto que este en sus actuaciones presentaba aspiraciones de controlar de nuevo y en su totalidad las fuerzas políticas del país. La separación produjo su salida de la nación. Álvarez Martínez marchó hacia Costa Rica y terminó radicado, finalmente, en la ciudad de Miami, Estados Unidos. Tiempo después, se convirtió a la religión protestante. Fue asesinado cuando regresó a Honduras, el 25 de enero de 1989, mientras se conducía en su vehículo, por una de las avenidas de la capital. En el hecho, varios sujetos que portaban ametralladoras dispararon contra el ex jefe militar; dieciocho fueron los proyectiles que impactaron. Horas más tarde, el Movimiento Popular de Liberación Nacional Cinchoneros¹⁰ se atribuyó el atentado e hizo un llamamiento al pueblo para iniciar la “guerra popular revolucionaria”.¹¹ Dicha acción no tendría impacto alguno dentro de la ciudadanía y mantendría la lógica de la doctrina de la Seguridad Nacional. Las posturas en contra surgirían en algunos grupos de la sociedad hondureña (familiares de desaparecidos, opositores políticos, estudiantes), pero sería mayormente ocultada por el Estado con la complicidad de los medios de

9 Sacerdote jesuita de origen estadounidense que radicaba en la región del litoral atlántico del país, fue capturado, torturado y finalmente asesinado por el ejército hondureño en una zona llamada El Aguacate, departamento de Olancho, en plena selva hondureña, el 16 de septiembre de 1983.

10 Movimiento popular surgido en la década de los ochenta cuyos integrantes serían perseguidos después por el batallón 3-16.

11 Ver http://elpais.com/diario/1989/01/26/internacional/601772414_850215.html.

comunicación, de allí que no se tenga un registro cuantificable sobre la postura de la ciudadanía en torno a esta década.

En 1986, José Simón Azcona,¹² del mismo instituto político que su predecesor (Liberal), se hace cargo de la presidencia de la Nación, luego de elecciones en las que resultó triunfador, con la finalidad de consolidar el proceso democrático iniciado por Suazo, pero que había sido salpicado por los hechos que anteriormente hemos descripto. Desde sus inicios, fue un gobierno débil, ya que a pocos días de asumir el poder se avizoraba una nueva crisis con la destitución del General Walter López como Jefe de las Fuerzas Armadas por parte del Consejo Superior de ese instituto castrense. El General López fue el sucesor de Álvarez Martínez, y con la decisión de su separación del cargo se le obligaría incluso a abandonar el territorio desatando con ello un nuevo foco de crisis entre las fuerzas políticas y las militares.

La democracia que se había impuesto con militarización en detrimento de la sociedad civil y de la opinión pública nacional empieza a generar cuestionamientos de los procedimientos que se estaban llevando, cuando se comprueba que el Consejo Superior de las Fuerzas Armadas destituye a su comandante en jefe ignorando el principio de subordinación al poder civil, que se había plasmado en la constitución de la República.¹³ Mientras esto se llevaba a cabo, portavoces gubernamentales del partido opositor (Nacional) dentro del Congreso Nacional afirmaron que el acto que se había realizado era normal y abogaban por que las Fuerzas Armadas funcionaran de manera autónoma, incluso al margen y por encima del poder constitucional. En otras palabras, que mantuvieran su soberanía y primacía excepcional sobre la sociedad civil.

Uno de los acontecimientos históricos que marcaron la segunda mitad de la década de los ochenta bajo la administración de Azcona fue la invasión a territorio hondureño de las fuerzas sandinistas nicaragüenses, algo que en un principio fue negado rotundamente por el primer mandatario, pero que finalmente fue reconocido, debido a la presión de los Estados Unidos, y ante el temor de perder el respaldo armamentístico de estos. Esto se tradujo en el “beneficio” de recibir, entre los años 1984 y 1988, sumas de dinero que superaban los USD 77,5 millones, destinadas a poner en marcha, ejecutar planes y proyectos orientados a la construcción de infraestructura militar, así como convenios de entrenamiento bilateral, aprovisionamiento y mejoramiento de equipos y pertrechos (De Gori, 2014).

Una de las pruebas más evidentes de la influencia e intervención norteamericana (que aún conserva su vigencia) fue la instalación de la base militar Enrique Soto Cano, más conocida como Palmerola, ubicada en la parte central del territorio hondureño y sede de la Fuerza de Tarea Conjunta Bravo de la armada estadounidense. Es actualmente la base más grande en Latinoamérica de esta fuerza norteamericana y cumple un rol protagónico en operaciones de intervención.

12 Cuadragésimo octavo presidente de Honduras (1986-1990).

13 Artículos 277 y 278 de la Constitución de Honduras: El presidente ejercerá el mando directo de las Fuerzas Armadas en su carácter de comandante general.... las órdenes que imparta el presidente de la República deberán ser acatadas y ejecutadas con disciplina y profesionalismo militar.

3. El inconcluso proceso de modernización del Estado

El proceso democrático hondureño se puede dividir en dos etapas: una primera que de manera general ya hemos descripto y una segunda, que se inicia en el año 1990 y culmina en 1998. Durante este período, fueron dos los gobiernos que asumieron las riendas de la administración pública: el de Rafael Leonardo Callejas¹⁴ (1990-1994) y el de Carlos Roberto Reina (1994-1998).

Mientras en la primera etapa la presión de la crisis centroamericana que subordinaba la dinámica político-social a la dinámica de la seguridad (Salomón, 1996) no permitió que se observaran importantes transformaciones en la relación Estado-sistema político-sociedad civil; la segunda fase se caracterizó por la eliminación de los obstáculos revestidos de tintes autoritarios y la difusión de una cultura democrática que propició el pluralismo, el debate, la tolerancia y el respeto, lo que permitió un avance en el proceso de construcción del Estado.

Los anteriores obstáculos en el proceso de democratización eran alusivos a la injerencia directa que habían mantenido los militares. En esta nueva etapa, no desaparecerían, sino que se subordinarían al poder civil para construir una comunidad de intereses que oscilaban entre el consenso a las concepciones neoliberales¹⁵ o libre empresariales de la economía hondureña, su dependencia al capital extranjero, hasta el alineamiento a las geopolíticas de los Estados Unidos. La “gobernabilidad se garantizaba una vez que todos estos elementos se habían conformado” (De Gori, 2014: 154-155).

Los cambios más notables y perceptibles se tradujeron en la transformación de las relaciones tradicionales entre civiles y militares. Esto trajo consigo una considerable y progresiva recuperación del control civil, así como una creciente disminución de la autonomía militar. La administración Callejas le otorga el papel de promotor al Estado hondureño, a la vez que se desarrollan políticas de corte neoliberal y se crea para tal propósito la Comisión Presidencial de Modernización del Estado y se promulga una ley orientada a impulsar ese proceso. Un diagnóstico realizado en ese entonces por el gobierno, junto con las restantes fuerzas políticas, y la administración pública destaca la deficiencia de la estructura organizacional señalando que esta generaba descoordinación y duplicidad en las acciones, evitaba la consecución de los objetivos, presentaba una remarcada carencia de liderazgo a nivel central y propiciaba la ausencia de competencias definidas en las instituciones tanto centralizadas como descentralizadas.

Este proceso de Modernización del Estado contó con la financiación entusiasta de parte de la comunidad internacional y, en especial, de los organismos

14 Economista y político, cuadragésimo noveno presidente de Honduras (1990-1994), conserva gran influencia dentro de las elites políticas de su partido (Nacional) y económicas del país, acusado de múltiples casos de corrupción mismos que pudo sortear ante la Corte Suprema de Justicia pero que le llevaron a ser despojado de su visa para entrar a territorio estadounidense por parte del Departamento de Estado; actualmente es el presidente de la Federación Hondureña de Fútbol (FENAFUTH).

15 El consenso neoliberal implicaba la apertura económica a capitales internacionales que fueron al sistema financiero y de servicios, como a la privatización de empresas públicas. La profunda transformación de la estructura económica bajo este consenso aumentó la exclusión social y transformó a Honduras en uno de los países más pobres y desiguales de la región.

de crédito tales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, respondiendo a los parámetros establecidos en el Consenso de Washington.¹⁶ De acuerdo con Meza (2012), los principales ejes de esta política consistían en construir y rediseñar las instituciones del Estado para llevar a cabo dos grandes reformas: la administración pública y el sistema político. La primera debía estar a tono con los nuevos tiempos, ser viable y funcional, idónea, eficiente y, sobre todo, eficaz. El sistema político, por su parte, debía de abrirse hacia un rumbo más plural y tolerante, más moderno y, sobre todo, democrático, que tuviera la capacidad de absorber y procesar las tensiones que se habían venido suscitando de una manera instituida dentro de la democracia, y fortaleciendo el Estado de derecho.

Ambas reformas transitaban –como era de esperarse– por focos de gran resistencia dentro de las elites más conservadoras del país, que no estaban dispuestas a renunciar a su *statu quo* y al dominio caudillista que históricamente habían ejercido las cúpulas partidarias y empresariales en el país. La burocracia también formaba parte del arco opositor. Las estructuras elitistas no habían desaparecido, sino que llevaron adelante un plan estratégico orientado a invisibilizarse para resurgir con el paso de los años. Se trataba entonces de la construcción de una transición con matices de dificultad y maquillada de tal forma en que la población adquiriera confianza y certeza en el proceso impulsado.

Algunas de las reformas que se llevaron a cabo al interior del Estado como mecanismo de ilustración de este proceso fueron:

- Emisión de Ley de las municipalidades, consistente en otorgar principios constitucionales a los departamentos y municipios de Honduras, como un proceso de descentralización del Estado.
- Creación del Ministerio Público o Fiscalía de la Nación, junto con nueve fiscalías especiales dentro de las cuales se incluían la de Derechos Humanos, de la Mujer y de los Derechos de la Niñez. Dicho Ministerio se llegaría a convertir en la insignia del gobierno durante este proceso.
- La creación del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, al que se le otorgó rango constitucional.
- La Reforma a la Ley de la administración pública.
- La administración de Rafael Callejas lleva entonces adelante un modelo económico neoliberal, que provoca la desregularización del Estado en los mercados la aplicación de fuertes medidas tributarias y devaluación constante de la moneda. Durante su mandato, se registraron numerosos actos de corrupción, razón por la cual se le imputó e iniciaron numerosos procesos penales al entonces presidente. Debido al fuerte aparato de impunidad (aún existente), terminaría recibiendo 14 cartas de libertad por dichos procesos. Cuando Rafael Callejas culminó su mandato existía un promedio del 68% de la población bajo la línea de la pobreza (Sauma, 2004: 17).

¹⁶ Dicho consenso tenía dentro de sus medidas la implementación de políticas presupuestarias, cambios en las prioridades del gasto público, reformas fiscales, modificación de los tipos de cambio, la liberalización comercial y las políticas de privatizaciones, entre otras.

En 1994, asumía el poder Carlos Roberto Reina¹⁷ con un discurso que promulgaba la derrota de la corrupción y la promesa de poner en vigencia el liberalismo social por medio de una revolución moral.¹⁸ Sin embargo, sus políticas no fueron más que la secuencia de las impuestas por su antecesor. Si bien el déficit fiscal se redujo de un 11,6% a un 3,6%,¹⁹ aumentó la inversión privada, se incrementaron las exportaciones y hubo una mejora en muchas de las variables macroeconómicas; la población bajo la línea de la pobreza no disminuyó durante su mandato, la inflación se encontraba arriba del 30%, y hubo un del analfabetismo y la delincuencia.

Carlos Roberto Reina logró, sin embargo, terminar de consolidar y fortalecer al poder civil frente al militar.²⁰ Durante su primer año de gobierno, se realizaron las últimas reformas implementadas a la estructura de las Fuerzas Armadas, que consistían en traspasar completamente el poder de algunas instituciones que estaban aún en manos de los militares a manos de los civiles. La Empresa Hondureña de Telecomunicaciones (HONDUTEL), la Empresa Nacional Portuaria (ENP) y la Dirección de Migración y Extranjería son algunas de las que han pasado al ámbito civil. También durante este período reorganizó la Policía Nacional y se la situó fuera del mando del ejército, subordinada y dirigida completamente por el poder civil. También se eliminó el servicio militar obligatorio, que se reemplazó por un servicio militar voluntario y educacional.

En la medida en que el Estado se fue desmilitarizando, los partidos políticos fueron recuperando su poder hegemónico dentro del sistema político y generaron una opinión pública favorable a la autonomía del poder civil frente a los militares. Pero mientras surgían nuevas instituciones y se abrían los espacios para una mayor y más plural participación política, los viejos dirigentes de los dos partidos tradicionales se empeñaban en contaminar y saturar políticamente las nuevas instituciones gubernamentales.

Esta debilidad institucional fue aumentando la desconfianza de la gente ante dichos entes y se convirtió en un factor constante de desestabilización política e ingobernabilidad democrática. Paulatinamente, a raíz de esta desconfianza generalizada, se fueron frenando el proceso de modernización del Estado y los esfuerzos por profundizar la democratización de la sociedad hondureña. A finales de 1998, los avances en el proceso de construcción democrática en las últimas dos décadas del siglo pasado habían quedado estancados y aún continuaban vigentes los preocupantes niveles de pobreza y exclusión social en un marco de inaceptable desigualdad y equidad. Estos elementos, que empezaron a visibilizarse en esta década (1990), jugarían un factor determinante en la crisis que condujo al rompimiento del orden constitucional en 2009.

17 Fue jurista, diplomático y político hondureño, quincuagésimo presidente de Honduras (1994-1998).

18 Discurso y eslogan de su campaña hacia la presidencia de la República; en él se aludía a re direccionar la administración del Estado bajo principios del liberalismo social, combate a la corrupción y desmantelamiento total de la influencia e injerencia militar en asuntos civiles.

19 Ver <http://www.nacion.com/CentroAmerica/Archivo/1996/enero/01/cablehon.html>.

20 Como se verá más adelante, en este mismo trabajo, este ha sido un proceso que ha sufrido cuestionamientos.

4. La catástrofe natural del Huracán Mitch y su consecuencia social

En octubre de 1998, Honduras padeció la mayor catástrofe natural que se haya registrado en su historia; el ciclón al que se bautizó con el nombre de Mitch fue uno de los fenómenos naturales más poderosos y desastrosos que se dieron a finales del siglo pasado. Formado en el Atlántico durante la temporada de huracanes, el 22 de octubre de ese año no daba la impresión de llevar buenos augurios. Luego de alcanzar condiciones favorables para su fortalecimiento en aguas del mar Caribe, obtuvo rápidamente la categoría 5 en la escala de huracanes Saffir-Simpson.²¹

Después de que el ciclón se desplazara en dirección suroeste, este impactó con la República de Honduras y, aunque para entonces ya estuviera degradado a una categoría menor debido a su leve movimiento, dejó una alta cantidad de precipitación a su paso por Centroamérica. La cantidad de muertes que ocasionó por inundaciones lo hicieron posicionarse como el segundo huracán más mortífero del Atlántico: cerca de once mil personas perdieron la vida, y más ocho mil permanecían desaparecidas desde finales de ese año. Los daños fueron extremos, y se estima que las pérdidas económicas fueron de más de cinco mil millones de dólares en la región centroamericana.

El fenómeno coincidió con la entrada en el poder en ese año de Carlos Roberto Flores²² (Liberal), quien al momento de la toma de posesión de su cargo llevaba como plataforma para su administración, la realización de una nueva agenda orientada a profundizar los procesos de cambio y modernización emprendidos por sus predecesores.

El balance de las consecuencias de la catástrofe en el país no se hizo esperar: en mayo del año siguiente detallaron que en Honduras habían resultado más de cinco mil muertos y poco más de ocho mil desaparecidos por el paso del huracán. Se perdió el 81,6% del PIB (más de 3700 millones de dólares), lo que equivalía, en ese año, al 94% de su deuda externa. Cerca de dos tercios del monto bruto de las devastaciones (64%) ocurrieron en territorio hondureño. Estos datos no representan, sin embargo, la totalidad del desastre, ya que no contemplan la destrucción masiva de viviendas, servicios públicos e infraestructura vial, sanitaria, etc. (D'Ans, 2008).

La catástrofe del huracán Mitch reveló toda su dimensión política en noviembre de 1999, cuando los presidentes de El Salvador, Nicaragua, Honduras, Costa Rica y el canciller de Guatemala se reunieron en el aeropuerto de San Salvador: todos coincidían en que la tragedia comprometía el futuro de la región. Los dirigentes puntualizaban que la devastación de sus países comprometía el modelo de desarrollo que habían puesto en vigencia: “los importantes avances que habían

21 Escala que clasifica los ciclones tropicales según la intensidad del viento, desarrollada en 1969 por el ingeniero civil Herbert Saffir y el director del Centro Nacional de Huracanes de Estados Unidos, Bob Simpson; la escala más alta es la número 5, caracterizada por ser la más destructiva.

22 Ingeniero, político y empresario; quincuagésimo primer presidente de Honduras (1998-2002), personaje de mucha influencia y poder dentro de las elites económicas, políticas e incluso religiosas del país, mencionado como uno de los autores intelectuales del golpe de estado contra Zelaya.

logrado en la región eran una muestra del desarrollo que estaban implementando-es decir el modelo neoliberal”. Luego de toda una lista de pedidos dirigida al gobierno de los Estados Unidos, los líderes definían su estrategia como la búsqueda de la “reconstrucción de una Centroamérica fortalecida y moderna, que ofreciera más oportunidades al comercio y a la inversión” (D’Ans, 2008: 187).

Organizaciones sociales, grupos sindicales y empresariales estuvieron en desacuerdo con el manejo de los fondos de ayuda y estrategias gubernamentales para la reconstrucción. Era evidente el mal uso de los recursos, y no se sentía la presencia y la ayuda del Estado en muchas zonas del devastado país. Incapaces y cansados de no hacerse escuchar por las esferas políticas grupos de personas de diversos sectores sociales (empresarios, campesinos, sindicalistas, entre otras) comenzaron a reunirse en asambleas a las que les dieron el nombre de la “sociedad civil”.

Estas organizaciones se llevaban a cabo por el sentimiento de unidad que se generaba ante la desconfianza colectiva hacia las autoridades. Algunas se constituyeron como organizaciones filantrópicas de baja escala,²³ cuya acción reposaba en la acción benéfica de sus miembros, y a medida se generalizó esta práctica, fueron proliferando en poderosas instituciones. Dichos grupos estaban convencidos la corrupción y la incompetencia de las instituciones públicas y consideraban que las circunstancias serían aprovechadas por los antiguos caciques para preservar sus intereses. De tal modo que los anhelos de realizar una reconstrucción orientada hacia el bienestar nacional podían caer una vez más a la defraudación. Planteaban que la reconstrucción no debía enfocarse en devolver al país al estado en el que se encontraba antes, sino que era la oportunidad de realizar transformaciones radicales.

Producto de la presión de estos grupos, y de la cantidad que representaban,²⁴ a través de comunicados de prensa, posicionamientos públicos en medios de comunicación e implementación de una agenda mediatizada, tuvo como resultado la realización de una reunión por parte de estas organizaciones con el Grupo Consultivo de Estocolmo en 1999, y se logró imponer el concepto de reconstrucción de Honduras, pero bajo la perspectiva de una transformación nacional. La comunidad internacional, representada por los organismos de crédito internacional, estuvo de acuerdo en estos parámetros; de tal manera que la ayuda estaría supeditada a la aplicación de reformas estructurales para tres grandes áreas:

- Mitigar la fragilidad ecológica hondureña frente a desastres naturales.
- Reducir la pobreza de las masas.

Acelerar decididamente el proceso de transición a la democracia (D’Ans, 2008).

- Si bien el Mitch significó la peor catástrofe natural en la historia de Honduras, también representó una oportunidad para las elites y grupos que históricamente disputaron y manejaron las estructuras de poder. Con la devastación dejada por el huracán, la elite política pudo preparar el terreno para la pronta afiliación al Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN-NAFTA)²⁵

23 Posterior al Huracán Mitch, el Estado hondureño había otorgado la autorización para operar en el país a más de 1500 organizaciones no gubernamentales.

24 Para 2002, no menos de 5186 Organizaciones habían sido revestidas de Personería Jurídica.

25 El tratado fue aprobado y puesto en vigencia en Honduras en el 2001.

en inglés). El hecho de que casi en un 80% de la producción nacional se haya visto afectada abrió las posibilidades para que fuera condonada –o aliviada– gran parte de la deuda externa²⁶ y compromisos externos del país. Al mismo tiempo, cientos de habitantes migraban hacia el norte como consecuencia del paso del fenómeno, sin ningún tipo de reacción o implementación de políticas públicas de reconstrucción por parte del Estado. En ese sentido, el paso del huracán consolidó el fortalecimiento del sistema neoliberal implementado en la economía hondureña.

Con la asignación de más de USD 9000 millones que la comunidad internacional estaba dispuesta a otorgar para la reconstrucción y transformación de Centroamérica, aparecería también en escena la falta de claridad al momento de la ejecución y manejo de esos fondos. Países amigos, organizaciones internacionales, ONG, fundaciones privadas, etc., se anotaban en la lista de donantes, así como también beneficiarios locales tanto públicos como privados. Ante tanta cantidad de fondos, y luego de una consultoría hecha sobre el manejo de estos, se difuminaban las promesas de “transformación”, mientras que “el sector privado hacia prevalecer sus intereses teñidos de oportunismo político” (D’Ans, 2008: 154-156).

Muchos de los grupos de sociedad civil que se habían organizado a raíz de esta problemática se convirtieron en organizaciones bien estructuradas que formaron parte de esa configuración no solo de ayuda, sino de ejecución y canalización de fondos para la reconstrucción del país y desempeñaron un papel importante no solo en el mantenimiento de la opacidad alrededor de los montos reales de la ayuda y su destino, sino que desbarataron la capacidad de acción del Estado para resolver los problemas que demandaba la población. Bajo el pretexto de poner a salvo los fondos de las garras de la corrupción local y no verse empantanados por situaciones políticas, se hizo cada vez más frecuente que los proveedores de ayuda internacional optaran por subdelegar la ejecución de los programas a las ONG.

De esta manera y a nuestro criterio, consideramos que la constitución de este tipo de organizaciones se orientó (en la mayoría de los casos) solamente a aportar a la desestructuración del Estado. Si bien hacemos referencia a un Estado con serias limitaciones al momento de dar respuesta a las necesidades, y con una lógica neoliberal; cuenta con la ventaja de abarcar áreas de exclusiva competencia gubernamental. La debilidad y desorganización del Estado posibilitaron la intromisión de las ONG,²⁷ el proteccionismo que dichas organizaciones han recibido por parte de las elites conlleva al otorgamiento de algunos beneficios para estas:

- Falta de transparencia en la obtención y manejo de sus fondos.
- Subvenciones públicas como ser exención de gravámenes, impuestos y otras con características tributarias.
- La adopción de características operativas de organizaciones multinacionales.

26 Después de la tragedia del huracán Mitch, comenzaron las consideraciones para perdonarle la deuda externa a Honduras, misma que le lograría en una primera parte de 2000 millones el 2005 durante el gobierno de Ricardo Maduro y de 1500 millones en el 2006 durante el mandato de Zelaya.

27 De acuerdo con una entrevista brindada a *La Tribuna* el 1° de febrero 2013, el ministro de la Secretaría del Interior y Población Africo Madrid exponía que en Honduras existen en la actualidad más de 13.000 ONG, de las cuales 10.400 operaban de forma irregular.

5. Honduras pos-Mitch y las primeras evidencias del debilitamiento bipartidista

A partir de lo expuesto podemos observar la situación del Estado hondureño, caracterizado por una debilidad permanente en cuanto al manejo de la búsqueda autónoma de sus objetivos. En este sentido, el gobierno de Flores transcurrió su espacio de tiempo marcado por el fenómeno natural, las políticas fallidas de reconstrucción, el sinsabor de los resultados y el desgaste de la población en el manejo del proceso de democratización del Estado. Poco a poco, la perspectiva de cambio que se había generado en la transición hacia un Estado de derecho se iba perdiendo en la masa social²⁸ (Park, 1904: 362).

El fracaso de la institucionalidad y los procesos emprendidos en la década de los ochenta en materia de institucionalidad y democracia se pusieron en evidencia en la campaña política para elegir al sucesor a la presidencia de Flores. En la contienda, participaban Ricardo Maduro²⁹ (Partido Nacional) y Rafael Pineda Ponce³⁰ (Partido Liberal). El primero, empresario nacido en Panamá y nacionalizado hondureño, contaba con gran capital monetario e influencia en la estructura mercantil del país. Ponce era maestro de profesión y contaba con una larga trayectoria política dentro de su instituto político, lo que lo situaba en ese momento como presidente del Congreso Nacional.

Pero el fenómeno del Mitch no solamente visualizó la alta vulnerabilidad y falta de preparación en materia de prevención, mitigación y respuesta ante la emergencia y las necesidades imperantes, sino que también dejaría al descubierto la verticalidad y el autoritarismo que caracterizaba a los partidos políticos.³¹ La politización de las instituciones a través del clientelismo político partidario sería uno de los elementos más visibles dentro de esta dinámica consensual que se había iniciado a principios de los ochenta.

El debilitamiento bipartidista supone un cambio de percepción dentro de la sociedad hondureña sobre el proceso de democratización del Estado, que se vio reflejado –durante la última década– en los resultados conseguidos en las contiendas electorales. Esto, a nuestro juicio, contribuye a la consumación del Golpe de Estado y la ausencia de una reacción unánime por parte de la población ante estos hechos.

28 Aquella que de acuerdo con la tesis de Park (1904) está integrada por el prototipo de grupos sociales en las formas de agrupación carentes de vinculación o desorganizadas, como partidos políticos o cualquier aglomeración de multitud humana; en ese sentido hacemos alusión a la masa social hondureña en ese tiempo puesto que no existía por parte de la sociedad al menos una organización que canalizara y expusiera ante la opinión pública, las demandas y frentes de oposición a las políticas gubernamentales.

29 Nacido en Panamá, fue el quincuagésimo segundo presidente de Honduras (2002-2006) y es un empresario y político hondureño reconocido, así como miembro activo dentro de las elites económicas del país.

30 Profesor y político (1930-2014), fue un dirigente y líder dentro de la corriente más conservadora del Partido Liberal, ocupó la presidencia del Congreso Nacional durante el mandato de Carlos Flores y resultó perdedor en la contienda electoral del 2005 frente a Ricardo Maduro.

31 De acuerdo con el historiador hondureño Mario Argueta, el autoritarismo en Honduras fue legado por Carias (expresidente entre 1932-1936 y luego de manera dictatorial hasta 1949, perteneciente al partido nacional) ya que implantó la política basada en el secreto más absoluto y los arreglos bajo la mesa que encontró entusiastas practicantes en uno y otro partido (Nacional y Liberal), así como un método vertical de mando que no favorece el diálogo, ya que se funda en las “órdenes superiores”.

Si bien los actos de corrupción y la desorganización institucional eran un fiel reflejo de la incapacidad de las instituciones políticas que habían administrado el Estado, esto no parecía afectar la legitimidad de las instituciones, frente a una sociedad ávida de mejores resultados. Esto fue, al menos, lo que pensó la clase política para actuar de manera cínica y desmedida: inscribir a Ricardo Maduro como candidato a la presidencia de la República sin haber nacido en el territorio hondureño (violentando las disposiciones de la constitución)³² fue, dentro de las opiniones de los entendidos en la materia del derecho, la puerta de entrada a la manipulación más descarada de acuerdo con los intereses del momento de los textos legales como base para un orden social (Valqui, 2009).

Los partidos hegemónicos dentro del espectro político hondureño (Liberal y Nacional) han sido los que han dictado los lineamientos históricos del país. La pluralidad de opiniones y opciones que mostraban los restantes tres partidos emergentes³³ (Partido Innovación y Unidad Social Demócrata, Partido Unificación Democrática y Partido Demócrata Cristiano de Honduras) porque con el transcurso del tiempo estas instituciones políticas se volvieron bisagras³⁴ de los tradicionales.

Mientras los odios y sectarismos³⁵ fueron impuestos a manera de ideología dentro de la conciencia de muchos de los seguidores de ambos partidos tradicionales, las cúpulas de ambos partidos fueron reduciendo sus diferencias acercándose una especie de conceso bipartidista suscripto en los años ochenta. Por ello, no es difícil observar que hoy con mayor facilidad las cúpulas construyen acuerdos para acceder sin mayores problemas a compartir cuotas de poder; las proporciones del reparto son el principal objeto de disputa (Romero, 2010: 23).

Tradicionalmente, son los resultados obtenidos en cada contienda electoral los que posicionan a cada partido político en su función de mediador entre el Estado y la sociedad, lo que potencia al partido ganador frente a sus opositores. En cambio, en Honduras, los partidos de oposición —o también llamados emergentes— han sabido mantener una relación diferente y particular con el gobierno en el que los impulsaban a cumplir con sus propios intereses aun estando fuera (formalmente) del poder.

Con Ricardo Maduro en la presidencia, volvieron a hacerse presente los ajustes estructurales en la economía: fuertes paquetes de medidas tributarias, políticas de corte neoliberal presentes en cada proyecto que emprendía su administración, y una plataforma de combate a la criminalidad que encontraba su principal cara en el fenómeno de la lucha frente a las pandillas o maras. Estas políticas, incluso,

32 El artículo 238 establece como requisito indispensable, para ser presidente de la República, ser hondureño por nacimiento.

33 Nombre que se les otorgó como calificativo para hacerlos posicionarlos como opción frente al bipartidismo.

34 Denominación que se les da a los partidos políticos que no tienen fuerza para alcanzar el poder y que esperan su oportunidad para que los mayoritarios los llamen a formar coaliciones para sacar adelante proyectos de ley.

35 En la actualidad persiste una especie de rivalidad entre las bases de los partidos tradicionales, de manera que cuando existe un cambio de partido en el poder, las bases exigen el despido de los que no pertenecen a su instituto político, piden se pase la "escoba ya sea azul o roja" (haciendo referencia a los colores de los partidos políticos) por las instituciones estatales.

llegaron a violentar derechos humanos: la estigmatización de la portación de tatuajes, como señal de pertenencia a grupos criminales o fuera del “orden y la moral”, son un ejemplo de ello. Esto ha llevado a que se hicieran presentes numerosas críticas de las organizaciones defensoras de los derechos humanos y diversos grupos preocupados por esta problemática.

Pero las demandas de la población en materia de mejoramiento de la calidad de vida, inclusión y participación no se hicieron esperar, y el estallido de la crisis se dio en ocasión de la aplicación de medidas económicas en las que el transporte público realiza un paro nacional de más de 72 horas. Las protestas estaban orientadas a que se bajaran los altos precios de los hidrocarburos. El reclamo tuvo un amplio eco en la sociedad, y el apoyo a la medida fue casi total. Como consecuencia de ello, el gobierno debió dar marcha atrás en medidas tales como el aumento a los precios de la canasta básica, carburantes y servicios públicos.

Si bien las finanzas en materia macroeconómica tuvieron un comportamiento relativamente estable, y sobre el final del mandato presidencial, el beneficio de la condonación de la deuda externa al país en el año 2005 hizo que la pesada carga de los compromisos internacionales se viera aliviada; el costo político de las condiciones económicas de la población hizo que en las elecciones generales de noviembre de ese mismo año la población votara por un cambio de partido político para el que en los próximos cuatro años llevaría las riendas del Estado.

Desde el retorno a la democracia, se había dado una alternancia entre los dos principales partidos políticos. Y si bien había un proceso democrático electoral que era legítimo, este escondía un consenso entre sus principales protagonistas, que lo hacían falta de una identificación propia que los diferenciara entre sí. Los sentimientos negativos hacia los partidos políticos se empezaban a convertir en un fenómeno político extendido: los sentimientos antipartidistas (Murga, 2010: 145).

El abstencionismo³⁶ fue un aspecto que caracterizó a las elecciones. Esto no significaba necesariamente la insatisfacción o rechazo a la democracia, pero sí a los partidos políticos, a los que se consideraba como predominantemente interesados en sí mismos, incapaces de buscar el bien común, idear políticas consistentes y propensas a la corrupción. La consecuencia fue entonces la puesta en duda por parte de la ciudadanía de la vigencia del bipartidismo como actores-mediadores (entre ciudadanos-Estado), de su capacidad para canalizar demandas sociales y para forjar ideas y consensos.

6. El ascenso de Zelaya al poder y el comienzo de un gobierno fuera del “orden”

José Manuel Zelaya Rosales³⁷ podría ser considerado un político atípico dentro del tradicionalismo hondureño, aunque transitó desde la base por toda la

36 En 1993, el abstencionismo fue de 35%; en 1997 bajó a 27%, pero en 2001 subió a 34% y en 2005, a un 45%.

37 Político hondureño (20 de septiembre 1952), fue el quincuagésimo tercer presidente de Honduras (2006-2009), tiene sus orígenes dentro del establishment, ya que fue directivo de diversos directorios dentro de empresas privadas. Transitó toda su vida dentro de las estructuras políticas partidarias hasta llegar a ser presidente.

estructura del partido que lo llevo al poder (Liberal): fue diputado al Congreso Nacional en dos ocasiones, presidente de su partido y funcionario público de diferentes administraciones. Fue además secretario de Estado en el Fondo Hondureño de Inversión Social, desde donde se catapultó como un potencial candidato por la más alta magistratura. Si bien es descendiente de una familia acomodada y de las más acaudaladas dentro del departamento del cual es originario³⁸ (de allí la crítica que se le hace a su posicionamiento ideológico), su personalidad campechana³⁹ distanciado de los grupos situados en lo más alto de la sociedad, su poca simpatía hacia el protocolo, y las normas tradicionales del comportamiento de la clase política lo hicieron ganarse rápidamente el interés de muchos sectores de la población.

Su ascenso al poder estuvo marcado por la crisis. Además, los resultados tan ajustados por los que obtuvo la presidencia hicieron que su declaratoria como presidente electo tardara más de un mes, lo que provocó, de este modo, una polarización inmediata en la población. Esto le generaría una oposición casi sin tregua desde el inicio de su gestión. Porfirio Lobo, el contrincante al cual había derrotado (Partido Nacional) y que tiempo después lo sucedió en el mando, expresaría que: "... por el bien de Honduras, acepto los resultados pero no reconozco como ganador a Manuel Zelaya". Sin duda, estas declaraciones estimularían más el ambiente de tensión y la polarización que caracterizaría al gobierno entrante.

Inmediatamente después de que Zelaya conformó su equipo de gobierno y tomó posesión del cargo, no se hicieron esperar los cambios que había propuesto durante su campaña política. Medidas que fueron generando el resurgimiento de aquella perspectiva de cambio y fortalecimiento de la democracia dentro de la sociedad, y que se habían disipado con los resultados obtenidos por los gobiernos predecesores. El primer acto que realizó Zelaya el mismo día de su ceremonia de investidura fue la promulgación de la Ley de Participación Ciudadana:⁴⁰ orientada a brindar los espacios históricamente negados a la población, que miraba expectante el accionar del nuevo gobierno y sus primeras señales de sus políticas no tradicionales.

Ciertamente, Zelaya fue empujado por las circunstancias económicas y políticas de su país y de la región para adoptar un conjunto de medidas y propuestas no imaginadas por aquellas elites que lo acompañaron. Más allá de sus discursos de campaña, que oscilaron entre planteos éticos que remarcaban la honradez y la reivindicación del "Poder ciudadano" como motor impulsor de una reforma política, nadie imaginó que ese político con imagen de "ranchero bonachón" y con un historial importante entre el empresariado de su país pudiese introducir cambios en el gobierno y en el sistema político (De Gori, 2013: 53).

38 Olancho es el departamento más grande del territorio hondureño, caracterizado por ser una zona muy productiva en materia agrícola, ganadera y maderera; su extensión territorial sobrepasa la totalidad de la nación vecina de El Salvador.

39 Aquella persona que se comporta con sencillez y cordialidad, que no gusta de ceremonias ni formalismos; características que no han sido identificadas en ningún mandatario hondureño a excepción de Zelaya.

40 Orientada a crear espacios para democratizar las actuaciones y procedimientos del Estado, fue derogada por el gobierno de facto bajo el fundamento que atentaba contra "la paz, la democracia y el Estado de Derecho".

El “orden” propuesto por el gobierno de Zelaya es la contraposición al consenso bipartidista con el que se ha gobernado el país centroamericano hasta entonces. Podríamos mencionar algunas de las características de su administración como comparación a la media de las políticas que han identificado a los gobiernos que anteriormente hemos descripto:

- Una política internacional de apertura, orientada a la integración de las naciones latinoamericanas y la soberanía nacional, desmarcándose de la hegemonía e influencia histórica de los Estados Unidos dentro de la política interna.
- Cambio de estructuras económicas tendientes a sustituir el orden de precios en materia energética y de producción. Específicamente, la puesta en marcha de proyectos de generación de energía limpia para la disminución de energía impulsada por hidrocarburos, así como la reducción de costos en concepto de pago por importaciones y la nula imposición de cargas tributarias durante su mandato.
- Políticas de explotación de la producción nacional en detrimento de la extranjera, encaminadas a reducir el capital multinacional.
- Apertura comercial e integración política de nuevos bloques comerciales regionales (ALBA).
- Políticas públicas de impacto social: matrícula educativa gratuita, programas de subsidio, bonos y capitales tecnológicos para el agro y aumento a la base salarial mínima (uno de los más controvertidos y criticados, y considerado por algunos analistas como uno de los elementos que sumo a las acciones por las que se llevó a cabo el Golpe).

Estas características le daban a su gobierno un posicionamiento fuera de la esfera de poder y lógica imperante desde los ochenta. Su gestión estaba orientada hacia la construcción de una estructura de gobierno que mostrara su capacidad de administración como alternativa al estatus del tradicionalismo partidario. Si bien este comportamiento –diferente al de las administraciones anteriores– le otorgó a Zelaya una fuerte popularidad y respaldo a su gestión, también le provocaba resquemores con los diversos sectores hegemónicos.

El beneficio que le supuso la disposición de recursos que anteriormente estaban destinados para el pago de los compromisos internacionales se tradujo en el crecimiento económico más alto de las últimas tres décadas del país: el 6,1% de crecimiento que obtuvo en el año 2007 le valió para negociar con la clase política la consecución de algunos proyectos de los cuales una buena parte de la oposición y sectores sociales no miraban con buenos ojos. La integración al ALBA y Petrocaribe⁴¹ fueron cuestionadas al momento de la crisis que produjo el Golpe de Estado, aunque paradójicamente han sido alternativas que los gobiernos subsiguientes al de Zelaya no han descartado en retomar.

41Alternativa Bolivariana para los pueblos de América Latina es una iniciativa de integración impulsada por el gobierno de Venezuela, así como Petrocaribe, que es una alianza en materia petrolera de algunos países del Caribe con el mismo país. Ambas lograron el consenso de aprobación dentro del gobierno de Zelaya, sin embargo, fueron derogados sus tratados de adhesión por el gobierno de facto, curiosamente los dos últimos gobiernos han manifestado la posibilidad y disponibilidad de incorporarse de nuevo a los beneficios en materia energética que supone el segundo.

Si bien las cuestiones que han caracterizado al gobierno de Zelaya representaban aspectos novedosos, y devolvían la expectativa al pueblo hondureño, constituían actuaciones que, de todos modos, transitaban paralelamente al debilitamiento institucional al que ya se ha hecho referencia. El liderazgo desarrollado por Zelaya estaría ligado a sus decisiones por resolver dos crisis que se le presentaron al inicio de su presidencia: la crisis energética y la crisis social. La capacidad de ser un interlocutor directo entre la población-Estado se reflejaba en sus actuaciones de manera individual, pero no en representación de un partido político.

7. La propuesta del proyecto: consulta popular o “cuarta urna”

Transcurría el año 2008 y Zelaya presentaba ante la opinión pública la propuesta de llevar a cabo una consulta popular con la intención de preguntarle a la población si querían que se colocara una cuarta urna en los comicios electorales del año 2009. En dicha urna, se decidiría sobre la convocatoria o no a una Asamblea Nacional Constituyente para cambiar la constitución actual. La denominación de “cuarta urna” está referida a que la ley que rige el sistema electoral hondureño, estipula que cada cuatro años se elija a sus autoridades a nivel presidencial, legislativo y municipal, todos ellos en una misma fecha y cada cual con su respectiva urna.

La Consulta Popular,⁴² como popularmente se le llamó, presentaba las siguientes características:

- Se trataba de una “encuesta de opinión” de acuerdo con la calificación que se le otorgó el día de su aprobación por parte del Consejo de Ministros.
- Estaba fundamentada legalmente en la Ley de Participación Ciudadana, que fue derogada por el gobierno de facto.
- Su objetivo era obtener la opinión de la población con respecto a la intención de colocar una cuarta urna en los comicios de ese año, la cual recibiría la decisión de los electores sobre si querían o no convocar a una nueva Asamblea Nacional Constituyente para cambiar en su totalidad a la Constitución actual.
- Su resultado no era vinculante puesto que si la decisión de la población se inclinaba a la colocación de la cuarta urna estaba sujeta a su aprobación mediante decreto legislativo.
- De consulta popular paso a llamarse encuesta de opinión,⁴³ debido a las presiones de la oposición. Su realización estaría a cargo del Instituto Nacional de Estadística y estaba programada para el día 28 de junio del 2008. Aunque la consulta se materializó a nivel legal por su decreto de creación, nunca se siguió un proceso que permitiera llevarla a cabo. Los recursos legales, así como los

42 Se fundamentaba legalmente en artículo 5 de la Ley de participación ciudadana (derogada por el gobierno de facto) esencialmente en el principio de la soberanía popular y la democracia participativa que se encuentran establecidos en la constitución de la República, en el artículo 2 y el 5 que expresa que “El gobierno debe sustentarse en el principio de la democracia participativa del cual se deriva la integración nacional, que implica participación de todos los sectores políticos en la administración pública a fin de asegurar y fortalecer el progreso de Honduras basado en la estabilidad política y en la conciliación nacional”.

43 Se le cambió su denominación de consulta a encuesta mediante decreto ejecutivo PCM-020-2009.

mecanismos sociales utilizados por la oposición en su contra, llevaron a Zelaya a desconocer resoluciones emanadas de la Corte Suprema que prohibían la puesta en marcha del proyecto.

LOS ACTORES DEL CONFLICTO

Diferentes actores políticos y sociales (directos e indirectos), vinculados al manejo del sistema político actual del país, buscaron desprestigiar la Consulta Popular apoyando el golpe de Estado.

1. Los partidos políticos hondureños y la creación del consenso de poder bipartidista

Entre 1890 y 1902, en un contexto influenciado por la construcción de los Estados nacionales latinoamericanos (Soto, 2012: 4), se da en Honduras una primera oleada partidista. Ya en la segunda mitad del siglo XIX surge, al igual que en otros países centroamericanos, una serie de partidos políticos que se caracterizaron por sus fuertes definiciones ideológicas.

El Partido Liberal fue el primer partido político del país y data de 1891. Integrado por una burguesía intermedia, fue concebido e inspirado bajo la reforma liberal¹ que promulgaba Marco Aurelio Soto² y que le permitió a estos grupos oligárquicos ascender a posiciones dominantes. El credo doctrinario con el que lo constituyeron exalta a la libertad y los principios enaltecedores de la dignidad y persona humana. Se le atribuye la fundación de este partido a Policarpo Bonilla,³ quien sería el primer presidente de ese instituto político y de la República de Honduras (1895-1899). Históricamente, ha sido una organización política que ha aglutinado varias corrientes ideológicas, que van desde el extremo radicalismo de derecha hasta movimientos con ideas progresistas, pero en la que sus líderes imponen comportamientos conservadores.

El Partido Liberal contaba hacia su interior con varias corrientes que se disputaban el liderazgo de ese instituto político: el “Partido Progresista”, dirigido por

1 Proceso que se orientó a la transformación de viejas estructuras políticas, económicas y sociales arrastradas desde la colonia española.

2 Político y abogado, apoyó el Movimiento Reformista en Centroamérica que buscaba la fundación de los Estado-Nación, luego de ello se convertiría en el vigésimo presidente de Honduras (1881-1883).

3 De padres nicaragüenses, fue un abogado y político que fundaría tiempo después la empresa mercantil Sociedad Fortín & Bonilla y se constituiría en empresario; luego de ello, se asociaría con personajes hondureños y estadounidenses para formar parte de la burguesía minera que dominaba la economía del país en ese momento.

Ponciano Leiva,⁴ y el “Movimiento Manuelista”, liderado por Bonilla,⁵ eran dos de las más importantes. De la unión de ambos, y bajo el liderazgo de este último, surge el Partido Nacional de Honduras, cuyos ideales descansaban en el pensamiento de José Trinidad Cabañas⁶ quien señalaba que “los intereses nacionales antes que los personales debían de caracterizar a todos los gobiernos promulgando siempre una ideología conservadora”.

De este modo, el bipartidismo hondureño es producto de una matriz única que se consolida con la presencia de guerras civiles y una incipiente economía de enclave.⁷

Este modelo bipartidista dio espacio a la creación y consolidación de identidades partidistas que se extenderían a nivel nacional y estructurarían las bases para las futuras disputas electorales en los ámbitos locales, departamentales y nacionales. Las disputas ideológicas entre liberales y conservadores giraron en torno a la acción de estos partidos, que en su interior fueron desarrollando liderazgos caudillistas y patrimoniales, sólidos en la actualidad.

El bipartidismo en Honduras ha sabido, desde sus inicios, acoplarse fácilmente a los intereses que se le presenten. En los círculos políticos de mitad del siglo XX, cuando la economía de enclave bananero predominaba en el país, se afirmaba que la Cuyamel Fruit Company y la United Fruit Company⁸ favorecían a estos partidos políticos. Estas prácticas consolidaron un modo de operación que nos permite entender, hoy en día, no solamente los enlaces de los grupos económicos con supuestas corrientes políticas al interior de estos partidos tradicionales, sino también la articulación de un sistema político que al momento de su constitución fue concebido bajo un procedimiento de cuotas y beneficios que han tenido como principal botín al Estado, resquebrajando la legitimidad y capacidad de cohesión social de sus instituciones (Barahona, 2005: 56).

Un segundo momento en el sistema de partidos políticos se da sobre finales de la década de los sesenta con la creación de dos partidos políticos más: el Nacional a partir de una facción del Partido Liberal; y el Partido Demócrata Cristiano de Honduras (PDCH)⁹, constituido en 1968, por disidentes de los dos partidos tradicionales junto a una base de organizaciones campesinas de orientación social-cristiana. De este modo, la disidencia y transfuguismo comenzaron a ser una constante dentro de la historia política del país.

4 Militar y político que facción conservadora, fue presidente de Honduras en cuatro ocasiones, dos en forma provisional y dos electo por votación.

5 De formación militar, ostentó en cargo de vicepresidente durante el mandato de Policarpo Bonilla; fue electo dos veces presidente de Honduras (1903-1907 y de 1912-1913), en su segundo mandato murió un día después de depositar la presidencia provisional en manos de su vicepresidente Francisco Bertrand Barahona.

6 Militar y político, fue el séptimo presidente de Honduras (1852-1855); es considerado uno de los próceres del país Centroamericano.

7 Modelo económico que caracterizó parte de la historia hondureña: el minero y el bananero.

8 Dos de las empresas multinacionales norteamericanas que poseían grandes extensiones territoriales en Honduras donde producían y exportaban banano.

9 En las últimas elecciones, logró el 0,17% del total de votos, sobrevive gracias a la representación de un diputado en el Congreso Nacional.

En 1969, año del enfrentamiento bélico¹⁰ con El Salvador, bajo el liderazgo de Miguel Andoníe Fernández, miembro de la elite empresarial de la época (propietario de farmacéuticas y más tarde de medios de comunicación), nace el Partido de Innovación y Unidad (PINU) como una alternativa ante los partidos tradicionales y el régimen militar que gobernaba durante esa época.

La creación de estas dos opciones político partidarias recibirían su personería jurídica en la década de los setenta y seguirán participando en elecciones hasta el período que se conoce como de “retorno a la democracia”.¹¹

El último partido político que forma parte de este grupo de actores que representaron a la estructura político partidaria en Honduras durante al golpe de Estado surge en el año 1992, con la creación del Partido Unificación Democrática (UD).¹² Este partido estaba conformado por organizaciones de corte social: sindicatos, gremios y grupos de trabajadores; poseía una estructura asamblearia de dirección y se distanciaría del modelo económico neoliberal. Sin embargo, no tuvo la suficiente capacidad de estructurar una base sólida a nivel nacional con posibilidades reales de disputar el poder al tradicional bipartidismo.

La aparición de nuevos partidos como alternativas ante el histórico bipartidismo nunca llegó a constituir una oportunidad real para que la población optara por escoger entre diversos candidatos que le posibilitaran un cambio real. Recordemos que el espacio de tiempo que tuvo el bipartidismo a lo largo del siglo XX ayudó a profundizar sus características caudillistas, su cohesión con los grupos económicos y, sobre todo, su cercana relación de poder con la elite militar para garantizar ese consenso que se ha mantenido hasta la actualidad.

El bipartidismo ha logrado controlar a lo largo de la historia las diversas crisis y acontecimientos que le representen peligro o amenacen su *statu quo*. La apertura hacia nuevos partidos políticos estructurados y concebidos desde las mismas elites, que no rompían sus vínculos históricos pero que se mostraban en el contexto internacional con “actitudes democráticas” o señalando su distancia de los militares caracterizaron históricamente a esta nación (Soto, 2012).

La capacidad de estos partidos emergentes¹³ de construir identidades partidistas significativas, o la captación de votos en el electorado, se volvió limitada desde que se inició el sistema democrático electoral hondureño. De allí que su organización y desarrollo se haya centrado únicamente a la disputa por ocupar cargos dentro del parlamento. Independientemente del resultado y cantidad de parlamentarios que estos partidos hayan logrado posicionar en el Congreso (que unidos nunca representaron ni una cuarta parte de la totalidad de parlamentarios),

10 Se le llamó guerra de las 100 horas o guerra del fútbol, por su corta duración y porque su inicio coincidió con un partido de fútbol entre las selecciones de ambos países, sin embargo los motivos de esta eran la búsqueda del control político por parte de las elites.

11 Con la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente en 1980, se crea la constitución política vigente de Honduras y se convoca a elecciones en 1981 para que en 1982 tome posesión el primer gobierno electo democráticamente.

12 Fue el único partido que coincidió con las propuestas políticas de Zelaya y algunos de sus dirigentes estuvieron en contra del golpe de Estado. Actualmente, sobrevive por la representación de un diputado en el Congreso Nacional.

13 Se les llamo así para construir un distanciamiento entre el bipartidismo y los demás partidos políticos.

siempre fueron cooptados por el bipartidismo, al otorgarles posiciones relevantes dentro de las estructuras de poder político.¹⁴

En los últimos 25 años de democracia, los dos partidos principales concentraron el 95% de los votos (De Gori, 2014), lo que muestra la debilidad del resto de los partidos. Estos nunca lograron hacerlos desaparecer del escenario político. Su creación nunca se hizo con el objetivo de disputar el poder, ni como opciones reales de cambio, sino para legitimar la existencia de ese consenso de poder bipartidista.

Pero el Partido Liberal obtuvo un rol protagónico, el mismo que llevó a Zelaya al poder y que luego se convertía en su verdugo al atribuirse su separación del cargo. La cúpula de este partido, conjuntamente con una parte de la base y corrientes más conservadoras, estuvo a favor de la maniobra de quitar al presidente del poder. Esto traería como consecuencia una nueva escisión (Ajenjo, 2013: 17).

El Partido Liberal que ostentaba el poder al momento de dar el golpe de Estado tuvo en Roberto Micheletti¹⁵ a su figura más idónea para llevar a cabo dicho rompimiento. Si bien el PL es uno de los pilares del consenso de poder histórico, en su interior siempre convergieron diferentes corrientes de pensamientos e ideologías, y siempre lo caracterizaron las tradicionales pugnas a lo interno de sus filas. Sin embargo, en los últimos años fueron ganando terreno los sectores más conservadores y lo colocaron en una posición que nunca había experimentado: la de imponer a un presidente de la República sin pasar antes por la contienda electoral.

Históricamente, el PL había sido el partido apegado a los “principios democráticos, sin liderazgos autoritarios,¹⁶ el de la oposición, el de las grandes conquistas sociales, respeto a los derechos humanos, a las libertades públicas y la búsqueda del bien común, el partido de las grandes transformaciones de Honduras”.¹⁷ Sin embargo, la decisión de separar al presidente y colocar a otro de sus miembros al frente de la presidencia le otorgaría el simbolismo necesario para señalarlo como una de las caras visibles del rompimiento democrático.

Consumada la actuación del Partido Liberal, la participación del Partido Nacional no es menos importante bajo esta lógica del consenso, sin embargo, este partido supo desmarcarse en los momentos precisos: sus representantes se abstuvieron de votar en el Congreso Nacional a favor o en contra de las propuestas de reformas que Zelaya había impulsado, generaban oposición a toda actuación del presidente y prepararon el terreno a nivel mediático.

El Partido Nacional entendió a la perfección que los más favorecidos serían ellos; y de manera entusiasta sus diputados luego de haber aceptado una supuesta carta de renuncia firmada por Zelaya (luego se demostraría que la carta era

14 Los diputados electos de los partidos emergentes ocuparon siempre por consenso posiciones dentro de la junta directiva del Congreso Nacional o algunos altos cargos dentro de instituciones del Estado.

15 Empresario y político, dirigente y líder dentro del Partido Liberal llegando a ocupar todos los puestos dentro de la estructura de ese partido, representa a las corrientes de derecha y conservadoras más radicales dentro de ese instituto político.

16 Se diferenciaban siempre del Partido Nacional que tuvo en sus filas a Tiburcio Carías gobernando de manera autoritaria entre 1932-1949 y persiguiendo a sus opositores partidarios e ideológicos.

17 Fragmento de un discurso de Mauricio Villeda, ex candidato presidencial y actual presidente del Partido Liberal <http://www.elheraldo.hn/pais/702571-214/partido-liberal-conmemora-123-aniversario>.

falsa y que la firma del presidente había sido falsificada), procederían a nombrar como sustituto presidencial a Micheletti (Meza, 2012: 13). Michelletti fue la cara más visible: lideró al PL y, por tanto, fue el autor principal del golpe. Su holgado triunfo¹⁸ en las elecciones de ese mismo año y su subsiguiente triunfo en los últimos comicios del 2013, aunque controvertidos y criticados, son una confirmación de cambio de ciclo del bipartidismo más longevo de Latinoamérica (Otero, 2013: 80).

Otro aspecto que demuestra la articulación del bipartidismo en la separación de Zelaya se refiere a tres personajes que por su posición y actuaciones tuvieron particular relevancia y protagonismo dentro de la construcción del golpe, dos miembros del Partido Liberal y otro del Partido Nacional:

- Jorge Alberto Rivera Avilés:¹⁹ presidente actual de la Corte Suprema de Justicia,²⁰ fundamental al momento de construir la argumentación jurídica de la separación del presidente y legitimar el golpe.

- José Tomas Arita Valle:²¹ magistrado actual de la Corte Suprema de Justicia, fue nombrado Juez Natural por parte de Rivera Avilés para emitir la orden de captura en contra de Zelaya.

- Luis Alberto Rubi:²² ex fiscal general del Estado, realizó el requerimiento fiscal para que la Suprema Corte emitiera la orden de captura contra Zelaya.

Es así como el nivel de interacción y participación conjunta que desarrollaron los partidos políticos: mucho más visibles dentro de los representantes del PL; y el PN con un perfil mucho más bajo pero no menos importante. Asimismo, la mayoría de representantes de los demás partidos políticos en el Congreso Nacional, en los momentos en que se les necesitó, dejaron en claro que el consenso aunque lleva el sello del bipartidismo integra a toda fuerza que contribuya a mantenerlo vigente.

2. Las Fuerzas Armadas como protectores del consenso de poder

El golpe de Estado en Honduras dio por tierra con la creencia de que las asonadas militares y la interrupción del orden constitucional eran cosa del pasado. El rol de las Fuerzas Armadas (FF. AA.) fue clave para el derrocamiento de Manuel Zelaya e implicó un peligroso precedente para la región latinoamericana. El papel desempeñado por estos se puede interpretar a manera de protectores del consenso de poder constituido entre las fuerzas políticas y elites económicas.

18 De acuerdo con resultados del Tribunal Supremo de Elecciones Porfirio Lobo en el 2009 resultó ganador por más del 17% sobre el candidato del Partido Liberal.

19 Electo para un período de 7 años, su mandato culmina el 2015.

20 Conformada por 15 magistrados que son electos por el Congreso Nacional, estos puestos son ocupados en proporción al partido que gobierna en el momento, actualmente son 8 magistrados pertenecientes al PL y 7 al PN.

21 Miembro activo del PN, fue vicescanciller durante la administración de Ricardo Maduro.

22 Renunció a su cargo en el 2013 por presiones del Gobierno de Porfirio Lobo <http://www.laprensa.hn/honduras/apertura/328520-98/renuncia-fiscal-rub%C3%AD-tras-recomendaciones-de-comisi%C3%B3n>.

Históricamente, las Fuerzas Armadas de Honduras estuvieron orientadas al control y supervisión de la ciudadanía antes que a la defensa del territorio frente a una amenaza extranjera; con ello, se configurarían como una fuerza de control político interno (Benítez y Diamint, 2010: 146). Si analizamos el desarrollo histórico de las Fuerzas Armadas, desde su creación en 1824²³ sus miembros en servicio activo o quienes poseyeron formación militar, ocuparon siempre posiciones de poder y decisión, por ello la larga lista de personas que ocuparon los principales cargos de dirección del país han sido militares o tuvieron esa formación.

Desde su definición como república bananera a finales del siglo XIX –en donde las elites económicas locales gobernaban con el apoyo de las compañías estadounidenses–, las Fuerzas Armadas brindaron el soporte que estas empresas necesitaban para resguardar sus intereses. La consolidación de su relación con el bipartidismo se dio desde principios de siglo XX hasta llegar a mitad de siglo (1956), cuando los partidos, decididos a tomar protagonismo, realizaron golpes de Estado y condujeron a través de Juntas Militares²⁴ la administración del Estado. Su salida del poder en los ochenta no constituyó la disminución de la fuerza e influencia de los sectores militares, más bien se benefició al ampliar su poderío, en apoyo a la lucha contrainsurgente en Centroamérica (De Gori, 2014). Esto le significó el apoyo que necesitaba para ser parte no solamente de las elites políticas, sino que también les daban chance para competir con las económicas, estableciendo una especie de supremacía dentro de estas, ya que poseía el poder político-económico-armamentístico.

Con ello, lograron acceder a posiciones y generar intereses no solo económicos, sino también geoestratégicos: durante los noventa adquieren la principal industria cementera del país (Industria Cementera de Honduras S.A., INCEHSA); beneficiándose de su condición de nueva elite de poder le vendían este producto al propio Estado. Asimismo, establecieron el monopolio de la producción de la industria militar,²⁵ así como el de la venta de armas.²⁶ Dirigen la Dirección General de marina Mercante²⁷ y participan en la seguridad privada, así como en la Empresa Hondureña de Telecomunicaciones (HONDUTEL) e incluso cobran una importante cantidad de dinero por el manejo y traslado del material electoral y urnas el día de las elecciones (De Gori, 2014).

Sin perder su control protagónico en la política y figurando como agentes económicos y del orden público, la ausencia de juicios a sus miembros por abusos cometidos a los derechos humanos durante los gobiernos autoritarios, así como por las desapariciones de personas en las que se vieron involucrados en los

23 Creadas mediante artículo 44, inciso 4 en la primera constitución política del país, su marco jurídico ocupa el capítulo X de la constitución vigente <http://pillanfah.blogspot.com.ar/2009/08/historia-de-las-fuerzas-armadas-de.html>.

24 La dictadura militar en honduras duró desde 1956 hasta 1980.

25 El monopolio de la producción de la Industria militar sigue en manos de las FF. AA. desde el año 1977.

26 “La Armería” es la única empresa autorizada a vender armas en Honduras.

27 Autoridad marítima de Honduras se encarga del abanderamiento de buques, administración y dirección de toda actividad referente al transporte marítimo; su director actual es el General en condición de retiro Nelson Willys Mejía, ex miembro del escuadrón 3-16.

ochenta, crearon un sentido de impunidad que se diseminó en la sociedad y los organismos de seguridad. En ese sentido, el respeto que se debe tener al imperio de la ley manifestado sobre la Constitución de la República como símbolo imaginario colectivo para dar la sensación protectora de los derechos ciudadanos (Cruz, 2010: 72) no fue internalizado ni en los organismos de control (policía, ejército) ni en el resto de instituciones (políticas, estatales), con lo que contribuyó a la consolidación del lugar de los militares dentro de las elites de poder.

La negativa de las FF. AA. a participar en los espacios de gestión pública y proyectos que impulsó Zelaya se puede leer como la respuesta y el posicionamiento que asumían de no renunciar a seguir protegiendo el consenso de poder. Como lo afirmó el coronel Heberth Bayardo Inestroza, “El señor presidente estaba utilizando las Fuerzas Armadas”, en clara alusión a su decisión por no acompañar al presidente en el proyecto de la cuarta urna. Frente a esto, quedaba evidenciada la poca capacidad de acción sobre las FF. AA. que tiene cualquiera que llegue a ostentar la presidencia de la República (Sucari, 2013).

La participación de las FF. AA. en el golpe de Estado indica que no fue ni gratuita ni coyuntural: tenían como finalidad mantener –y en lo posible incrementar– sus cuotas de poder e influencia. El artículo 272 de la Constitución de Honduras establece el sentido que debe regir en los militares: “Las Fuerzas Armadas son profesionales, apolíticas y no deliberantes, estarán supeditadas al control civil...”. Sin embargo, en ese mismo artículo se les otorgan funciones políticas: “... son sus deberes defender la integridad territorial y la soberanía de la República, mantener la paz, el orden público y el imperio de la Constitución, los principios de libre sufragio y la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República...”. Son estas contradicciones en la definición normativa de sus funciones que explican el papel político que ejercen los militares en el Estado.

Las Fuerzas Armadas hondureñas culparon siempre al Partido Liberal, y específicamente al expresidente Reina, de haberlas despojado de sus privilegios, a los cuales se habían acostumbrado en demasía durante las décadas previas, cuando habían funcionado como centro del sistema político del país (Salomón, 2011: 67). Sin embargo, y a pesar de su descontento, este proceso les benefició de manera estratégica, ya que aumentaron su prestigio ante la sociedad al participar en labores internacionales de pacificación²⁸ y desempeñar labores de apoyo a la ciudadanía en caso de catástrofes naturales.

“Alejarse” del Estado y de la sociedad les permitió solidificar su legitimidad y no ser vistos como una amenaza a la estabilidad política y social del país. No fue hasta el momento en que vieron amenazado el consenso de poder del cual formaban parte que decidieron garantizar su continuidad y proyectarse de nuevo al protagonismo principal de retomar los espacios políticos entregados en el pasado. El hecho de que los militares se hayan excedido en las atribuciones que por ley le corresponden significó el fracaso de la transición democrática iniciada en los ochenta. El golpe demostró la poca robustez democrática del país y afirmó el

28 En 1998, participaron en una coalición de la ONU en el Sahara Occidental y, en el 2003, en la ocupación estadounidense a Irak integrando el contingente internacional *Plus Ultra*.

papel de las FF. AA. como los custodios del acuerdo hegemónico de poder entre las principales fuerzas políticas tradicionales en el país.

Finalmente, sería la Junta de Comandantes la que tendría a su cargo la ejecución material del golpe de Estado: el secuestro del presidente y su posterior expulsión del país. Eran tres las caras visibles dentro de este esquema militar que lideraron la operación:

- Romeo Vásquez Velásquez:²⁹ Jefe del estado mayor conjunto, comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, lideró el derrocamiento de Zelaya. En el gobierno siguiente, sería nombrado gerente de la empresa estatal telefónica HONDUTEL.
- Venancio Cervantes:³⁰ Subjefe del estado mayor, sería nombrado como director del servicio de Migración y Extranjería.
- Rene Osorio Canales:³¹ general que dirigió la operación de allanamiento, secuestro y expulsión de Zelaya.³²

La actuación de las FF. AA. en el golpe llevaba implícito el resguardo del consenso de poder y la actualización de su vigencia como parte de él. Por ello, no es extraña la repartición de direcciones y gerencias estatales a los ejecutores materiales. La recuperación de espacios que habían cedido a los civiles era cuestión del pasado; su perfil dentro de la estructura de poder ya no sería catalogado solo como guardián y arbitro al momento de los conflictos y amenazas a sus intereses y de las elites; ya no estarían atrás de las esferas políticas, sino que compartirían las mismas posiciones.

Su participación como actores principales les significó su reintegración a las instituciones del Estado, y la creación de fuerzas policiales integradas por miembros del ejército³³ que les da a posteriori la recuperación del control en materia de seguridad pública y las políticas públicas encaminadas a la militarización de la sociedad.³⁴

3. Las elites económicas, las religiosas y la influencia externa

Si bien los militares no actuaron solamente como defensores del consenso de poder del cual forman parte, su actuación dejó en claro el nivel de manipulación y poder de las elites.

El proceso de conformación de las elites económicas en Honduras se da a finales del siglo XIX y se caracteriza por la presencia de inmigración extranjera,

29 Fue candidato presidencial en el 2013, su partido fue disuelto al no lograr ninguna representación en ningún nivel electivo.

30 Aún ostenta el cargo de director de esa dependencia estatal.

31 Sería nombrado Jefe del Estado Mayor Conjunto (cargo que ocupaba Vásquez Velásquez) tiempo después.

32 Ver <http://archivo.elheraldo.hn/Al%20Frente/obj-relacionados/Ediciones/2011/02/01/Noticias/Osorio-Canales-afirma-que-participo-solo-en-supervision-general-cuando-expulsaron-a-Mel>.

33 La Policía Militar del Orden Público (PMPO) fue creada en el 2013.

34 El "programa guardianes de la patria", creado este año para "reclutar" niños en riesgo social y brindarles formación militar.

especialmente la judía y palestina, que llegaron para radicarse en el país centroamericano. Mientras, en el plano político, se asiste a la organización de los Estados nacionales, la creación del bipartidismo y la expansión del proyecto liberal. Ello hizo que se facilitara el desarrollo del capitalismo del que fueron parte y así establecieran sus inversiones a lo largo del territorio. En ese momento se da un proceso de integración entre las elites económicas locales y las que provenían del extranjero, vinculándose ambas al interés político bipartidista que giraba en torno a los caudillos que lideraban la formación de la burocracia estatal.

Esto hizo que se conformara una “elite mixta” que se diferenciaba de las del resto de países centroamericanos por una mayor presencia extranjera.³⁵ Presencia que facilitó la articulación de alianzas familiares y de facciones políticas que, en el marco del proceso general de desarrollo del Estado, construyeron y concentraron su poder económico sobre un aparato de gestión gubernamental que respondía únicamente a sus intereses, que se encontraba legitimado por el sistema bipartidista histórico, autoritario y clientelar y que contribuyó a minar toda posibilidad de intermediación ciudadana con el Estado (Montoya, 2009). Esta elite económica concentra más de 60% del total de grupos económicos en el país (Flores, 1990).

El hecho de que Zelaya tuviera un historial ligado al empresariado hondureño probablemente le dio la posibilidad de llegar a la presidencia, lo que le generaría la confianza necesaria a estas elites; de muchos empresarios y, sobre todo, del Consejo Hondureño de la Empresa Privada (COHEP). Para ellos, Zelaya garantizaría a partir de su elección la continuidad bipartidista; sin embargo, nadie pensaría que podría incorporar variantes de carácter intervencionista a una lógica estatal estructurada por décadas (De Gori, 2014).

Las acciones de Zelaya ponían en riesgo los privilegios de estos grupos de poder que habían construido a través de los años legitimidad en su dominación del campo económico, político y social. Prueba de esto es que de 1958 a 1970 se realizaron exoneraciones fiscales en las cuales se eximía del pago de impuestos tanto a las empresas transnacionales como a las bananeras. Durante el período de integración del país al Mercado Común Centroamericano,³⁶ este beneficio se extendió a los empresarios locales, y las exoneraciones durante ese período alcanzaron los 69,4 millones de Lempiras³⁷ (USD 34,3 millones).

En los años subsiguientes, y a pesar del rompimiento del sistema de integración, estos privilegios no disminuyeron, sino que, por el contrario, se agregaron nuevas empresas con el surgimiento CAFTA. Del 2001 al 2007, las exoneraciones fiscales crecieron considerablemente en comparación al período de integración y su posterior rompimiento, que alcanzó los 40.000 millones de Lempiras, equivalente a USD 1.800 millones (Perdomo & Díaz, 2011: 47). Como resultado de este

35 La mayor parte de los integrantes de la elite económica en Honduras son de ascendencia palestina, árabe y judía.

36 Integrado por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica; a pesar de que existe desde los sesenta, se convirtió en un ente económico importante en los ochenta. Evolucionó y ahora es llamado Sistema de Integración Económica de Centro América (SIECA).

37 Moneda oficial de Honduras.

“sacrificio fiscal”, las reformas tributarias se realizaron para obtener los recursos fiscales necesarios pero del resto de los sectores sociales.

De allí que las elites económicas conformaran un bloque³⁸ frente a las reformas que pretendía realizar Zelaya, que termina formando parte del grupo que desacredita a la Consulta Popular como mecanismo desestabilizador y da el Golpe de Estado. Nunca antes estos grupos habían tenido la posibilidad de ver disminuidos sus privilegios e influencias en los círculos de poder. Sus recursos y maquinaria desestabilizadora se conjugarían a la perfección mientras la elite religiosa hacia su parte frente a la población.

Honduras fue un país históricamente unido a la jerarquía hasta que en el gobierno de Francisco Morazán³⁹ se declara la laicidad del Estado. Curiosamente, las Fuerzas Armadas tienen como su patrona a la Virgen María,⁴⁰ lo que manifiesta lazos muy íntimos con el catolicismo. En 2007, de acuerdo con una encuesta, se señalaba que de la totalidad de la población un 47% pertenecían a la fe católica y un 36%, a la protestante, mientras que el restante 17% pertenecía a alguna otra religión o a ninguna. Con la llegada del protestantismo en los cincuenta, se produjo una competencia de movimientos religiosos, de la cual la más afectada fue la religión católica: de un 95% de fieles que la iglesia católica poseía a mediados del siglo XX, se redujo su congregación a la mitad, mientras que el protestantismo ganaba en legitimidad y reconocimiento (Holland, 2009).

Al enlace histórico que unía al Estado hondureño con la iglesia Católica, se le agregó la iglesia protestante,⁴¹ que creó un lazo mucho más fuerte y fortaleció otro nudo elitista dentro de la sociedad. El resultado de esta vinculación de las cúpulas religiosas con el Estado produjo beneficios tanto a la católica como, tiempo después, a la protestante. El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 167-97 estipula: “Exonerar del pago de derechos arancelarios, tasas, sobretasas, cargos y todo gravamen a la importación, adquisición o enajenación a cualquier título, incluyendo el Impuesto Sobre Ventas (IVA) a toda clase de bienes incluyendo vehículos para todo proyecto, obras, tareas y funciones que se ejecuten a través del Arzobispado⁴² de Tegucigalpa, así como los artículos y materiales necesarios para la celebración del culto divino, construcción y mantenimiento de templos, capillas, casas curales y demás construcciones.

Asimismo, la iglesia protestante se fue consolidando y se aglutinó dentro de la Alianza Evangélica de Honduras⁴³ como la representante de esta comunidad religiosa ante el Estado hondureño para “tratar y negociar temas referentes a la religión protestante dentro del sistema educativo y las exoneraciones fiscales”. En

38 Se llamó Unión Cívica Democrática la organización que aglutinaba a estas elites.

39 Militar y político (1792-1842), presidente de Honduras y de la Federación Centroamericana, es considerado el máximo prócer del país: luchó por la integración de los países centroamericanos.

40 En Honduras, está representada por la “Virgen de Suyapa”, las FF. AA. la llaman su “Capitana”. http://virgendesuyapa.hn/index.php?option=com_content&view=article&id=49:ejercitopatronadehonduras&catid=34:demo-articles&Itemid=76.

41 En Honduras, son calificados de “Cristianos Evangélicos” a quienes se congregan en estas iglesias.

42 Jerarquía superior de la Iglesia Católica en Honduras.

43 Creada en 1958, se transformó en 1996 en la CEH.

1996, pasaría a llamarse Confraternidad Evangélica de Honduras (CEH)⁴⁴ bajo el reconocimiento jurídico del Estado y obtendría en el 2000, mediante el Decreto N° 29-99, el beneficio en el que se le concedían los mismos privilegios que gozaba la Iglesia Católica.

Con ello, la elite religiosa en Honduras, se separaba del resto de la sociedad y se colocaba como grupo privilegiado; y aunque la elite católica mantenía su bajo perfil en cuanto a la obtención de sus beneficios, los protestantes fueron demostrando su poderío y expansión con la apertura de más templos, centros educativos (a todo nivel: primario, secundario y universitario), medios de comunicación y numerosas empresas. Es por ello que su participación en el golpe de Estado ha estado motivada por el temor a perder la cantidad de beneficios que les había otorgado el consenso de poder bipartidista a los largo de los años.

En 2009, días previos al golpe de Estado, se dejó en evidencia la clara integración de estos grupos dentro de las elites que controlan el Estado hondureño, se reveló la existencia del Acuerdo Ejecutivo 046-2001 emitido en el año 2001 por el expresidente Carlos Flores en el que beneficiaba al Cardenal Oscar Andrés Rodríguez⁴⁵ y expresaba: "... se dispone que del presupuesto consignado a la Presidencia de la República, se asigne una partida mensual de 100.000 Lempiras exactos (USD 5.000.00), para atender diversos gastos institucionales del cardenalato (...), la partida deberá otorgarse mensualmente y en forma permanente a partir del mes de diciembre del 2001...".

Una razón más del frente común que hizo la elite religiosa ante las pretensiones de Zelaya de llevar a cabo la Consulta Popular, puesto que abría la posibilidad del establecimiento de una Asamblea Constituyente que podía llegar a modificar e incluso eliminar este tipo de beneficios y privilegios, como así también la estructura de poder e influencia que estos grupos habían construido. Por ello, el contenido del comunicado del Cardenal Rodríguez en cadena nacional de radio y televisión con fecha del 5 de julio (fecha en la que Zelaya estaba retornando al país), en el que le pedía al presidente derrocado que si amaba a su país no regresara y evitara así "un baño de sangre", legitimaba el golpe de Estado y las acciones del gobierno de facto, del que se trataría de desmarcar días después al indicar en una entrevista al medio español *La Vanguardia*: "No soy un cardenal golpista" (De Gori, 2014: 171).

Asimismo, la CEH se sumaba a la oleada de oposición contra Zelaya y contra su propuesta de llevar a cabo la Consulta Popular, emitiendo un comunicado en conferencia de prensa en el que expresaba: "... advertimos que la mencionada propuesta no tiene asidero jurídico, por el contrario, más bien violenta preceptos constitucionales, cambios no se lograrán con una nueva constitución..."⁴⁶

44 Actualmente, cuenta con 249 miembros que representan más de 9.500 iglesias y ministerios y equivale al 90% del pueblo evangélico nacional. Tomado de <http://www.confraternidadevangelica.org/>.

45 Máxima autoridad católica de Honduras, en su momento fue considerado candidato a ser papa, la denuncia que se le hizo por este caso fue "engavetada" en la Corte Suprema de Justicia. El decreto de su asignación mensual sigue vigente.

46 Ver <http://archivo.elheraldo.hn/content/view/full/136359>.

Quienes lideraron estas posiciones fueron Evelio Reyes⁴⁷ y Oswaldo Canales,⁴⁸ con lo que aseguraron la permanencia de la elite religiosa protestante dentro de esta estructura de poder.

Finalmente, existe una cantidad de hechos, símbolos y declaraciones que afirman la participación de los norteamericanos, ya que si bien históricamente han desempeñado su papel de dominación sobre América Latina, en el caso de Honduras se halló intensificado por su posición geopolítica. Existen un sinnúmero de eventos que confirman la injerencia permanente de los Estados Unidos en Honduras, sin embargo, se dio un hecho que los señaló y legitimó su participación dentro del golpe.

En la región central hondureña, en la ciudad colonial de Comayagua,⁴⁹ se encuentra situada la “Base Aérea José Enrique Soto Cano”,⁵⁰ mejor conocida como Palmerola. En 1985, cobraría vital importancia para los Estados Unidos, puesto que allí se inauguraría por parte del gobierno de Roberto Suazo Córdoba la primera de las dos bases militares (Palmerobala y Caratasca-región oriental) que los Estados Unidos poseen en territorio hondureño. Desde ese punto, jugaría un papel geoestratégico en la lucha contra las revoluciones en América Latina.

Dentro de la base aérea, funciona la Fuerza de Tarea Conjunta Bravo, perteneciente al Comando Sur de los Estados Unidos, uno de los diez que se encuentran desplegados en el mundo y que abarca el sur del continente, Centroamérica y el Caribe. Debido a la longitud de la pista, se convierte en una de las mejores pistas de aterrizaje de Centroamérica; desde allí se coordinarían y se preparaban los ataques contra los pueblos que estaban llevando a cabo sus revoluciones tanto en la región centroamericana como en el cono sur del continente.

Como un desafío a ese posicionamiento hegemónico de dominación dentro del territorio hondureño, Zelaya había manifestado su intención de convertir a Palmerola en un aeropuerto comercial y de esa manera quitar el control de dicha base a los estadounidenses. Esto se sumaba a las demás acciones tomadas que lesionaban sus intereses (en materia energética, comercial) y que llevaría más tarde a tener un simbolismo importante dentro de la consecución del golpe.

El día en que Zelaya fue secuestrado, previo a ser expatriado hacia a Costa Rica, el avión en el que fue transportado hizo una parada “técnica” en la base militar de Palmerola, que luego fue confirmada por el gobierno de facto bajo la justificación de que la aeronave tenía que abastecerse de combustible. Posteriormente, el presidente democráticamente electo sería abandonado en la pista del aeropuerto de San José, Costa Rica. La acción que representó en ese momento llevar al presidente derrocado a la base militar estadounidense fue la confirmación de la dominación que el país norteamericano ejerce aún en Centroamérica y el hecho que el mandatario permaneciera unos minutos dentro

47 Líder de la Iglesia Evangélica “Vida Abundante”, históricamente ha sido ligado a la dirigencia del partido nacional, su sobrino ocupó una de las vicepresidencias del país en el gobierno de Porfirio Lobo (2010-2014).

48 Líder del “Centro Evangélico Cuadrangular”, fue nombrado director del Consejo Nacional Anticorrupción en el 2009, tres meses después de llevarse a cabo el golpe de Estado.

49 Antigua capital de Honduras.

50 Comandante general de la Fuerza Aérea hondureña durante el conflicto armado contra El Salvador en 1969.

de dicho establecimiento militar hizo que se transmitiera el mensaje directo, no solamente a Zelaya y sus intenciones (en ese momento truncadas) de enfrentarse a las elites para cambiar el sistema hegemónico vigente, sino a todos aquellos que lo desafiaban.

Las estrategias posteriores se presentarían como posiciones y comunicados oficiales del Departamento de Estado para alentar al “diálogo”⁵¹ entre el gobierno de facto con el presidente derrocado, así como las visitas de congresistas⁵² del ala más conservadora del Partido Republicano en apoyo a las acciones que se habían llevado a cabo por parte de quienes habían dado el golpe, la conformación de lobbies para buscarle una salida negociada al golpe y el valor simbólico que tuvo el paso previo del presidente en calidad de secuestrado por la base aérea estadounidense legitimaron la participación de los Estados Unidos dentro de esta estructura golpista.

51 Ver <http://old.latribuna.hn/2009/07/24/congresistas-de-eeuu-vienen-a-honduras-para-expresar-apoyo/>.

52 Ver <http://archivo.elheraldo.hn/AI%20Frente/Ediciones/2009/10/07/Noticias/Congresistas-de-UA-financiaron-el-golpe>.

LA CUARTA URNA

1. El gobierno de Zelaya y el ambiente previo para la construcción del proyecto de la cuarta urna

“Yo renuncié al gobierno y me fui a la trinchera popular hace seis años (2000), y desde allí el pueblo sin recursos, sin dinero y sin poder, me apoyó para volver a emprender una lucha, y poder obtener una victoria electoral con el apoyo sincero y honesto de miles de hondureños que en forma inteligente y sabia, saben que las elecciones no se ganan con dinero, ni se ganan con poder, ni se ganan con el gobierno, se ganan con voluntad, principios y valores en favor del Pueblo hondureño, Yo soy el ejemplo vivo de esa lucha y debemos imitarlo”.¹

Así comenzaba Manuel Zelaya su mandato el día de su toma de posesión. Su ascenso al poder se caracterizó por haber obtenido una apretada victoria frente a Porfirio Lobo (PN); y aunque la obtención de su cargo lo había conseguido a través de la estructura hegemónica bipartidista, y como un prelude de lo que sucedería en su gestión, señalaba los puntos que la sociedad debía de combatir para lograr un cambio en el curso histórico de las gestiones administrativas del país. En el mismo acto de toma de posesión sancionaría,² la Ley de Participación Ciudadana, aprobada en días anteriores por el Congreso Nacional.³

Esta ley contemplaba la inclusión del ciudadano en la formulación, ejecución y evaluación de todas las políticas del Estado, con lo que lo convertía en protagonista y gestor de su propio destino. Como una promesa de campaña, Zelaya había ofrecido a la sociedad ser partícipe de las decisiones de su gobierno a partir de instrumentos como el plebiscito, referéndum, los cabildos municipales y la iniciativa ciudadana. El presidente derrocado no lograría que el Congreso Nacional aprobara otra ley que figuraba dentro de su paquete de promesas, tales como la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. La Ley de Participación Ciudadana, sin embargo, sería aprobada tiempo después pero modificada casi en su totalidad.

Los días subsiguientes a la toma de posesión, Zelaya le demandaría al Poder Legislativo que agilizará la discusión y pronta aprobación de la ley, como un instrumento de combate a la corrupción. Zelaya ofrecía un liberalismo social, frente

1 Fragmento del discurso de toma de posesión de Manuel Zelaya el 27 de enero de 2006.

2 Formula que pronuncia el Poder Ejecutivo para aprobar cualquier ley, decreto o acuerdos.

3 El congreso Nacional en Honduras toma posesión 2 días antes que el Presidente de la República.

a quienes venían desplegando ajustes económicos (neoliberalismo), a la vez que anunciaba la reorientación de la política pública de Estrategia de Reducción de la Pobreza (ERP) que había emprendido el gobierno anterior, objetando la inversión realizada en relación con los resultados esperados. Anunciaba que se trabajaría sobre la base de una economía abierta, libre, al tiempo que afrontaría el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, aunque manifestaba que “es una lucha de David contra Goliat”.⁴

El primer año de gobierno de Zelaya estuvo marcado por una ola de protestas de diferentes grupos sociales: el magisterio, los médicos y las enfermeras exigían el cumplimiento de peticiones, así como el cumplimiento de sus conquistas laborales y derechos adquiridos, los transportistas demandaban una solución a los elevados precios en los hidrocarburos, que a su vez disparaban la cadena de producción y repercutía en la sociedad en general. La crisis social y económica a la que se enfrentaba Zelaya lo obligaba a implementar políticas alternativas, que no estuvieran orientadas a profundizar el modelo económico histórico.

En materia económica, el país experimentó un crecimiento promedio del 5,6% de su PBI durante su mandato y alcanzó los mayores indicadores de desarrollo en los últimos 14 años (algo que aún no se ha logrado superar), y se registró de igual manera un descenso de la inflación al 4,9%. La suscripción de Tratados de Libre Comercio con diversos Estados,⁵ el establecimiento de la unión aduanera entre los países de la región centroamericana y la reducción de intereses en créditos para reactivar el aparato productivo nacional (sumado a la condonación de una parte de la deuda externa), conjuntamente con la obtención de más financiamiento externo, hizo que el gobierno pudiera capitalizar proyectos sociales con muchas más amplitud.

Estas medidas hicieron que Zelaya empezara a contar con el apoyo de sectores históricamente opuestos a las administraciones públicas, particularmente los sociales (campesinos, trabajadores, gremios, sindicatos), y conservara aún el apoyo de ciertos sectores de las elites, que se beneficiaban de los resultados macroeconómicos que se iban presentando.

Dichas acciones hicieron que el gobierno y particularmente la figura de Zelaya creciera en popularidad, y que en cierta medida le diera la posibilidad de transitar su mandato en una relativa calma, la cual se perdió en el momento del quiebre con los grupos hegemónicos. Esto le dio la posibilidad e impulso para buscar otras alternativas, generar alianzas y entablar relaciones con otros países cuya ideología y manejo de relaciones diplomáticas no concordaban con las que se habían operado a lo largo de los años bajo el consenso bipartidista en el país.

Algunas de las políticas públicas que le dieron legitimidad y autoridad al presidente, y que preparaban el terreno para la propuesta de reformar la Constitución, fueron las siguientes:

4 Ver <http://hoy.com.do/manuel-zelaya-asume-presidencia-honduras/>.

5 Se suscribieron TLC entre El Salvador, Honduras y Taiwán, así como el Tratado del “Triángulo Norte” entre El Salvador, Guatemala, Honduras y Colombia y protocolos bilaterales con Chile y Panamá.

- Se licitó a nivel internacional, por primera vez, la liberalización del mercado de hidrocarburos para cambiar el monopolio de la importación de combustibles⁶ y lograr, con ello, precios más bajos para los consumidores. Asimismo, se hizo la renegociación de contratos leoninos con las empresas generadoras de energía eléctrica.

- En el sector agrícola, se logró incrementar la producción de diversos productos, entre ellos se destacaron el café, el maíz, el frijol y el sorgo, que alcanzaron más del 45%; en el mismo ámbito agrícola, se constituyó el país como el segundo mayor exportador de tilapia en América Latina (después de Ecuador), con lo que logró, resultados mediante, dar inicio a un plan de estabilidad en materia de seguridad alimentaria.

- Se destinó el 9,5% del PIB en el sistema educativo y se puso en marcha el proyecto de matrícula gratis para los niveles primario y secundario del país, lo que elevó un 11% la cobertura de este sistema, al mismo tiempo que se iba cumpliendo con los compromisos adquiridos con el magisterio.

- En materia fiscal, se logró recaudar un 26% más que en el gobierno anterior sin crear ningún paquete ni medida tributaria durante el transcurso del mandato.

La generación de políticas sociales orientadas a beneficiar familias en extrema pobreza mediante la entrega de un bono solidario, así como la incorporación de más sectores dentro del sistema de producción al sistema de seguridad social del país.

- La implementación de la Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública, que tuvo como finalidad el desarrollo y ejecución de la política nacional de Transparencia.

- La adhesión a ALBA y PETROCARIBE generó la puesta en marcha de programas sociales, así como de beneficios en materia energética; recibió, de parte del primero, 30 millones de dólares para créditos a pequeños agricultores, 100 tractores agrícolas y 100 millones de dólares para programas de vivienda, además de otros apoyos para programas de salud, educación y asistencia en tecnología. Con PETROCARIBE, el país obtendría un suministro de combustible anual que llevaría implícito un beneficio al momento de pagar el mismo que consistía en obtener un período de gracia para su cancelación hasta de dos años y una tasa de interés anual del 2% (PETROCARIBE, 2009).

A estas medidas implementadas por el gobierno de Zelaya, se le sumaría el incremento al salario mínimo,⁷ que representó un ajuste de casi un 60% en el pago a los trabajadores. Esto generaría una serie de reacciones adversas por parte de las elites económicas y políticas, ya que la acción fue tomada como una jugada política por parte de Zelaya para lograr el apoyo popular en el proyecto de la cuarta urna, interpretándose también como respuesta a la elite económica por haberse opuesto desde un principio en su adhesión al ALBA.⁸

En síntesis, para finales de 2007, Zelaya había podido transitar la mitad de su mandato bajo la consecución de objetivos que le generaron respaldo popular pero

6 Esta licitación representaría el primer choque de Zelaya con las elites de poder <http://www.lajornadanet.com/diario/archivo/2008/diciembre/23/7.html>.

7 Este incrementó en ese momento de 3.400 a 5.200 Lempiras (de 170 a 260 USD).

8 <http://todo.honduraslaboral.org/leer.php/1633>.

no así de las estructuras que forman parte del consenso de poder. El reconocimiento de organismos internacionales⁹ le suscitó legitimidad y peso a su administración por la mejora sustancial que en materia económica se produjo durante su mandato, aun con la oposición de los grupos económicos más poderosos.

De esta manera, se preparaba el terreno para la propuesta de realizar una consulta popular, la cual sería concebida en un contexto de pugna interna entre Zelaya y las elites del poder que habían comenzado a darle la espalda por su cambio en el manejo histórico de la administración pública, y que nutrían su oposición y empezaban a planificar su derrocamiento por la apertura y acercamiento del presidente con otras naciones y mandatarios del área.

2. El proyecto de la Consulta Popular

2.1. La tradición jurídico política hondureña

La República de Honduras ha tenido un considerable número de textos constitucionales.¹⁰ El derecho hondureño proviene de los Derechos Romanistas derivados del derecho común, inicialmente estaba formado por normas de la “Ley de Indias” (legislación promulgada por los españoles al momento de la conquista) y su codificación se dio a partir de la reforma liberal a finales del siglo XIX. Sus constituciones se han caracterizado por tener un corte de naturaleza liberal fundamentado en el modelo republicano, democrático y representativo.

La Constitución hondureña posee la particularidad de ser cerrada y, si bien promulga una lógica de soberanía popular y establece los mecanismos para ejecutarla (Plebiscito y Referéndum), estos carecen de reglamentación para llevarse a cabo: toda propuesta, reforma y transformación política requiere de las $\frac{3}{4}$ partes (85 votos) de los diputados al Congreso Nacional, procedimiento en el que se puede llegar a perder la decisión original de la población. Con ello, se demuestra que su conjunto de reglas y principios cerrados corren siempre el riesgo de situar a la constitución en contra de la democracia. Por ello, es que la única posibilidad de poder cambiar la estructura del Estado sería a través de una asamblea nacional constituyente, y Zelaya comprendió que el único canal que podría abrir la posibilidad de realizar ese proceso político era a través de la participación directa de la población.

Con la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente en 1980 como la encargada de crear la Constitución vigente, le dio continuidad a la forma de gobierno presidencialista, adoptada desde la independencia de España; se reactivaron los Poderes del Estado, así como el Tribunal Nacional de Elecciones¹¹ y los partidos políticos. Así, se reinstaló y se fue consolidando la democracia bajo la tutela militar. En su Artículo 4, la Constitución de Honduras establece: “... los Poderes del Estado serán complementarios e independientes y sin relación de

9 La CEPAL colocó a Honduras en el 2006 como uno de los países en los primeros lugares de crecimiento económico de la región centroamericana.

10 Desde su constitución como república, ha tenido 11 constituciones.

11 Con su reforma, pasó a llamarse Tribunal Supremo Electoral.

subordinación”. Pero en la práctica esto nunca fue así, y durante un buen tramo de la década de los ochenta, el presidente controlaba al resto de los poderes del Estado: el partido que gobernaba mantenía una cómoda mayoría en el Congreso Nacional, y ya que este era el encargado de nombrar a los jueces y magistrados, se aprovecha a posicionar los cuadros dentro de estos organismos (Paz, N.d: 624).

Si repasamos el contexto histórico, se refleja que el consenso de poder en esa época se compartía entre el Presidente con el jefe de las Fuerzas Armadas que mantenía su estatus todopoderoso frente a las demás fuerzas; relación que fue cambiando paulatinamente con el partido opositor y el ingreso de nuevos actores al sistema político. Hoy en día el sistema presidencialista se pone en duda al evidenciar la falta de poder que posee quien ostente ese cargo puesto que se ve obligado cada vez más a ceder ante el Congreso Nacional y a otros actores para poder lograr un proceso de gobernabilidad.

Justamente, la debilidad estructural del Estado hondureño radica en que se orientó al fortalecimiento de las elites hegemónicas de poder, en detrimento de la institucionalidad. La saturación político-clientelar en las instituciones del gobierno y la inclusión de las elites económicas en el manejo de concesiones, empresas estatales y recursos naturales contribuyeron con dicha erosión, y reduciendo la capacidad de acción del Estado. En la tradición jurídica hondureña las decisiones trascendentales del Supremo Tribunal siempre han estado subordinadas al poder político sin garantía de independencia; la prueba es que el nombramiento de sus miembros está dentro de las atribuciones del Congreso Nacional así como también es exclusividad de este órgano interpretar la constitución de la República (Artículo 205 numeral 9 y 10).

El ejemplo más reciente de ello se dio en el 2012 con la separación de cuatro magistrados de la Sala en lo Constitucional, al emitir una sentencia favorable a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra las reformas a la Ley Orgánica de la Policía Nacional. En ellas se establecía la separación automática de miembros de ese cuerpo armado si no aprobaban un mecanismo denominado “pruebas de confianza” y sin garantías de ser sometidos a un proceso para contestar y defenderse de los señalamientos. La sala en mención se compone de 5 magistrados¹² de los cuales solo uno de ellos votó en contra del recurso interpuesto, esto fue interpretado por el Congreso Nacional como una decisión no congruente con las políticas públicas en materia de seguridad impulsadas por el Poder Ejecutivo y Legislativo y que la emisión del fallo se realizaba fuera del plazo que ordenaba la ley.

Por medio de un “procedimiento” de destitución, la acción de separación se sustentó en la revisión a la “conducta administrativa” de los funcionarios (Artículo 205, numeral 20 de la Constitución). Esto mismo se le aplicó a Zelaya al momento de su destitución, obviando con ello la independencia y no relación de subordinación a la que se refiere el artículo 4 de la constitución y reafirmando la tradición de sumisión jurídica al poder político.¹³ Los magistrados, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 237-2012, fueron separados por haber incurrido en

12 El único magistrado que no fue separado posteriormente fue nombrado Fiscal General del estado.

13 Ver <http://www.latribuna.hn/2012/12/13/magistrados-separados-destitucion-es-ilegitima-ilegal-e-injusta/>.

“conductas” contrarias a las políticas públicas en materia de seguridad. La sentencia en la que declaraba inconstitucional el Decreto Legislativo N° 89-2012, que contenía la Ley de Depuración Policial, les costó el cargo. Dicha ley establecía el mecanismo de despido “automático” de todo miembro de la Policía Nacional que no aprobara una serie de evaluaciones que certificaran sus aptitudes y capacidades para ser parte de dicho órgano de seguridad del Estado.

La separación se hacía efectiva de manera inmediata y le negaba el derecho a la defensa a los policías reprobados, este fue el elemento principal por el que los magistrados fallaron contra el decreto en mención, puesto que contravenía lo estipulado en los Artículos 82, 89 y 90 de la Constitución, referidos a la inviolabilidad del derecho a la defensa, presunción de inocencia y a ser juzgados y vencidos en juicio por órgano competente. El Congreso unilateralmente y actuando nuevamente como tribunal, de manera consensuada con la mayoría de los diputados votaría el decreto a favor de la separación, desobedeciendo así el principio de independencia de Poderes del Estado e incumpliendo lo establecido en el Artículo 314 constitucional: “... los magistrados deberán permanecer en sus cargos por un período de siete años, pudiendo ser reelectos y solo podrán ser separados por causa de muerte, incapacidad o sustitución por causa legal”.

Así nos encontramos con un hallazgo que nos muestra la supremacía que ejerce el Poder Legislativo en el sistema político hondureño. La cohesión y el núcleo principal del consenso de poder liderado por el bipartidismo; el desempeño en sus decisiones casi unánimes afirman su carácter de irrespeto al Estado de Derecho y, por otra parte, manifiesta la falta de democratización de las instituciones públicas al no poseer mecanismos de solución a los conflictos entre Poderes, lo que produce un vacío legal en el que se puede operar de manera impune, a la vez que se constituye en un elemento más de control, a disposición de estas elites.

2.2. La Consulta Popular: su origen, características y fundamento jurídico

En Honduras, el período presidencial tiene un tiempo de duración de cuatro años, de acuerdo con la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas.¹⁴ El último domingo del mes de noviembre del año anterior al inicio de ese período, se instalaron tres urnas para elegir fórmula Presidencial, Diputados al Congreso Nacional y Corporaciones Municipales. La propuesta se centraba en realizar una Consulta Popular para que la población decidiera si se instalaba una *Cuarta Urna*¹⁵ el mismo día de las elecciones para que dentro de ella se depositara la decisión sobre una nueva Asamblea Nacional Constituyente que viniera a cambiar la constitución actual.

La constitución de la República, en su artículo 2, manifiesta: “La soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado y que estos se ejercen por representación, asimismo esta soberanía podrá ejercerse de manera directa a través del plebiscito y referéndum”; sin embargo, para el 2009, y desde la creación de la constitución, estas dos figuras no estaban reglamentadas, de

14 Artículos 159 y 160, Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas.

15 Ese fue el nombre que se le dio al proyecto de la Consulta Popular.

manera que era materialmente imposible que la población ejerciera su derecho soberano directo a través de estos instrumentos.

Zelaya señaló que el consenso bipartidista de poder no permitía realizar los cambios para modificar el sistema estructural del Estado, y señaló las limitaciones que el sistema hegemónico imponía a la hora de concebir un gobierno más incluyente, participativo y con tendencia a reducir la desigualdad histórica. Por ello es que surgió la propuesta desde el Poder Ejecutivo para instalar una nueva Asamblea Nacional Constituyente que se ocupara de crear una nueva carta magna que reuniera todos estos principios e ideales.

La estrategia de la oposición se dirigió a estigmatizar a la cuarta urna y no a la consulta popular. Durante los primeros seis meses de 2009, este fue el asunto más sobresaliente en la política hondureña. La reacción inicial de los partidos políticos fue positiva a la idea de la propuesta pero con algunas condiciones: el Partido Liberal acordó realizar la consulta, pero después de realizarse las elecciones generales de ese año. La idea se apoyaría, siempre y cuando, estuviera tutelada por los sectores tradicionales de poder, con un nuevo gobierno en funciones y le quitaría el protagonismo a Zelaya que era quien impulsaba el proyecto. En opinión de Milton Jiménez Puerto,¹⁶ la idea de la cuarta urna no fue directamente del presidente, sino de otros sectores, y él decidió impulsarla:

El presidente dijo que la cuarta urna no era una idea de él, que se la habían propuesto en una reunión con un grupo de los poderosos y que Arturo Corrales¹⁷ nunca los desmintió porque sabía que era cierto, que él la había propuesto, la había propuesto por la necesidad de cambiar, porque es evidente que la Constitución, primero, había sido violada infinidad de veces; segundo, es un mar de conflictos y de contradicciones; tercero, es un documento que pretende regir hasta el último acto de la vida nacional; cuarto, existen disposiciones que son absolutamente inaplicables a la altura en que estamos (El Herald, 19 de julio 2011).¹⁸

En este sentido, hay que descartar la atribución original a Zelaya de querer construir la plataforma para reformar la Constitución y convocar a diálogos; el consenso de poder sabía con antelación que se necesitaban hacer cambios y la popularidad ante la posibilidad de instalar la cuarta urna se vinculaba con el deseo de mayor participación de la población puesto que existía un desgaste de esta hacia el sistema de partidos. El desinterés y la desconfianza de la población hacia los partidos políticos se reflejaba en los resultados que se venían obteniendo en las últimas elecciones. La disminución del apoyo popular al bipartidismo se expresaba en el abstencionismo; sin embargo, la consecución del proyecto se concebiría de acuerdo con los intereses de estos grupos otorgando concesiones mínimas de participación a la sociedad y culminando en una reforma más al ordenamiento legal.

16 Abogado y político, ex canciller y secretario privado de la presidencia durante el gobierno de Zelaya.

17 Político y empresario ligado a las élites económicas y políticas del país, posterior al golpe formaría parte de la comisión negociadora del gobierno de facto y luego de ello Canciller y ministro de Seguridad durante el mandato de Porfirio Lobo. Actualmente, sigue en el cargo.

18 Ver <http://www.laprensa.hn/honduras/551861-97/mel-dijo-que-la-cuarta-urna-no-era-una-idea-de-el>.

Si bien no se le atribuye al presidente la realización de la propuesta, debemos preguntarnos: ¿Qué hizo que, si bien la propuesta contaba con la anuencia de los grupos de poder, Zelaya se desmarcara de la intensión original de estos y provocara el cambio en sus posiciones; de ser propositores de esta a oponerse rotundamente a ella?

Si la cuarta urna estaba negociada en un principio con los sectores de poder, esto indica que existía un análisis compartido de la crisis de representación. Esta crisis se había generado en la pérdida del respaldo popular tanto del presidente como de las elites. La lógica de participación concebida por el bipartidismo se reducía a legitimar cada cuatro años por medio del voto a sus representantes, y estos sin ningún mecanismo de control o de rendición de cuentas para retribuir la confianza de quienes los votaban, se volvían contra quienes los elegían y respondían únicamente a los intereses de las elites hegemónicas, erosionando su posicionamiento frente a la sociedad.

Zelaya se da cuenta de que la diferencia de su punto de vista con el de quienes, en principio, estaban involucrados en llevar a cabo el proyecto de la consulta; es el de que se debe impulsar una lógica de participación distinta a la concebida por los partidos hegemónicos. Solo de esa manera se podría desarrollar un proceso distinto a lo que tradicionalmente se había implementado. El conocimiento de dicha erosión le facilitó al presidente su pronta demarcación¹⁹ de las elites, puesto que representaba un elemento que, en primer lugar, alimentaba la idea de un cambio real y, en segundo, le podía facilitar la construcción de la estructura fuera del consenso histórico.

La interpretación del presidente se podría aplicar al hecho de que en el país el estado de derecho es un mito institucionalizado, donde los derechos humanos oficiales disfrazan con cinismo la impunidad del sistema. Las leyes circulaban abierta o encubiertamente de acuerdo con los intereses de los grupos que manejan el mercado, que condicionaban la vida social, política y espiritual de la sociedad, donde la voluntad de la clase dominante se erige en ley y crea un fetichismo jurídico que pretende exaltar la pureza del derecho como base fundamental para organizar el Estado pero que en realidad se concibe como un derecho caracterizado por el interés particular y no el de la totalidad de la sociedad (Valqui, 2009).

La Ley de Participación Ciudadana fue un instrumento que rompió con esa concepción histórica de elaborar marcos normativos bajo los lineamientos de la clase dominante. Uno de sus aspectos más importantes era que abría la posibilidad de incluir a la población en la toma de decisiones y de establecer una democracia participativa. Para abrir el espectro democrático en el país, la convocatoria a la consulta era la alternativa más inmediata y fundamentada legalmente. La otra opción que se presentaba era la del plebiscito, aunque para ello se debía afinar su reglamento.

La puesta en marcha de la propuesta de reforma constitucional disparó todas las especulaciones sobre la intensión del presidente de “perpetuarse en el poder”, así

19 Este se considera un núcleo del problema, en cuanto a que el desmarcaje del presidente significó un punto a pensar que generó temor a los grupos de poder, hasta ese momento no hay otros sectores sociales en juego más que las elites que pretendían tutelar el proceso pero sin contar con el viraje del mandatario.

como de la inclinación del país hacia la política “chavista”²⁰ por responsabilidad y capricho de Zelaya, lo cual desataría el conflicto en el Congreso Nacional y al interior del Partido Liberal. De esta manera y con la oposición declarada, el Presidente en Consejo de Ministros impulsa a través de un Decreto Ejecutivo del 23 de mayo del 2009, la “Consulta Popular” tendría lugar el 28 de junio de ese mismo año. El Decreto en mención agravaría la crisis, puesto que el Ministerio Público impugnaría dicho acto administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo.

La sentencia de suspensión por parte de ese Tribunal obligaría a Zelaya a buscar la forma de sortear dicho obstáculo. El Decreto Ejecutivo Número PCM-020-2009 del Presidente en Consejo de Ministros del 26 de mayo del 2009 en donde se modificaban las palabras “Consulta Popular” por “Encuesta de Opinión”,²¹ que si bien modificó el nombre del proyecto, mantenía su esencia principal de consultar a la población.

Los principales argumentos y fundamentos legales que se aplicaban al proyecto de la Consulta Popular fueron los siguientes:

Dentro de la Constitución de la República:

Artículo 1.– Honduras es un Estado de derecho, soberano, constituido como república libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social.

Artículo 2.– La Soberanía corresponde al Pueblo del cual emanan todos los Poderes del Estado que se ejercen por representación.

La soberanía del Pueblo podrá también ejercerse de manera directa, a través del Plebiscito y el Referendo.

La suplantación de la Soberanía Popular y la usurpación de los poderes constituidos se tipifican como delitos de Traición a la Patria. La responsabilidad en estos casos es imprescriptible y podrá ser deducida de oficio o a petición de cualquier ciudadano.

Como elemento relevante dentro de estos dos artículos, aparece el concepto de *soberanía*, el cual está referido al derecho del pueblo como una unidad y la posibilidad sobre la decisión común de vivir juntos y de decidir participar en libertad, además de su responsabilidad de guiar su destino como comunidad (Marshall, 2010: 257-258). Si bien en Honduras se ha invocado históricamente a la soberanía popular como fundamento del orden estatal, esta ha sido suplantada por los grupos de poder hegemónicos.

Dentro de la Ley de Participación Ciudadana:

Artículo 1.– Las disposiciones de esta ley tienen por objeto promover, regular y establecer las instancias y mecanismos que permitan la organización y funcionamiento de la participación ciudadana y su relación con otros órganos del Estado, conforme a la Constitución de la República y demás leyes.

20 Diferentes sectores políticos, empresariales y religiosos iniciarían una campaña mediática en la cual acusarían a Zelaya de querer llevar al país bajo los dominios de Hugo Chávez y señalarían que el presidente quería importar el modelo del socialismo del siglo XXI.

21 A efectos de no confundir los conceptos, seguiremos designando como Consulta a este Decreto.

Artículo 3.– Los mecanismos de participación ciudadana son entre otros:

- 1) El Plebiscito;
- 2) El Referéndum;
- 3) Los Cabildos abiertos municipales;
- 4) La iniciativa ciudadana; y
- 5) Otros señalados en la Ley.

Se remarca el numeral 4 de este artículo puesto que fue a través de este mecanismo que se solicitó al Poder Ejecutivo que se llevara a cabo la Consulta.²²

Artículo 5.– La iniciativa ciudadana es un mecanismo de participación mediante el cual el ciudadano podrá presentar las solicitudes e iniciativas siguientes:

Solicitar que los titulares de órganos o dependencias públicas de cualquiera de los Poderes del Estado que convoque a la ciudadanía en general, a los vecinos de un Municipio, de un barrio o colonia, a gremios, sectores o grupos sociales organizados, para que emitan opiniones y formulen propuestas de solución a problemas colectivos que les afecten. Los resultados nos serán vinculantes pero si elementos de juicio para el ejercicio de las funciones del convocante.

El carácter *no vinculante* de los resultados que pudiera haber obtenido la Consulta Popular, en el caso que la votación hubiera sido positiva a la instalación de una cuarta urna en los próximos comicios electorales, tendría que ir en segunda instancia al Congreso Nacional para que en un debate y discusión de acuerdo con la votación del pleno de diputados se decidiera si se instalaba o no dicha urna.

Días previos a la ejecución de la Consulta y por solicitud del Poder Ejecutivo, se envió una petición de acompañamiento a la OEA para observar el proceso de votación y darle mayor legitimidad al acto. La organización envió una misión, cuyos representantes en conferencia de prensa 8 días antes de llevarse a cabo la Consulta remarcarían el hecho “no vinculante” de la misma y de que su presencia en el país solo respondía a labores de acompañamiento del proceso.²³

En Honduras, la institución encargada de todo lo relacionado con los actos y procedimientos electorales, su integración, organización y funcionamiento es el Tribunal Supremo Electoral (TSE);²⁴ pero, para ejecutar el decreto de la Consulta, se delega en el Instituto Nacional de Estadística la responsabilidad de llevar a cabo dicho proyecto.

Los artículos de su ley constitutiva bajo los cuales se construyó el criterio de que era la institución idónea para llevar a cabo dicho proceso son los siguientes:

Artículo 4.– Los objetivos generales del Instituto Nacional de Estadística (INE), serán:

Asegurar la producción, utilización apropiada y difusión sistematizada de estadísticas confiables y oportunas, necesarias para el permanente conocimiento de la realidad nacional, la planificación del desarrollo y la eficiente gestión en la toma de decisiones del sector público y privado del país;

22 Ver el Considerando N° 6 del Decreto Número PCM 020-2009 del 26 de marzo del 2009.

23 Ver <http://www.laprensa.hn/honduras/531900-97/cuarta-urna-es-potestad-del-cn>.

24 Artículo 9, Capítulo II de la Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas de Honduras.

Artículo 5.– El Instituto Nacional de Estadística (INE), tiene las Atribuciones y funciones siguientes:

3) Ejecutar o coordinar la generación de datos mediante investigaciones estadísticas y el uso de los registros administrativos del sector público, así como, la actualización cartográfica censal.

12) Sistematizar, mantener, consolidar y divulgar la información estadística disponible en bancos de datos y redes de comunicación, producida en el Instituto Nacional de Estadística (INE), mediante un plan de publicaciones, biblioteca abierta y disponibilidad de archivos electrónicos.

Los fundamentos sobre los cuales se decidió que fuera el INE quien llevara a cabo la Consulta estuvieron orientados a sortear los obstáculos que se le imponían al proyecto. El TSE es una institución manejada por el bipartidismo en la cual el pleno de magistrados²⁵ que la conforman son electos por el Congreso Nacional, colocando un representante del Partido Liberal, otro del Partido Nacional, y dejando una tercera plaza para un representante del Partido Demócrata Cristiano de Honduras (históricamente aliado del PN).

En ese sentido, el máximo tribunal encargado de dar legitimidad a los procesos electorales, al ser integrado por personas que responden al interés del consenso de poder, pierde la transparencia necesaria para hacer del mecanismo un proceso confiable. Aunque este detalle le quita legitimidad y credibilidad, apegado a estricto derecho no dejaba de ser el órgano indicado para realizar la Consulta. Sin embargo, esto pudo haber disminuido la fuerza del proyecto político, puesto que se le han ido reduciendo espacios que certificasen la veracidad de la acción presidencial.

Haciendo uso del plexo normativo internacional, el decreto mencionaba el Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que refiere a que nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones y declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, y que el ejercicio de este derecho acarrea deberes y responsabilidades especiales correspondientes a asegurar el respeto a los derechos o reputación de los demás, así como la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

También el Artículo 6 de la Carta Interamericana Democrática de la OEA que establece:

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

Una vez fundamentado legalmente el decreto que le daba vida a la consulta, ordenaba en su Artículo 1 que se realizara la “Encuesta Nacional de Opinión” el

25 A pesar de las recientes propuestas por parte del Partido Libre de reformar la Ley constitutiva del TSE para integrar a un magistrado por cada partido político, estas han recibido todo tipo de obstáculos para llevarlas a cabo por parte del bipartidismo.

domingo 28 de junio de 2009 y que esta planteara la siguiente pregunta:

¿Está de acuerdo que en las elecciones generales del 2009 se instale una Cuarta Urna en la cual el pueblo decida la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente?

Sí _____ No _____

El presente decreto entraría en vigencia al día siguiente de cuando fuese impreso en el diario oficial. Con ello, el primer mandatario materializaba la idea que abría la posibilidad de revisar totalmente la Constitución, la cual que abunda en contradicciones, con contenidos pétreos²⁶ y no permitía la participación efectiva del ciudadano en los procesos de decisión y solución de problemas locales y nacionales y que no respondía a la realidad nacional de Honduras, en el siglo XXI.

Más allá del análisis jurídico que sobre la base normativa hondureña determinará si el proyecto de la consulta está legalmente permitido o no, es importante remarcar el acuerdo que había entre los diversos sectores políticos al inicio del proyecto. De acuerdo con una entrevista que le hizo diario *El Herald*²⁷ el presidente de la Corte Suprema de Justicia declaró oportunamente que su compromiso estaba en fortalecer la democracia: "... si la cuarta urna fortalece la democracia, estaremos con la cuarta urna; pero si la debilita tendremos que tomar los correctivos aplicando la constitución y las leyes...". Porfirio Lobo, candidato presidencial de ese momento por el Partido Nacional, declaraba su anuencia al proyecto pero solicitaba que en vez de llamarle cuarta urna se le llamara "Urna Constitucional".²⁸ Sin embargo, la bancada de su partido en el Congreso Nacional y el resto de su instituto político estaban en abierta oposición a Zelaya.

La dinámica de construcción del "acuerdo político" imponía aspectos que daban lugar a dos escenarios posibles:

- Un acuerdo procedimental: en el que se garantizaba la gobernabilidad, teniendo como actores principales al gobierno, partidos y el resto de la sociedad pero con el manejo de una agenda e intereses preestablecidos por quienes dirigirían el acuerdo, y donde las reglas del juego serían consensuadas, garantizando la misma estructura del sistema hegemónico. Un proceso que en el marco de la constitución vigente y que garantiza la estabilidad del consenso bipartidista y las elites.

- El conflicto institucional: que fue el que finalmente se dio, y que estuvo caracterizado por la desacreditación del proyecto y la imposición de ilegitimidad por parte de quienes se opusieron. El proceso se llevó a cabo como un enfrentamiento de intereses y agendas contrapuestas, que sin ningún punto de contacto o denominador común bloqueó a la posibilidad de implementar la democracia participativa, generando además la deslegitimación acelerada del sistema político.

26 La constitución de Honduras posee 9 artículos irreformables o pétreos, los mismos se refieren a la forma de gobierno, el territorio nacional, el período presidencial, la no reelección presidencial, quienes no pueden ser candidatos a la presidencia y el carácter irreformable de estos.

27 Ver <http://archivo.elheraldo.hn/Pa%C3%ADs/listado-nota/Ediciones/2009/03/27/Noticias/Fundamental-defender-la-Constitucion-y-fortalecer-la-democracia>.

28 Ver <http://www.proceso.hn/2009/05/03/Pol%C3%ADtica/Porfirio.Lobo.propone/13103.html>.

Por un lado, estaban los bloqueos y los mecanismos de oposición de los grupos hegemónicos, mientras que, por el lado del gobierno, se mostraba prisa para su implementación. Así, se terminaron descuidando aspectos cruciales: la falta de consensos mínimos dentro de las estructuras de poder, la falta de socialización, etc. De esta manera, no pudieron clarificarse y ampliar los objetivos, alcances, métodos y naturaleza dentro de la población, como tampoco hacia el interior del gabinete de gobierno de Zelaya, donde existía cierta confusión y desconocimiento acerca del proyecto.

2.3. El límite legal de la Consulta, análisis jurídico del proyecto

El presidente Zelaya optó por un camino distinto a la tradición que se maneja en la dinámica política-jurídica del país centroamericano: en lugar de remitir la Consulta como un proyecto de ley al Congreso Nacional²⁹ para que este decidiera aprobarla o no, prefirió preguntarle directamente al pueblo y en el caso que la respuesta fuere positiva tener la fuerza y justificación necesaria para reenviarla al Congreso Nacional.

El primer decreto PCM-005-2009 fue el denominado “Consulta Popular”, y fue impugnado por el Ministerio Público ante el Juzgado de lo contencioso administrativo bajo el fundamento jurídico que el proyecto entraba en choque con la Constitución, puesto que esta solo reconoce al plebiscito y referéndum como figuras de “consulta” permitidas y cuya realización es competencia exclusiva del Tribunal Supremo Electoral.³⁰

El Juzgado de lo contencioso administrativo decidió en sentencia incidental³¹ suspender los efectos de ese primer Decreto del Consejo de Ministros para evitar que su realización tornara equivoco el fallo final. El presidente en Consejo de Ministros en aceptación de la pretensión del Ministerio Público, y sorteando el obstáculo legal, revocó dicho Decreto a pesar que este nunca alcanzó la plena vigencia ya que no se publicó en el diario oficial *La Gaceta*, lo cual es un requisito exigido en la Constitución para que los actos de carácter general surtan efectos.

La invocación de la Ley de Participación Ciudadana por parte del Ejecutivo para llevar a cabo la Consulta resultó ser el asidero legal que se necesitaba para seguir adelante con el proyecto. Su fundamento legal: el Artículo 5 en el que se reconoce la “iniciativa ciudadana” como el derecho a pedir a los titulares de los órganos del Estado que soliciten a la población su opinión o propuestas de solución sobre problemas colectivos que les afecten. El resultado no tendría carácter vinculante, sino que sería un elemento de juicio para el ejercicio de las funciones del convocante.

Lo que debió resolver el Juzgado –siempre a instancia de parte interesada– era la adopción de medidas cautelares para asegurar el resultado de la sentencia. Ante esta falta de claridad, el 29 de mayo de 2009, el Juzgado resolvió que en la misma

29 Debido al fuerte consenso histórico, todo proyecto de ley que conlleve una reforma sustancial o importante se ha enviado al Congreso, en el caso de la Consulta no era necesario.

30 Ver artículo 5, párrafo 5 de la Constitución de la República de Honduras.

31 La legislación hondureña reconoce dos tipos de sentencia: la definitiva y la incidental. La primera se dicta en los juicios ordinarios y, cuando ya no admite impugnación por el transcurso de los plazos para recurrirla, se convierte en sentencia firme o pasada por autoridad de cosa juzgada.

sentencia se encontraban comprendidos no solo el acto impugnado originalmente en la demanda, sino todos los actos que en el futuro dictara el Ejecutivo con esa finalidad, bloqueando con ello la posibilidad de llevar a cabo la Encuesta.

La Sentencia comprendía no solo el Decreto impugnado, sino aquellos que el demandado realizara a futuro. En la práctica, la aclaración del Tribunal se convertiría en una sentencia nueva que decidía sobre actos que no habían sido objeto de juicio y que además carecían de existencia real. Probablemente, esta sentencia estaba pensada sobre la posibilidad de que el Ejecutivo podía llevar adelante otras acciones para que la Consulta se efectuara. Esta aclaración obligaría al presidente, por medio de su apoderado legal, a tratar de sortear el obstáculo e interponer los recursos de apelación contra la primera resolución y posteriormente el de casación. La primera ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo y la segunda ante la Corte Suprema de Justicia, ambas se declararían inadmisibles.

La Encuesta de Opinión nunca fue declarada ilegal en estricto derecho puesto que, como ya lo hemos señalado, la sentencia solo hacía mención del primer decreto, el PCM-005-2009, que anulaba la Consulta Popular. La aclaración de la sentencia se convierte en un error jurídico administrativo, puesto que no sustancia ningún procedimiento de manera individualizada, en virtud que los alcances de ambos Decretos Ejecutivos eran completamente distintos.

Para haberse considerado ilegal el Decreto de la Encuesta de Opinión,³² el Ministerio Público debió haber presentado una nueva acción de nulidad, lo que provocaría, como todo debido proceso, una controversia jurídica que derivara en una sentencia garantista. De acuerdo con Ferrajoli (2001), el carácter garante de una sentencia involucra el principio de legalidad surgido para impedir la arbitrariedad del poder con mecanismos que comprenden la averiguación de la verdad a través de la oficialidad, imparcialidad, prontitud y la publicidad, se trata pues, de la concepción de las limitaciones y las arbitrariedades del Estado.

Este fue el límite legal que se impuso para que no se llevase a cabo la Consulta Popular, que posteriormente sería llamada Encuesta de Opinión. Dentro de este límite, otro elemento que debilitó el proyecto se dio el 25 de marzo del 2009 a través de un pronunciamiento del Ministerio Público que expresaba que el Presidente de la República no tenía facultades para convocar a la Consulta y que toda institución del gobierno o funcionario público que participara en esta sería sujeto a una investigación penal. El 27 de abril de ese mismo año, la Auditoría Jurídica Militar de las Fuerzas Armadas, cuyo director era el Coronel Herbert Bayardo Inestroza,³³ emitió opinión jurídica relacionando la participación de las FF. AA. con el proyecto de la Encuesta, y en la que se aseveraba: "Jurídica, moral y éticamente no es procedente que las FF. AA. se involucren en el proceso de la encuesta ciudadana... o cualquier otra actividad que conlleve a la violación de la constitución" (Comisión de la Verdad, 2011: 132). Estas acciones redujeron, dentro del marco legal, la posibilidad

32 Como una jugada política el decreto que daba vida a la Encuesta fue publicado hasta el 25 de Junio del 2009 en el diario oficial (3 días antes de realizarse la Encuesta).

33 Posterior al golpe de Estado declaró que: "cometimos un delito al sacar al presidente, pero había que hacerlo" <http://www.aporrea.org/internacionales/n138392.html>.

de llevar a cabo la Encuesta. Más allá de cuestionar la legitimidad de estas, fueron las diligencias preparatorias para separar al presidente legítimamente electo, sacarlo del país por la fuerza y consumar el Golpe de Estado.

3. La separación del presidente, construcción jurídica de un golpe

Los argumentos a los que ambas partes apelaban se sujetan a un discurso jurídico en el que juega un papel importante el hecho de que la misma Constitución de la República no posea claridad, ni los mecanismos para prever o solucionar los conflictos y tensiones que se dieran entre los distintos poderes del Estado. A la rigidez con la que fue elaborada la Carta Magna,³⁴ se le suma el contenido de artículos pétreos que son el fundamento principal de quienes procedieron a dar el golpe. Sin embargo, como se ha podido observar, el carácter de irreformable se puede añadir como un elemento más para el sostenimiento del *statu quo*.

Prueba de ello son las declaraciones que en su momento pronunció abiertamente el Coronel Inestroza, en las que no expresaba sentimiento de culpa por quebrantar la misma constitución al expatriar³⁵ al presidente. Esto revela la aplicación de dos estrategias, ambas apelando como anteriormente mencionamos al discurso jurídico:

Por una parte Zelaya, que fundamentado mediante la aplicación de la Ley de Participación Ciudadana y huérfano del apoyo político y de las elites recurrió al sustento popular para darle la suficiente fuerza al proyecto. El error de subestimar la capacidad de reacción del sistema y su viciada institucionalidad, si bien generó el apoyo de la población, fue de manera más espontánea que orgánica. Pero en el que ninguna acción señala o demuestra la intensión del presidente de querer violentar la ley.

Y la estrategia de quienes dieron el golpe que apela al discurso de ser defensores de la ley y sistema democrático, orientada a señalar a Zelaya como un político con la intensión de “chavizar” al país; estrategia revestida de fundamentos jurídicos cargados de interpretaciones confusas que si bien les genera una victoria pírrica, parcial y momentánea al señalar a Zelaya como el individuo que actúa de manera “ilegal”, se produce una ruptura en la hegemonía y cohesión al consenso de poder.

3.1. La destitución del presidente vía Decreto

El presidente Zelaya fue sustituido el 28 de junio por el Presidente del Congreso Nacional en sesión de este poder del Estado y por decisión de la mayoría de los diputados,³⁶ mediante el Decreto Legislativo N° 141-2009 en cuya parte resolutive expresaba:

34 Si bien el mecanismo de reformar la constitución es sumamente rígido se ha modificado la cantidad de 27 veces desde su puesta en vigencia.

35 Artículo 102 Constitucional: Ningún hondureño podrá ser expatriado ni entregado por las autoridades a un Estado extranjero.

36 De 128 diputados que integran ese poder, 83 votaron a favor de su destitución, y solo había 122 el día de la separación de Zelaya.

Artículo 1

1.– Improbar la conducta del Presidente de la República, ciudadano José Manuel Zelaya Rosales, por las reiteradas violaciones a la Constitución de la República y las leyes y la inobservancia de las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales; y,

2.– Separar al ciudadano José Manuel Zelaya Rosales, del cargo de Presidente Constitucional de la República de Honduras.

Artículo 2

Promover constitucionalmente al ciudadano Roberto Micheletti Bañ, actual Presidente del Congreso Nacional, al cargo de Presidente Constitucional de la República, por el tiempo que falte para terminar el período constitucional que culmina el 27 de enero del año 2010.

Artículo 3

El presente decreto entrará en vigencia a partir de su aprobación de los dos tercios de votos de los miembros que conforman el Congreso Nacional y en consecuencia es de ejecución inmediata.

El Decreto Legislativo que separó al presidente de su cargo posee elementos violatorios a la Constitución Nacional de Honduras:

El primer artículo del mencionado decreto refiere a la improbación³⁷ de la conducta del Presidente Zelaya. La Constitución de la República confiere al Congreso Nacional la facultad de improbar las conductas de diferentes órganos del Estado, pero esta se refiere a la conducta del órgano, no a la conducta del titular del órgano. El Congreso Nacional no puede ni debe improbar la conducta de un funcionario en particular. No está previsto, entonces, que este Poder del Estado impruebe la conducta del Presidente de la República, de un Secretario de Estado, de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Electoral o del Tribunal de Cuentas, como tampoco contra un gerente de una entidad descentralizada.

Existen tres hechos relevantes de los que el Congreso Nacional se apropió para fundamentar que el Presidente estaba incurriendo en actos contrarios a las leyes:

- Durante la primera quincena del mes de septiembre del 2008 el Presidente de la República se abstuvo de enviar al Congreso Nacional el Proyecto de Presupuesto General de Egresos e Ingresos de la República³⁸ para el período fiscal del año 2009. Si bien la ley establece que cuando no estuviere aprobado dicho presupuesto dentro del período de tiempo que manda la ley, automáticamente sigue vigente el que ha sido aprobado anteriormente. Esto, hizo que las elites interpretaran que el mandatario quería generar una crisis financiera al Estado como una estrategia para “perpetuarse” en el poder. Otras opiniones expresan que lo que Zelaya pretendía era presionar a estos grupos para suavizar sus posiciones en torno al proyecto de la Consulta.

37 Art. 205, numeral 20 Constitucional: “... son atribuciones del Congreso Nacional: Aprobar o improbar la conducta administrativa del Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal Supremo Electoral, Tribunal Superior de Cuentas, Procuraduría General de la República, Procuraduría del Ambiente, Ministerio Público, Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, Registro Nacional de las Personas, Instituciones Descentralizadas y demás órganos auxiliares y especiales del Estado...”.

38 Ver los artículos constitucionales 366 y 377.

- Un segundo momento relevante se da el 20 de junio del 2009 cuando por vía aérea arriba al país, procedente del El Salvador, el material que iba a ser utilizado para la Encuesta de Opinión, el cual se decomisa por orden judicial y se resguarda en las bodegas de la Fuerza Aérea en Tegucigalpa. Cinco días más tarde, el presidente junto con un número considerable de ciudadanos, llegaría a dicha base militar a recuperar las urnas y el material confiscado para llevar a cabo el proyecto. Y aunque en el mismo no se reportarían incidentes de fuerza y resistencia por parte de los militares, sería la acción que visibilizaría la improvisación en las estrategias de la presidencia, puesto que si bien la determinación del Poder Judicial de suspender la Encuesta estaba revestida de vicios legales, no había otra posibilidad más que acatarla.

- El último momento se da cuando el Presidente de la República destituye de su cargo al general Romeo Vásquez Velásquez como Jefe del Estado Mayor Conjunto, y le acepta la renuncia a su Ministro de Defensa Edmundo Orellana.³⁹ Aunque este acto lo realizó apegado a las atribuciones que la Constitución le otorga al Poder Ejecutivo, se dio lugar a un recurso de amparo contra la decisión de Zelaya por parte del Ministerio Público ante la Corte Suprema, el mismo obtendría sentencia a favor del militar ordenando reintegrarlo a su cargo y quitándole legitimidad y autoridad al Poder Ejecutivo.

La facultad a la que refiere la Constitución es para aprobar o improbar conductas administrativas, no para calificar violaciones al ordenamiento jurídico. El Decreto Legislativo N° 141-2009 determinó que el Presidente de la República había incurrido en reiteradas violaciones a la Constitución y las leyes y la inobservancia de las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, no se trataba, pues, de simples cuestiones de gestión administrativa que implican responsabilidad política, y si bien fueran actos ilícitos, era el órgano competente (Corte Suprema) quien debía determinar la ilegalidad o no de estos.

Para el Congreso, no había duda alguna: el Presidente era culpable de violaciones a la legislación y desobediencia, sin identificar los hechos o actos. La imputación en abstracto fue suficiente para que el Congreso Nacional decidiese declarar la culpabilidad del Presidente de la República en la comisión de delitos que no fueron plenamente identificados.

De acuerdo con la Constitución, solamente le compete al Poder Judicial la potestad de impartir justicia (art. 303, párrafo primero), aplicar las leyes a casos concretos, juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 304). Si el Presidente había violado la legislación y desobedecido resoluciones judiciales, era al Poder Judicial, y concretamente a la jurisdicción penal, a quien le correspondía juzgar su comportamiento y determinar si efectivamente había incurrido en algún ilícito, pero no al Congreso Nacional.

En consecuencia, el Congreso Nacional usurpó facultades privativas del Poder Judicial, al calificar de ilícitos los supuestos actos del Presidente y declararlo culpable de haberlos cometido. Este es otro elemento más que desequilibra la

39 Abogado, político y catedrático; miembro del Partido Liberal, interpuso su renuncia al cargo para no verse involucrado dentro del proyecto de la Consulta y sostuvo que si bien no compartía las resoluciones del Supremo Tribunal, era obligación de todo ciudadano acatarlas.

posición de defensores de la ley a quienes dieron el golpe. Fue en este acto donde Congreso quebrantó la forma de gobierno (art. 4 Constitucional), así como la legitimidad y autoridad democrática de quien posee la titularidad del Poder Ejecutivo (art. 235). La discusión jurídica pasó a un segundo plano, y la tensión entre los actores produjo el rompimiento del gobierno democráticamente electo.

El régimen presidencialista en Honduras no posee garantía de libre ejercicio de sus competencias: los demás Poderes, al estar integrados y ejercidos por órganos colegiados, inclinan la balanza de poder y desaparece el principio de complementariedad, independencia y no tienen relación de subordinación entre ellos. Todos los titulares de los Poderes del Estado son electos para períodos determinados⁴⁰ sin que puedan vacar en sus cargos antes que finalice su respectivo período salvo por renuncia, muerte o inhabilitación judicial.⁴¹

La Constitución no contiene norma alguna por la cual se autorice la remoción o destitución del Presidente, de los Diputados, o de los Magistrados.⁴² Por lo tanto, ningún titular de un Poder del Estado puede ser separado de su cargo antes de que finalice el período para el que fue electo. El Congreso Nacional actúa como órgano legislativo y jurisdiccional a su vez puesto que si bien crea las leyes, a su vez las interpreta y emite criterios jurídicos (que no están dentro de su competencia) que finalizan siendo sentencias, esto lo convierte en el ente estatal con mayor poder y capacidad de acción, siendo un elemento interesante a tomar en cuenta, ya que es allí donde converge la fuerza del consenso de poder hegemónico construido por el bipartidismo y las elites.

Es difícil deducirle responsabilidad a un cuerpo colegiado como lo es el Congreso. Es más sencillo individualizar el comportamiento fuera de la ley en las actuaciones de Zelaya, a quién se los mostró como el político que cometía delitos y atentaba contra el sistema democrático.

Delinquen contra la forma de gobierno (...) quienes ejecutaren actos directamente encaminados a conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales, algunos de los fines siguientes:

(...) 2) Alterar la constitución de cualquiera de los Poderes del Estado...o atacar su independencia.⁴³

(...) La suplantación de la Soberanía Popular y la usurpación de los poderes constituidos se tipifican como delitos de Traición a la Patria. La responsabilidad en estos casos es imprescriptible y podrá ser deducida de oficio o a petición de cualquier ciudadano.⁴⁴

La remoción de cualquiera de los titulares de un Poder del Estado sería contraria a la Constitución y constituiría delito contra la forma de gobierno. La interpretación que hicieron quienes cometieron el golpe fue la siguiente: si la

40 Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para un período de siete.

41 Artículo 205, numeral 12 Constitucional.

42 Considerado como "golpe al Poder Judicial", en el 2012 y bajo el mismo procedimiento que se le practicó al presidente fueron separados 4 magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

43 Artículo 328, numeral 2 del Código Penal Hondureño.

44 Artículo 2, párrafo tercero Constitucional.

remoción hubiese sido para todos los miembros de alguno de los órganos colegiados que ejercen Poderes del Estado (todos los diputados o el pleno de magistrados de la Corte Suprema), entonces se habría podido afirmar que se trataba de un Golpe de Estado, porque de hecho se “eliminaba” un Poder del Estado, es decir, se usurpaba un poder constituido.

Si bien Zelaya cometió el acto constitutivo de delito al no acatar la orden emanada del Supremo Tribunal para suspender la ejecución del proyecto de la encuesta, violentar las instalaciones de la base militar de la Fuerza Aérea y retirar el material para llevar a cabo la misma, ya la legislación estipula:

Artículo 82 Constitucional: “El derecho a la defensa es inviolable”

Artículo 89 Constitucional: “Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente”.

La aplicación de sanciones en la legislación hondureña está condicionada al cumplimiento de requisitos ineludibles; los más importantes son los reconocidos en la Constitución y son categorizados como garantías; una de ellas, es el respeto a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y el derecho del debido proceso.

Toda persona tiene el derecho a ser tratada como inocente por las autoridades, hasta que se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente; a nadie puede aplicarse una sanción sin permitirle que se defienda en un procedimiento previsto en la ley para ello. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.⁴⁵

En conclusión, el Decreto que separaba al presidente estuvo plagado de violaciones a la Constitución por lo siguiente:

- Se declaró que el Presidente incurría en violaciones y en actos de desobediencia, sin identificarlos plenamente.
- Las infracciones imputadas al Presidente pudieron haber sido constitutivas de delito (abuso de autoridad y desobediencia) pero no se individualizaron.
- El Congreso declaró la culpabilidad de Zelaya sin agotar previamente un juicio respectivo dentro del cual pudo hacer uso de los mecanismos que la ley reconocía y que permitieran que el acusado pudiese defenderse de los ilícitos que se le imputaban; y, acusadores.
- Se le negó la oportunidad de que las mismas fuesen calificadas y juzgadas previamente por el Juez competente.

En conclusión, el Congreso Nacional no poseía las facultades constitucionales para destituir al Presidente de la República; su remoción arbitraria se tradujo en un atentado contra el Estado Constitucional por cuanto se trató en definitiva de la suplantación de la soberanía popular y de la usurpación de un poder constituido.

45 Artículo 9, numerales 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esto tira abajo toda la fundamentación jurídica de quienes dan el golpe, develando el ámbito que como estrategia lograron manipular las instituciones, la ley y mediatizaron la crisis en torno a una concepción ideológica. La discusión jurídica posterior a la tensión política entre Zelaya-Micheletti-Poder Judicial y que desencadena en la separación del presidente fue suplantada por un discurso de apelación a la protección de la ley misma que, como observamos, fue lo que menos se realizó.

3.2. La denominada figura de “sucesión presidencial”

La titularidad del Poder Ejecutivo la ejerce el Presidente y, en su defecto, los designados presidenciales.⁴⁶ En ese sentido y de acuerdo con la Constitución (art. 242):

Si la falta del Presidente fuere absoluta, el Designado que elija al efecto el Congreso Nacional ejercerá el Poder Ejecutivo por el tiempo que falte para terminar el período constitucional. Pero si también faltaren de modo absoluto los tres designados, el Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente del Congreso Nacional, y a falta de este último, por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia por el tiempo que faltare para terminar el período constitucional.

En sus ausencias temporales, el Presidente podrá llamar a uno de los designados para que lo sustituya.

Si la elección del Presidente y Designados no estuviere declarada un día antes del veintisiete de enero, el Poder Ejecutivo será ejercido excepcionalmente por el Consejo de Ministros, el que deberá convocar a elecciones de autoridades supremas, dentro de los quince días subsiguientes a dicha fecha. Estas elecciones se practicarán dentro de un plazo no menor de cuatro ni mayor de seis meses, contados desde la fecha de la convocatoria. Celebradas las elecciones, el Tribunal Nacional de Elecciones, o en su defecto el Congreso Nacional, o la Corte Suprema de Justicia, en su caso, hará la declaratoria correspondiente, dentro de los veinte días subsiguientes a la fecha de la elección, y los electos tomarán inmediatamente posesión de sus cargos hasta completar el período constitucional correspondiente.

Mientras las nuevas autoridades supremas electas toman posesión de sus respectivos cargos, deberán continuar interinamente en el desempeño de sus funciones, los Diputados al Congreso Nacional y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Este artículo había sido reformado anteriormente, suplantando la figura de los tres Designados por la del Vicepresidente, cargo que durante el mandato de Zelaya era ostentado por Elvin Santos Ordoñez,⁴⁷ quien debió ocupar el lugar de Zelaya de acuerdo con la ley, pero que sin embargo –mucho tiempo antes– se había desmarcado del gobierno al no estar de acuerdo con el proyecto de la Consulta Popular. Si sustituía al Presidente por el resto de su mandato, automáticamente se inhabilitaba para optar a la presidencia de la República.⁴⁸

En los casos en que se da la sustitución del Presidente, la Constitución establece dos hipótesis: en ausencias temporales y en ausencias absolutas (art. 242).

46 En la fórmula presidencial, se eligen junto con el presidente 3 designados presidenciales que vendrían a representar la figura del vicepresidente.

47 Ingeniero y político, miembro del PL. Candidato presidencial por ese instituto político en las elecciones del 2009 mismas que perdería ante Porfirio Lobo (PN).

48 Artículo 239 Constitucional.

Por ausencias temporales se entienden los viajes del presidente al exterior, la licencia por un tiempo determinado y la suspensión del ejercicio del cargo derivada de una decisión judicial. Cuando el viaje al exterior sea por más de quince días, corresponde al Congreso Nacional otorgar el permiso (art. 205, numeral 13).

Las licencias están previstas para razones justificadas.⁴⁹ Una eventual suspensión de mandatario se puede producir a partir de una sentencia emitida por un juez competente que decreta auto de prisión al Presidente por delito que merezca una pena mayor. En ese caso, la Constitución prevé la suspensión de sus derechos ciudadanos (art. 41); la inhabilitación de sus derechos políticos, entre los cuales se encuentran los de elegir y ser electo, y ejercer cargos públicos (art. 37). La suspensión es temporal, puesto que la definición de su situación solamente se obtendrá cuando se dicte la sentencia definitiva, en la que podría ratificarse su culpabilidad o ratificar su inocencia, lo que significaría su retorno al ejercicio del cargo.

En el caso de las ausencias absolutas, se comprenderán todos aquellos supuestos en los cuales el Presidente se retire de modo absoluto del ejercicio del cargo; la muerte, la renuncia y la inhabilitación judicial son circunstancias que separan al presidente del ejercicio de su cargo de modo absoluto. La aceptación de la renuncia⁵⁰ es discrecional y le corresponde otorgarla al Congreso Nacional.

La sustitución que ejecutó el Congreso Nacional se hizo sin que se dieran los supuestos previstos en la norma constitucional: no podía alegarse ausencia temporal porque ninguna de las hipótesis constitucionales se produjo; incluso ni la que se deriva del auto de prisión porque el presidente ni siquiera fue llevado a presencia judicial. Tampoco se podía alegar ausencia absoluta porque el presidente no había renunciado, no había muerto y no había sido inhabilitado judicialmente. A pesar de estos elementos, el Congreso Nacional designó un sustituto del Poder Ejecutivo por todo el tiempo que restaba del período presidencial de Zelaya.

Por lo anterior, Micheletti, que fue quien ostentó la figura de Presidente de la República, no llegó a adquirir dicha investidura legal porque su designación fue contraria a la Constitución de la República. Aun así, todos los órganos del Estado, incluida la Corte Suprema de Justicia, sostuvieron, hasta en sus comunicados escritos, que el 28 de junio se había producido una “sucesión presidencial”. Sin embargo, en ninguna disposición constitucional se utiliza el término “sucesión”⁵¹ para designar el cambio de titular del Poder Ejecutivo.

En el Derecho Público, el vocablo “sucesión” implica transmisión, pero se refiere a la “sucesión en el trono”. Este término es utilizado por las monarquías para designar la transmisión hereditaria de la corona como consecuencia de la muerte o abdicación del rey, en la persona que, según la línea sucesoria reconocida en la

49 Artículo 205 numeral 12 Constitucional.

50 Una carta con la firma falsificada del presidente en la que establecía la renuncia a su cargo fue presentada al Congreso; firma que sería desmentida horas después por el propio Zelaya. <http://www.laprensa.hn/csp/mediapool/sites/LaPrensa/Honduras/story.csp?cid=532657&sid=265&fid=97>.

51 Término utilizado en Derecho Privado cuando se refiere a la transmisión de bienes, derechos o cargas de un difunto en la persona de su heredero. Se trata de la transmisión patrimonial que se produce con la muerte, ya sea ab intestato o por testamento.

Constitución tenga derechos sucesorios sobre la corona y garantice la dinastía real.

Honduras se estableció como una República, por lo que los constituyentes excluyeron de su léxico la palabra “sucesión”. En consecuencia, no cabe la utilización de ese vocablo dentro del régimen de gobierno ni dentro del marco constitucional. Lo que sí reconoce la Constitución, es la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia como el medio normal de transmitir los poderes del gobierno de un período constitucional a otro, y ello implica que se practiquen elecciones generales y se declare formalmente electo al nuevo Presidente de la República.

No cabe, por tanto, la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia si quien es designado para ese cargo mediante la elección de la mayoría es sustituido por otra persona antes de que termine su período (designado presidencial, presidente del Congreso Nacional o presidente de la Corte Suprema de Justicia) o si al término de este asume la Presidencia quien no haya sido electo en elecciones generales y por el voto directo del pueblo. En estricto derecho, estaríamos ante una ruptura del orden constitucional.

En el Artículo 2 del Decreto de sustitución del presidente, se declara la promoción del ciudadano Roberto Micheletti para ocupar el cargo. Sin embargo, ese término se refiere al ascenso a que tiene derecho un servidor dentro de la carrera a la que pertenece (servicio civil, carrera judicial, carrera militar, etc.). Pero a nivel de los altos funcionarios del Estado no existe esta condición, estos funcionarios no gozan de promociones o ascensos, como no pueden acreditar su antigüedad más que para alcanzar la jubilación o pensión. Además, la Constitución no utiliza ese término para referirse a este caso.

Por otro lado, nadie, ni los mismos autores del Decreto en cuestión, insistieron en calificar de “promoción” el acto por el cual se investió como Presidente de la República al titular del Congreso Nacional, lo que evidencia una vez más el error construido sobre la base de la ilegalidad manifiesta.

Se trata, ciertamente, de una interrupción abrupta del ejercicio de la Presidencia de la República antes de culminar el período constitucional para el cual fue democráticamente electo. Lo realizado el 28 de junio por el Congreso Nacional no es una sucesión, como lo reconocen todos los poderes del Estado y otros órganos públicos, tampoco es una promoción, como lo califica el Decreto porque el que se destituyó al Presidente Zelaya, y no es una sustitución porque la designación del supuesto sustituto no se hizo como mandaba la Constitución de la República.

El Congreso Nacional violó la Constitución de la República, simplemente destituyó sin potestades constitucionales para ello al Presidente de la República, desconociendo su investidura legitimada por el voto directo del pueblo hondureño en elecciones democráticamente realizadas y aceptadas como legales por el Tribunal Nacional de Elecciones.

En conclusión, se realizó la suplantación de la soberanía popular y la usurpación de un poder constituido, removieron al Presidente de la República a pesar de que el pueblo lo había elegido para un período de cuatro años, y se apropiaron de potestades que no les confería la Constitución al designar al Presidente del Congreso Nacional. Con esto se rompe el discurso jurídico de defensa de la ley y se trató, en definitiva, de un Golpe de Estado.

Por su importancia y gravedad también se ha de hacer referencia a la captura y expatriación del Presidente, ya que la Constitución señala que “ningún hondureño podrá ser expatriado” (art. 102). Además:

La Policía Nacional es una institución profesional permanente del Estado encargada de ejecutar las resoluciones, disposiciones, mandatos y decisiones legales de las autoridades y funcionarios públicos...⁵²

Exceptuando los casos de urgencia, el allanamiento del domicilio no puede verificarse de las (6) de la tarde a las (6) de la mañana sin incurrir en responsabilidad.⁵³

La Constitución le confiere la ejecución de las resoluciones, disposiciones mandatos y decisiones de las autoridades a la Policía Nacional (art. 293); pero, sin embargo, la captura del Presidente fue realizada por las Fuerzas Armadas. Se ha señalado que por orden de un juez natural se dispuso que fueran los militares quienes ejecutaran la captura⁵⁴ de Zelaya. Sin embargo, dicha acción no subsana la violación a la Constitución ni aun en el caso que se alegue que la orden fue emitida por juez competente.

Los jueces solamente pueden ordenar lo que la ley les reconoce como parte de sus atribuciones, los mandatos judiciales que violen de manera manifiesta la Constitución son ilegales; en este caso, viciados de nulidad absoluta, por lo que pueden ser anulados en cualquier tiempo y de oficio. Quien estaba encargado de reclamar dicha acción era el Ministerio Público, pero estos aspectos fueron totalmente obviados. El mismo presidente Zelaya afirmaría después que el allanamiento a su morada se ejecutó antes de las seis de la mañana.

El artículo en mención es continuamente invocado por los jueces para declarar ilegales los allanamientos a las viviendas cuando se realizan de manera incorrecta, la liberación del imputado se decreta automáticamente, aunque se encuentren evidencias incriminatorias constitutivas de delito; comportamiento que ha sido cuestionado frecuentemente por fiscales y policías pero que sin embargo se realiza “apegado a ley”.

El argumento que se formuló para justificar la expatriación del presidente fue la “necesidad” de expatriarlo porque al llevarlo a la presencia del juez suponía un inevitable baño de sangre. Este fundamento lo encontraron en el “estado de necesidad”,⁵⁵ reconocido en el Código Penal como una justificación que exonera la responsabilidad penal.

Sin embargo, la jurisprudencia exige que el peligro que se pretende evitar sea real, inminente, inmediato e inevitable, ni posible, ni probable. Tampoco podrá alegarse estado de necesidad cuando el peligro pueda evitarse o cuando pueda eludirse por otros medios que no causen perjuicio a terceros. El peligro debe

52 Artículo 293 Constitucional.

53 Artículo 99 párrafo segundo Constitucional.

54 Ver en el anexo la orden de captura al presidente Zelaya.

55 Según el Art. 24 del Código Penal, es una causa de justificación que exonera de responsabilidad penal a quien “haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro no causado por él voluntariamente ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro...”.

amenazar un bien individual jurídicamente protegido (la vida, la integridad corporal, el pudor, honor, la propiedad), propio o de terceros, creando una situación real de necesidad de impedir o repeler la agresión para salvarlo. No se podía invocar que se pretendía salvar la nación, pero sí para salvar a una o varias personas del peligro al que pudieran haber estado expuestas.

No podía alegar el estado de necesidad quien tenía el deber de afrontar el peligro, como sucedió en este caso. Ningún agente público cuya función es enfrentar el peligro continuamente (como es el caso de la policía, los bomberos, los militares) puede invocar a su favor esa “causa de justificación”.

Es evidente que la remoción y la expatriación⁵⁶ no podían justificarse en el “estado de necesidad”, no es aceptable jurídicamente el argumento que para evitar el baño de sangre que implicaría presentar al Presidente ante el juez y seguirle el respectivo juicio, era necesario destituirlo y llevarlo contra su voluntad a otro país y abandonarlo en la pista de aterrizaje.

Las acciones que se realizaron el 28 de junio revelaron la gran conspiración: el operativo que se ejecutó fue diseñado con antelación; inmediatamente después de la expatriación, sesionó el Congreso Nacional para destituir al Presidente, mientras que los demás órganos del Estado opinaron que todo estaba enmarcado dentro de la legalidad, las elites económicas, las religiosas y las políticas expresaron su satisfacción, y declararon que aprobaban lo acontecido porque se trataba de una “sucesión constitucional”.

El argumento del estado de necesidad para justificar la expatriación del Presidente se formuló desde el interior de las Instituciones del Poder Público. En esta conspiración también estaba contemplada la expatriación de quien se desempeñaba como Canciller de la República, Patricia Rodas,⁵⁷ contra quien no existía orden de captura, y de la cual no se explicaron nunca las razones de su expatriación.

Se afirmó que el Presidente Zelaya había dejado de ostentar su condición de mandatario desde antes del 28 de junio, ya que en esa fecha se llevaba adelante la encuesta de opinión que pretendía darle continuidad en el Poder o reelegirse, lo cual lo colocaba como sujeto pasivo de las sanciones previstas en dicha disposición legal. El Decreto sobre esa Encuesta no se refería en ninguno de sus apartados al continuismo ni a la reelección; todas sus normas regulaban únicamente la Encuesta por la cual se pretendía justificar el proyecto de ley que se remitiría al Congreso Nacional para regular la cuarta urna en la cual eventualmente el pueblo votaría sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente.

El motivo no existió y la mejor prueba de ello fue que el Congreso Nacional no invocó el artículo 239⁵⁸ en el Decreto Legislativo por el que se

56 En esta acción se complejiza la individualización sobre la responsabilidad de la expatriación del presidente; todo indica que esta decisión no fue responsabilidad de una sola persona o de una sola institución.

57 Historiadora y política, hija del extinto líder del Partido Liberal Modesto Rodas Alvarado, a ella se le señaló de ser la responsable de manipular a Zelaya para cambiar su posicionamiento ideológico.

58 “El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Vicepresidente de la República. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán “de inmediato” en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez (10) años para el ejercicio de toda función pública”.

removió al Presidente de su cargo. Se dijo que este artículo se aplicaba automáticamente, sin intervención de ninguna autoridad que declarase la existencia de los hechos constitutivos de la trasgresión, la culpabilidad y la condena. Sostener que el Presidente había dejado de serlo porque el 239 dispone que el cese de las funciones sea “de inmediato” constituye el desconocimiento de principios constitucionales elementales, reconocidos universalmente. La Constitución para evitar que la simple imputación de un delito ya sea en el ámbito particular o público se convierta en un veredicto inapelable contiene las previsiones de: presumir la inocencia del imputado, el derecho a la defensa de este y su derecho al debido proceso.

Artículo 82 Constitucional: “El derecho de defensa es inviolable”. Todo imputado tendrá derecho a esgrimir sus razones, presentar pruebas y alegatos a su favor, ante autoridad competente.

Artículo 89 Constitucional: “Toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente”. Los Artículos 90 y 94 Constitucionales declaran:

Todo imputado, a efecto de respetar su derecho de defensa, debe ser sometido a juicio ante juez competente, quien, solo de resultar aquel vencido en juicio, lo declarará culpable en sentencia, pero la pena solamente la aplicará cuando ésta adquiera el carácter de firme, es decir, cuando contra la sentencia no proceda recurso alguno...

En conclusión, aunque el artículo 239 Constitucional consigne la frase “de inmediato”, la sanción se aplicará hasta que el Juez, al concluir el juicio, lo decrete en sentencia firme.

Dentro de todas las acciones jurídicas que se llevaron a cabo contra el proyecto de la Consulta Popular –posteriormente Encuesta de Opinión–, y particularmente en contra del Presidente Zelaya, llama la atención que todos los Poderes del Estado y demás órganos públicos, así como dirigentes empresariales, de los partidos políticos (exceptuando la UD) y de algunos organismos de la sociedad civil, coincidieran que Zelaya no era Presidente el día 28 de junio en aplicación del artículo 239 porque, según ellos, pretendía reformarlo. Lo que no se dijo sobre los diputados, del Partido Nacional y de la UD, es que, como se mencionó anteriormente, firmaron una iniciativa de ley presentada al Congreso Nacional para regular una urna con la misma finalidad que pretendía el Presidente Zelaya, es decir, convocar a una Asamblea Nacional Constituyente.

Según los titulares de los órganos del Estado, al único a quien se debió castigar fue al Presidente Zelaya, aun cuando no se llevó a cabo la encuesta. Para el sistema jurídico hondureño, el único culpable es este, aunque no haya consumado el delito, si es que acaso lo era. Los diputados, que sí consumaron el acto, porque presentaron formalmente en el Congreso Nacional la iniciativa de ley para regular la urna por la que se convocaría a una Asamblea Nacional Constituyente, no fueron tomados en cuenta para la aplicación del art. 239.

El 28 de junio del 2009, se perpetró un Golpe de Estado, fundamentado a partir de la inexistente ilegalidad que representaba la Consulta Popular o

Encuesta de Opinión. Se individualizó una supuesta responsabilidad por actos que constituían delitos al Presidente de la República, se lo juzgó de manera inmediata y se lo expatrió de manera violenta. Con ello, se rompió la integridad del Estado al hacerle falta uno de sus Poderes constituidos. Por una contradicción evidenciada en la misma Constitución, esta no pierde vigencia⁵⁹ o se rompe ante ningún atentado, ya sea que este provenga por motivos de fuerza (toma de poder por medio de las armas) o por consensos político-jurídicos como el que hemos descripto.

Lo inédito es que fue producto de una conspiración producida desde todos los Poderes del Estado, las elites empresariales, los partidos políticos, los militares y las elites religiosas, actuando como un cuerpo articulado y desplazando los tradicionales golpes ejecutados unilateralmente por las Fuerzas Armadas.

Se puso al descubierto que el poder público y el poder fáctico están graníticamente unidos, que esta unión se traduce en un consenso de poder compartido, y que están convencidos que pueden actuar en cualquier circunstancia con total impunidad. La forma de procesar la crisis que se generó previo al golpe hizo que se produjeran actos al margen de la ley, empleando la fuerza para expulsar al presidente de la República fuera del país y utilizando a las Fuerzas Armadas como parte de ese consenso para resolver un conflicto político institucional.

Esto evidenció, por un lado, la poca capacidad de la clase política hegemónica para llegar a acuerdos y, por otro, la incapacidad de las instituciones democráticas de resolver la crisis haciendo uso de los mecanismos y disposiciones de las leyes. Por ello, la conspiración si bien tuvo su victoria momentánea resultó a la larga un rotundo y estrepitoso fracaso para quienes perpetraron el golpe, lo que remarcó la fuerte debilidad democrática hondureña que al final alimenta la necesidad de realizar un cambio profundo en la estructura del Estado.

Por lo anterior, se plantea de forma legítima que cualquier solución a esta debilidad democrática pasa necesariamente por una reconstrucción del país, que implique la renovación de la misma, la construcción de una nueva cultura política caracterizada por la participación activa y directa del ciudadano en la solución de los problemas que le conciernen, el establecimiento de reglas que regulen la nueva gobernabilidad y la precisión con claridad de objetivos y metas hacia las cuales se quiera transitar en las próximas décadas, identificando los distintos medios para alcanzarlos.

59 Art. 325: "Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de cumplirse por acto de fuerza o cuando fuere supuestamente derogada o modificada por cualquier otro medio y procedimiento distintos del que ella mismo dispone. En estos casos, todo ciudadano investido o no de autoridad, tiene el deber de colaborar en el mantenimiento o restablecimiento de su afectiva vigencia".

CONCLUSIONES

El Estado de la República de Honduras arrastra desde su génesis las causas de su debilidad estructural. Si bien podemos hablar de democracia a partir de la década de los ochenta, la estructura político partidaria que se conformó históricamente desde finales del siglo XIX y que coincidió con la puesta en marcha de la reforma liberal suplantó las posibles bases de una institucionalidad fuerte orientada a la realización del interés general.

El Partido Liberal como primer instituto político e iniciador de este “ordenamiento” se fracciona para darle paso al Partido Nacional. Ambos órganos establecen identidades políticas basadas no en una concepción teórico-ideológica, sino más bien en simbolismos que apelan a las acciones de figuras caudillistas. De allí que ese sea el punto de partida para concebir un desarrollo sociopolítico sin apertura, que se orientó a excluir al resto de la colectividad.

La inclusión de nuevos actores al binomio representado en el bipartidismo se inicia con el establecimiento de medidas económicas y políticas. Estas medidas condujeron al fortalecimiento de elites empresariales y la creación de nuevos partidos políticos, generando una vinculación directa entre todos y dándole paso al consenso de poder. Dicho consenso sirve como piedra angular para diseñar una burocracia estatal que sirve como mecanismo y estrategia para el fortalecimiento del mismo. La introducción en escena de las Fuerzas Armadas tomando el poder y control político del país, les sirve para posicionarse a la par de las elites, en concordancia con el establecimiento de gobiernos autoritarios de corte militar en la región, aunque estos dan un paso al costado (pero siempre dentro del consenso) al momento de producirse la transición iniciada con el retorno a la democracia. A esta estructura finalmente se adhieren las elites que representan a los grupos religiosos.

A la transición democrática le prosigue un proceso de modernización del Estado que resulta inconcluso y que se orienta únicamente a implementar y fortalecer un régimen económico neoliberal y que socaba las ya débiles bases del sistema. El consenso de poder ante el aumento de la crisis económica y social durante este período obtiene dentro de las instituciones del gobierno el mecanismo para su subsistencia previendo posibles amenazas que a futuro le puedan representar un cambio en su plataforma; encuentra en el clientelismo político la mejor defensa para repeler cualquier ataque sin importarle que esto signifique la fisura

considerable del Estado de Derecho y el agravamiento de la crisis. Con todo esto el reto que le significó al presidente Zelaya enfrentarse a una crisis sin precedentes, busca salidas y soluciones, aun cuando ello representara dejar el camino tradicional, y desafiar al consenso hegemónico de poder.

El proyecto de la Consulta Popular –posteriormente Encuesta de Opinión–, fundamentado en la Ley de Participación Ciudadana, no se opuso de ninguna manera al ordenamiento jurídico ni resultó ser atentatoria al Estado de Derecho. Dicha ley armonizaba el discurso democrático que se había iniciado en los ochenta y constituía un punto de partida para abrir esos espacios de participación que históricamente se les había negado al resto de la sociedad, espacios que habían sido sellados por los constituyentes al redactar una Carta Magna plagada de vacíos, desactualizada frente a los cambios, con artículos irreformables y, en general, con una lógica irracional que permite interpretaciones ambiguas en el ámbito de su aplicación.

La valoración del discurso de legitimidad legal en las posiciones de los actores en conflicto tiene repercusiones negativas para ambos; si bien Zelaya desconoció en determinadas actuaciones la supremacía de la ley, fueron aquellos que apelaban a la constitución a quienes se les echó abajo la argumentación proteccionista de la legalidad misma. La omisión de principios fundamentales del derecho así como garantías individuales y colectivas a las que los derechos humanos se refieren y que son de estricto cumplimiento para los Estados, constituyen el argumento inquebrantable para evidenciar que las élites no reconocieron nunca en el andamiaje de los derechos humanos el indicador para determinar cuan democrático es un Estado.

Las medidas y políticas públicas impulsadas por Zelaya demostraron que solo integrando parte de las mismas podían obtener elementos para hacerle frente a los actores socio-políticos tradicionales. La fuerza de estos los nuevos actores políticos y sociales, radica en su pluralidad y diversidad de ideas, su rechazo constante al golpe y la ilegalidad, el desprecio por los procesos de militarización y remilitarización que ha vivido la nación y la promulgación de un discurso de apertura democrática como único medio para el mejoramiento y modernización del país. La democratización pasa por el respeto pleno a los derechos humanos, los cuales son fieles indicadores de la democracia y la cultura política de un país.

BIBLIOGRAFÍA

- Ajenjo, Natalia (2013). “El Partido Liberal de Honduras tras las elecciones del 2013”, en De Gori, Esteban: *Honduras 2013: golpe de Estado, elecciones y tensiones del orden político*. Buenos Aires, Sans Soleil Ediciones Argentina, pp. 17-26.
- Barahona, Marvin (2005). *Honduras en el siglo XX. Una síntesis histórica*. Tegucigalpa, Guaymuras.
- Benítez, Raúl y Diamint, Mut (2010). “La cuestión militar. El golpe de Estado en Honduras como desafío a la democracia y al sistema interamericano”, *Nueva Sociedad* N° 226, Tegucigalpa.
- D’Ans, André Marcel (2008). *Honduras después del Mitch, ecología política de un desastre*. Tegucigalpa, Centro de documentación de Honduras (CEDOH).
- De Gori, Esteban (2013). “Zelaya: del palacio a la plaza”, en De Gori, Esteban: *Honduras 2013 golpe de Estado, elecciones y tensiones del orden político*. Buenos Aires, Sans Soleil Ediciones, pp. 53-61.
- (2014). “Honduras: del golpe a Zelaya a la ruptura del bipartidismo”, en De Gori, Esteban y Rostica, Julieta: *Centroamérica. Política, violencia y resistencia: miradas históricas*. Buenos Aires, Nueva Trilce, pp. 151-183.
- Ferrajoli, Luigi (2001). “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, en Carbonell, Miguel: *Luigi Ferrajoli: teórico del derecho y la democracia*. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/docencia/sobre_Ferrajoli.shtml, consultado en mayo de 2014.
- Flores, Mario (1990). *El capital financiero en honduras*. Tesis de Maestría del Postgrado Centroamericano en Economía y Planificación del Desarrollo (POSCAE). UNAH, cuadro 8-b, pp. 81-82.
- Holland, Clifton (2009). *Enciclopedia de grupos religiosos en las Américas y la península Ibérica: la religión en Honduras*. Documento del Programa Latinoamericano de Estudios Socio Religiosos (PROLADES), San Pedro, Costa Rica. Disponible en http://www.prolades.com/cra/regions/cam/spanish/rel_honduras09spn.pdf, consultado en mayo de 2014.
- La Prensa (2011). “Entrevista a Milton Jiménez Puerto: ‘Mel dijo que la cuarta urna no era idea de él’”. Disponible en <http://www.laprensa.hn/honduras/551861-97/mel-dijo-que-la-cuarta-urna-no-era-una-idea-de-el>, consultado en julio de 2014.
- Meza, Víctor (2012). “Honduras: Crisis política y solución democrática”, *Documentos de Análisis* N° 97, Edición Especial, Centro de documentación de Honduras CEDOH, Tegucigalpa, pp. 5-32.
- Montoya, José (2009). *Estado y elites en la historia de Honduras, reflexiones sobre su situación actual (1980-2009)*. Documento Memorias del III Congreso

de Investigación Científica, Instituto Universitario en Democracia, Paz y Seguridad del 29 de septiembre del 2009. Disponible en <https://josecal.files.wordpress.com/2010/08/estado-y-elites-en-la-historia-de-honduras-reflexiones-sobre-su-situacion-actual-1980-2009-digitalizado-dr-jose-cal.pdf>, consultado en mayo de 2014.

Murga, Antonio (2010). “La visión ciudadana de los partidos políticos en Honduras a principios del siglo XXI”, en Meza, Víctor: *Golpe de Estado: Partidos, Instituciones y Cultura Política*. Tegucigalpa, Lithopress Industrial, pp. 145-164.

Otero, Patricia (2013). “Los partidos en Honduras tras el 2009: nuevos actores, nuevos retos”, en De Gori, Esteban: *Honduras 2013: golpe de Estado, elecciones y tensiones del orden político*. Buenos Aires, Sans Soleil Ediciones Argentina, pp. 80-93.

Park, Robert (1904). *La masa y el público, una investigación metodológica y sociológica*. Disponible en <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/Dialnet-LaMasaYElPublico-760632.pdf>, consultado en junio de 2014.

Paz, Ernesto (n.d.). *La reforma política electoral en Honduras*. Disponible en <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Honduras/Leyes/ReformaElectoral.pdf>, consultado en junio de 2014.

Perdomo, Rodulio y Díaz, Mauricio (2011). ¿Quién paga impuestos en honduras? Documento del Foro Social de la Deuda Externa Honduras (FOSDEH). Disponible en http://www.fosdeh.com/archivos/documentos/areas/Macroeconomia_y_politicas_publicas/Finanzas_publicas/quien_paga_los_impuestos_en_Honduras.pdf, consultado en junio de 2014.

Romero, Ramón (2010). “Los Partidos y el Estado hondureño: evidencias de la miopía partidaria”, en Meza, Víctor: *Golpe de Estado: Partidos, Instituciones y Cultura Política*. Tegucigalpa, Lithopress Industrial, pp. 23-56.

Salomón, Leticia (1996). “Honduras, los retos de la democracia”, *Nueva Sociedad* N° 141, Tegucigalpa, pp. 1-6.

—(2011). “Sistema político, fuerzas armadas e interrupción del orden constitucional”, en Centro de Documentación de Honduras CEDOH: *Honduras: democracia, conducción civil y agenda de reformas en el sector defensa*. Tegucigalpa, Lithopress Industrial, pp. 69-72.

Sauma, Pablo (2004). *La pobreza en Centroamérica en los noventa*. Documento del Taller Políticas de Reducción de la Pobreza enfocado en el diálogo sobre experiencias de Nicaragua y Honduras, Tegucigalpa Honduras del 29 al 30 de mayo de 2002. Disponible en <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan027275.pdf>, consultado en mayo 2014.

Secoff, Mario (N.d.). *Libro Electrónico Honduras Universal, economía década de los 80s*. Disponible en <http://www.angelfire.com/ca5/mas/economia/eco007.html>, consultado en junio de 2014.

Stein, Eduardo (2011). *Comisión de la Verdad y Reconciliación, para que los hechos no se repitan: Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. San José, Costa Rica, Editorama.

Soto, Héctor (2012). *La tercer oleada partidista en Honduras*. Documento del Centro de Documentación de Honduras (CEDOH). Disponible en <http://www.cedoh.org/documentacion/Articulos%20Varios/files/Oleada.pdf>, consultado en

junio de 2014.

Sucari, Elliot (2013). “Honduras: uso de una agenda de seguridad importada”, *Documentos de Análisis* N° 98, Edición Especial, Centro de documentación de Honduras CEDOH, Tegucigalpa, pp. 5-6.

Teitel, Ruti (2003). “Genealogía de la justicia transicional”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Cambridge, pp. 69-94.

Valqui, Camilo (2009). *Corrientes filosóficas del derecho: una crítica antisistémica para el siglo XXI*. Cajamarca, Perú, UPAGU, pp. 7-16.

Bibliografía Jurídica consultada

Constitución de la República de Honduras, Decreto Legislativo N° 131 del 11 de enero de 1982. Disponible en http://www.honduras.net/honduras_constitution.html, consultado en junio de 2014.

Ley de Participación ciudadana, Decreto N° 3-2006 del 26 de enero del 2006. Disponible en <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/LEY%20DE%20PARTICIPACION%20CIUDADANA.pdf>, consultado en junio de 2014.

Código Penal Hondureño, Decreto Legislativo N° 144-83 del 26 de septiembre de 1983, Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Honduras.pdf, consultado en junio de 2014.

Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas y sus Reformas, Decreto N° 44-2004 del 15 de mayo del 2004. Disponible en http://www.tse.hn/web/documentos/Compendio_Ley_Electoral_Reglamentos_Electorales_09.pdf, consultado en junio de 2014.

Ley del Instituto Nacional de Estadísticas, Decreto N° 86-2000 del 19 de junio del 2000. Disponible en <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/1693.pdf>, consultado en junio de 2014.

Decreto Ejecutivo Presidente en Consejo de Ministros PCM-016-2009, *Encuesta de Opinión Nacional*, del 26 de mayo del 2009.

Decreto Ejecutivo Presidente en Consejo de Ministros PCM-020-2009, *Derogatoria de Encuesta de Opinión*, del 5 de octubre del 2009.

Artículo 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>, consultado en junio de 2014.

Artículo 6, Carta Democrática Interamericana. Disponible en http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm, consultado en junio de 2014.

SOBRE LOS AUTORES

Hernández Pedraza, Zoraida

Abogada por la Universidad Libre, de Colombia. Actualmente se desempeña como consultora de la Alta Consejería para los Derechos de las Víctimas la Paz y la Reconciliación de la Alcaldía Mayor de Bogotá y como abogada del Área Internacional de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos.

Herrera Rodríguez, Nataly

Abogada por la Universidad Católica de Santa María, del Perú. Máster en Derechos Humanos y Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, del Perú. Actualmente trabaja en la Oficina Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile) y como investigadora externa de University College of London.

Jiménez Guachalla, Diego

Licenciado en Derecho por la Universidad Mayor de San Andrés, de Bolivia. Actualmente se desempeña como viceministro de Justicia y Derechos Humanos en Bolivia. Es compilador de *Capitalismo Andino-Amazonico. Última etapa del Nacionalismo Revolucionario*, editado por el Instituto de Investigaciones y Seminario Facultad de derecho UMSA, La Paz, 2013.

Paula Aguirre, Christian Alexander

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica, del Ecuador. Es diplomado en Derechos Humanos y Mujeres por la Universidad de Chile. Se especializa en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar.

Sierra Castro, Hedme

Ingeniera en Ciencias de la Computación por la Universidad Católica de Honduras. En la Fundación Acceso (Costa Rica), investiga los marcos legales

nacionales e internacionales relacionados con la protección del derecho a la privacidad, así como la criminalización, la vigilancia y la censura, en Internet y en las telecomunicaciones, de defensores de derechos humanos en Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua. Brinda asesoramiento a organizaciones de derechos humanos a nivel nacional sobre seguridad digital.

Valladares, Mauricio

Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Actualmente es director ejecutivo de la Coordinadora de Instituciones y Asociaciones de Rehabilitación de Honduras (CIARH). Integra la Comisión Jurídica del Sector de Discapacidad de Honduras. Es técnico experto y miembro del Comité de Trabajo para la Elaboración del Informe Alternativo Honduras en cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

