

Colección Ciencias Políticas  
y Relaciones Internacionales

# La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho

Manuel Bermúdez-Tapia  
Paola Alexandra Sierra-Zamora  
Andrés Eduardo Fernández-Osorio  
Editores



Miles Doctus

# **La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho**



ESCUELA MILITAR DE CADETES

"General José María Córdova"

### **Colección Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales**

El objetivo central de esta colección es profundizar en la discusión sobre los temas geopolíticos de mayor incidencia hoy en el mundo y los canales diplomáticos hasta ahora dispuestos para buscar una pronta solución a los problemas de carácter social más acuciantes en Colombia, América Latina y el mundo. De ahí la necesidad de ubicar estas diversas aristas de las relaciones entre Estados según su contexto local, regional e internacional.

# La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho

Manuel Bermúdez-Tapia  
Paola Alexandra Sierra-Zamora  
Andrés Eduardo Fernández-Osorio

Editores



Bogotá, D. C., 2020

Catalogación en la publicación - Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"

La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho / |c editores Manuel Bermúdez-Tapia, Paola Alexandra Sierra-Zamora y Andrés Eduardo Fernández-Osorio. -- Bogotá: Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", 2020.

153 páginas; 17 cm.

Incluye bibliografía al final de cada capítulo

ISBN: 978-958-52848-3-8

E-ISBN: 978-958-52848-4-5

(Colección Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales)

1.Acción de tutela -- Aspectos Legales 2.Derecho comparado -- República dominicana -- Ecuador --- Colombia -- Brasil 3.Derechos humanos -- Colombia i.Bermúdez-Tapia, Manuel (editor- autor) ii.Sierra-Zamora, Paola Alexandra (editor -- autor) iii.Fernández-Osorio, Andrés Eduardo, Teniente Coronel (editor) iv.Arcos Cortés, Vivian Lizbeth (autor) v.Castro Alfonso, María Paula (autor) vi.Núñez Ávila, María Dolores (autor) vii.Paredes Erazo, Gissela Cristina (autor) viii.Peña Chivata, Cipriano, Coronel (RA) (autor) ix.Martínez Fernández, Juan Antonio (autor) x.Ribeiro Santiago, Mariana (autor) xi.Colombia. Ejército Nacional

K3370 .T88 2020  
342.085 -- 23

Registro Catálogo SIBFuP 114385



Archivo descargable en formato MARC en: <https://tinyurl.com/esmic114385>

Título: La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho

Primera edición, 2020

Editores:

Manuel Bermúdez-Tapia

Paola Alexandra Sierra-Zamora

Andrés Eduardo Fernández-Osorio

Cubierta: fotografía de María Antonieta Corcione Nieto

Autores:

Winston M. Ramírez Fondeur

Paola Alexandra Sierra-Zamora

Vivian Lizbeth Arcos Cortés

María Paula Castro Alfonso

Manuel Bermúdez-Tapia

María Dolores Núñez Ávila

Gissela Cristina Paredes Erazo

Cipriano Peña Chivatá

Juan Antonio Martínez Fernández

Mariana Ribeiro Santiago

2020 Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova"

Departamento de Investigación, Desarrollo Tecnológico e Innovación

Calle 80 N.º 38-00. Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: +57 (1) 3770850 ext. 1104

Correo electrónico: [selloeditorial@esmic.edu.co](mailto:selloeditorial@esmic.edu.co)

Libro electrónico publicado a través de la plataforma

Open Monograph Press.

Tiraje de 100 ejemplares

Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*

Impreso por Multi Impresos S. A. S.

ISBN impreso 978-958-52848-3-8

ISBN digital 978-958-52848-4-5

<https://doi.org/10.21830/9789585284845>

El contenido de este libro corresponde exclusivamente al pensamiento de los autores y es de su absoluta responsabilidad. Las posturas y aseveraciones aquí presentadas son resultado de un ejercicio académico e investigativo que no representa la posición oficial ni institucional de la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova".



Los libros publicados por el Sello Editorial ESMIC son de acceso abierto bajo una licencia Creative Commons: Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.esr>



ESCUELA MILITAR DE CADETES  
"General José María Córdova"

DIRECTIVOS

DIRECTOR ESCUELA MILITAR DE CADETES  
Brigadier General **Arnulfo Traslaviña Sáchica**

SUBDIRECTOR ESCUELA MILITAR DE CADETES  
Coronel **Javier Hernando Africano López**

VICERRECTOR ACADÉMICO ESCUELA MILITAR DE CADETES  
Coronel **Milton Mauricio Lozada Andrade**



DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN,  
DESARROLLO TECNOLÓGICO E INNOVACIÓN

JEFE DEL DEPARTAMENTO DE I + D + I  
Teniente Coronel Carlos Andrés Díaz Irreño

COORDINADOR DEL SELLO EDITORIAL ESMIC  
WILLIAM CASTAÑO MARULANDA

CORRECCIÓN DE ESTILO  
JORGE ENRIQUE BELTRÁN VARGAS

ASESORA DE TRADUCCIÓN  
GYPSY BONNY ESPAÑOL VEGA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN  
RUBÉN ALBERTO URRIAGO GUTIÉRREZ

# Contenido

Prólogo / 9

## Capítulo 1

El daño al proyecto de vida: su reconocimiento en la Corte IDH y en la República Dominicana / 15

*Winston M. Ramírez Fondeur*

## Capítulo 2

La violación al ejercicio profesional de personas con síndrome de Down / 33

*Paola Alexandra Sierra-Zamora, Vivian Lizbeth Arcos Cortés, María Paula Castro Alfonso y Manuel Bermúdez-Tapia*

## Capítulo 3

El matrimonio igualitario a la luz de la opinión consultiva OC/24-17 en el contexto jurídico ecuatoriano / 57

*María Dolores Núñez Ávila, Gissela Cristina Paredes Erazo y Paola Alexandra Sierra-Zamora*

## Capítulo 4

Evaluación de derechos de naturaleza individual, social y colectivos en el ámbito de la crianza familiar / 85

*Manuel Bermúdez-Tapia*

## Capítulo 5

El impacto del movimiento neindigenista en el contexto de la realidad institucional de Colombia / 99

*Cipriano Peña Chivatá y Juan Antonio Martínez Fernández*

## Capítulo 6

Harmonia com a natureza: um paradigma biocêntrico para o direito / 135

*Mariana Ribeiro Santiago*

Esta página queda intencionalmente en blanco

## *Prólogo*

En los últimos años se han observado algunos cambios trascendentales que han afectado ampliamente la cultura jurídica no solo nacional sino también comparada, en particular, porque la visión para evaluar el marco de acción en el cual se tutelan derechos se ha judicializado. Se trata de un cambio de paradigmas muy significativo, porque el enfoque sobre los Derechos Humanos ha cambiado de forma positiva, principalmente debido a que ya no son los Estados los que generan una única visión para evaluar estos derechos en el ámbito normativo.

De este modo, la acción normativa que históricamente le ha correspondido al Estado sigue siendo exclusiva, pero ya no es la única vía para garantizar los derechos humanos, por cuanto la actividad jurisdiccional tanto nacional como internacional se ha constituido en una nueva fuente de acción de tutela, en especial, para el reconocimiento y el desarrollo particular de algunos derechos.

Esta acción sustancial se observa no solo en el ámbito latinoamericano, sino que se trata una tendencia a nivel mundial, sobre todo porque la tutela de derechos humanos ya no depende exclusivamente de la acción de los órganos de gobierno de los Estados, que podían condicionar su ejecutabilidad en función de intereses y acciones no necesariamente a favor del principio *pro homine*.

En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha constituido en un elemento referencial que permite la ampliación del marco tutetivo de los derechos humanos, especialmente cuando debe ejecutar una acción de interpretación de la Convención Americana a través de un procedimiento de convencionalidad, que constituye un referente vinculante para los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de *Protección de Derechos Humanos*. Dicha interpretación responde a criterios mucho más amplios que los empleados por los órganos estatales de naturaleza político-administrativa,

puesto que con ella se evalúan i) las acciones de los órganos estatales, ii) el impacto negativo de dichas acciones en la dignidad y derechos fundamentales de los ciudadanos y iii) la progresividad de los derechos en un contexto de desarrollo de la ciencia, de las necesidades sociales y de una proyección del desarrollo de la dignidad para la persona.

Por su parte, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido tan referenciales que han llegado a influir de modo activo e indirecto en todos los países de la región. Esto sucede así no solo por el cumplimiento de alguna sentencia condenatoria que cada Estado deberá ejecutar, sino también porque dichas sentencias resultan vinculantes para la labor jurisdiccional nacional, especialmente, cuando interpretan elementos tuitivos de las personas.

Obsérvese que el nivel de vinculación es tan elevado que Chile se vio condicionado a modificar su Constitución a raíz del caso “Olmedo Bustos y otros”, más conocido como el caso de “La última tentación de Cristo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2001a), hecho que inclusive se registra en la propia decisión, al detallarse la ruta legislativa de la *reforma constitucional*, remitida por el entonces presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, en el año 1997, y que fue aprobada por la Cámara de Diputados.

De forma complementaria a este hecho, es posible registrar otras referencias importantes que han repercutido en cada país. Por su impacto en la región, dentro de las más importantes se encuentran las siguientes:

- a. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Corte IDH, 1988), con el cual se hace la evaluación de los actos de tortura y se identifica el método empleado contra la víctima, condenando a Honduras en un hecho sin precedentes.
- b. Caso Barrios Altos vs. Perú (Corte IDH, 2001b), en particular, porque establece una delimitación de las responsabilidades de las autoridades políticas del país que generó el daño a las víctimas, con lo cual se da paso a la configuración del derecho a la verdad.
- c. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú (Corte IDH, 2003), porque es el primer caso que tutela tanto derechos individuales como sociales y colectivos, con lo cual se identifica la pensión de jubilación como un derecho autónomo, y se genera un procedimiento especial de tutela de derechos en el tiempo que toma en cuenta las características de los sujetos afectados.

- d. Caso La Cantuta vs. Perú (Corte IDH, 2006), cuando hace la evaluación de las reparaciones morales a cargo de los Estados que han afectado los derechos de sus ciudadanos.

De este modo, el margen normativo de las constituciones, en cada Estado estas se han ido adecuando a lo dispuesto por la Convención Americana, gracias a lo cual se ha generado un hecho que constituye un hito histórico, jurídico, social y político de gran relevancia en la actualidad, porque la *sobreranía nacional* queda condicionada a lo establecido por cada gobierno nacional al suscribir tratados internacionales sobre derechos humanos; hecho que conforma un nuevo contexto jurisdiccional convencional.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, las decisiones de los gobiernos nacionales y los máximos órganos estatales en cada país quedan condicionadas ante la Convención Americana, y todo ello obra a favor de la interpretación de los derechos humanos, por cuanto, independientemente de la ley nacional, queda ahora “ampliado” el marco de la Convención Americana.

Por ello es importante observar el alcance conceptual que los autores plantean en el presente libro, puesto que articulan dos áreas igual de importantes y significativas: la tutela individual de derechos y la tutela colectiva o difusa de derechos, dado que se analiza el contexto social del problema evaluado. De este modo, surgen dos áreas de trabajo que son objeto de distintos énfasis según la importancia del nivel de *evaluación de derechos* requerida por cada caso estudiado.

Winston M. Ramírez Fondeur expone la importancia de la complementación de los alcances jurisprudenciales y su relación con el “daño al proyecto de vida”, tanto a nivel regional —con la acción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— como a nivel nacional —en la República Dominicana—.

El análisis de la *capacidad* de una persona respecto de su *libertad y ejercicio de competencias laborales y personales* es llevado a cabo por Paola Alexandra Sierra-Zamora, Vivian Arcos Cortés, María Paula Castro Alfonso y Manuel Bermúdez Tapia, en los casos en que surge un elemento que la *legislación* usualmente ha detallado como una limitación, sin tomar en cuenta el alcance progresivo de la dignidad y del desarrollo de la libertad, especialmente, en el ámbito laboral. Esta controversia permite detallar el “modo tradicional” de

evaluar la legislación y el alcance que tiene una acción tuitiva de derechos en un contexto contemporáneo, en particular, cuando surge la necesidad de garantizar los derechos sin un límite particular, porque, en esencia, una condición (cualquiera que esta sea) no sería una razón válida para negarlos.

Del mismo modo, es importante mirar desde esta perspectiva la relación que tienen las parejas del mismo sexo frente al desarrollo al matrimonio igualitario. Este tema es desarrollado por las doctoras María Dolores Núñez Ávila, Gissela Cristina Paredes Erazo y Paola Alexandra Sierra-Zamora que analizan las particularidades de los derechos que esta comunidad en el contexto jurídico ecuatoriano.

De forma correlativa a la evaluación de los derechos de *naturaleza individual*, social y colectiva, a cargo de Manuel Bermúdez-Tapia, se suma, por supuesto, el contexto de la crianza familiar en el desarrollo de circunstancias de orden jurídico y social de difícil resolución, porque el ámbito de las relaciones familiares en lo íntimo, privado y público es sumamente especial, razón por la cual se aceptan elementos probatorios y, sobre todo, sustanciales —que son de diferente índole en determinadas circunstancias jurídicas—.

Cipriano Peña Chivatá y Juan Martínez Fernández analizan el contexto del indigenismo en Colombia, asumiendo una nueva evaluación de conceptos e ideologías tradicionales sobre dicho movimiento para poder examinar la coyuntura actual de Colombia. La importancia de este capítulo radica en que se evidencia la necesidad de analizar “un nuevo sujeto de derechos”, la comunidad *indígena o nativa* —que implica una condición preexistente al Estado—, conforme a los parámetros conceptuales europeos de la Edad Moderna. De esta manera, el análisis de la *jurisdicción especial indígena* y el *pluralismo* como concepto de la teoría del Estado, el derecho constitucional y el derecho judicial resulta altamente relevante, porque detalla la coexistencia de dos sistemas normativos en una misma realidad territorial, donde se ubican *dos tipos de poblaciones* que responden a un criterio diferenciado de *pertenencia*, por lo cual la aplicación de un solo sistema normativo termina siendo excluyente para alguna de estas.

Finalmente, Mariana Ribeiro Santiago, en su texto “Harmonia com a natureza: um paradigma biocêntrico para o direito”, profundiza sobre cómo la vinculación de los seres humanos con la naturaleza define los parámetros con los cuales el derecho (como institución jurídica) debe determinar la tutela del ambiente, con lo cual se supera el paradigma biocéntrico.

Bajo el alcance de estas palabras iniciales, quedan planteados para el lector el estudio y análisis de los puntos expuestos como una enriquecida posibilidad de ampliación del panorama teórico sobre la tutela de derechos, tema que ya no se limita al ámbito nacional, sino que se proyecta a nivel macrorregional.

Estos aportes son el resultado del trabajo conjunto entre diversas instituciones universitarias de Colombia y una del Perú. Por la parte colombiana, apoyaron el Grupo de Investigación en Ciencias Militares, de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” (ESMIC) (código COL0082556 de Minciencias); el Grupo de Investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, del Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Facultad de Derecho, de la Universidad Católica de Colombia (código COL0120899 de Minciencias); y el Grupo de Investigación en Aviación Militar, de la Escuela de Aviación del Ejército (ESAVE) (código COL0077618 de Minciencias). Por la parte peruana, se contó con la participación de distintos proyectos de investigación de la Universidad Privada San Juan Bautista.

Tanto el libro en su conjunto como cada uno de sus capítulos fueron validados a través de un procedimiento de evaluación de tipo doble ciego por parte de pares externos. Para su desarrollo se contó con la contribución multidisciplinaria de académicos civiles y militares.

*Brigadier General Arnulfo Traslaviña Sáchica*

Director de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

## Referencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001a). Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos humanos. (2001b). Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de fondo. Serie C - 4 de julio de 1988.

Esta página queda intencionalmente en blanco

# El daño al proyecto de vida: su reconocimiento en la Corte IDH y en la República Dominicana<sup>1</sup>

1

<https://doi.org/10.21830/9789585284845.01>

Winston M. Ramírez Fondeur<sup>2</sup>

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

## Introducción

Durante los últimos decenios, el derecho de la *responsabilidad civil*, como disciplina jurídica, ha ido evolucionando a tono con los nuevos paradigmas, reorientando su estudio a nuevos principios y valores, gracias a los fenómenos de constitucionalización del derecho y la sociedad, así como a los procesos de integración de los Estados en este hemisferio y su disposición a adaptar su derecho interno a los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos.

República Dominicana, como otros países de la región, no ha sido la excepción en esta evolución positiva, sino que presenta una nueva etapa como Estado social y democrático de derecho, y un notorio avance en materia de protección y garantía de los derechos fundamentales. La reciente creación del

---

1 Este capítulo hace parte de los resultados del proyecto de investigación “La legitimidad de las Fuerzas Militares en la geopolítica nacional e internacional de Colombia” del Grupo de Investigación en Ciencias Militares, de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” (ESMIC), registrado con el código COL0082556 de Minciencias. Los puntos de vista y los resultados de este artículo pertenecen al autor y no reflejan necesariamente los de la ESMIC.

2 Licenciado en Derecho, de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Diplome d' Université Droit Comparé et International Des Affaires, Université de Savoie, France. Magíster en Derecho Societario y Comercial (PUCMM). Máster in Bussiness Administration (MBA), University of Phoenix, Estados Unidos de América. Magíster en Derecho Procesal Civil (PUCMM), Diploma sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la Facultad de Derecho de la American University de Washington. Desde 2008 ha sido docente en la Escuela de Derecho de la PUCMM. Abogado en ejercicio. Actualmente cursa la Maestría de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (PUCMM). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6979-5935> - Contacto: [19940723@cc.pucmm.edu.do](mailto:19940723@cc.pucmm.edu.do)

Tribunal Constitucional, a partir de la Ley Orgánica N.º 137-11<sup>3</sup> y la proclamación de la Constitución de la República Dominicana, el 26 de enero de 2010, incorporó un amplio catálogo de derechos.

A pesar de los aludidos avances institucionales y democráticos, el ordenamiento jurídico y el sistema de justicia actual de República Dominicana presentan múltiples desafíos, como el actual régimen legal de la responsabilidad civil, el cual no se adapta a la alta proliferación de daños que sufren las personas como consecuencia del desarrollo experimentado por el actual modelo económico y social.

Cuando se evalúan los textos legales que rigen esta materia (aún inertes en el Código Civil), el gran acervo jurisprudencial y los actores mismos del sistema de justicia, se constata un cierto desfase con la tendencia moderna, pues el enfoque está dado aún en disciplinar la falta del responsable y no en reparar adecuadamente el daño. No obstante, las últimas decisiones de la Suprema Corte de Justicia permiten armonizar el derecho con esta tendencia.

Cabe entonces preguntarse: ¿Cuál es el real propósito de la responsabilidad civil? ¿Esta se limita a identificar al culpable o responsable de causar un daño y constreñirlo a asumir su responsabilidad o busca la obligatoriedad del resarcimiento adecuado del perjuicio provocado o sobrevenido por ese daño?

En la actualidad, el derecho de la responsabilidad civil exhibe un fundamento y un rol distinto, enfocados hacia la persona afectada, la magnitud del daño sufrido y sus alcances posibles, a fin de obtener una reparación integral y, en consecuencia, esta se traduce, de una deuda de responsabilidad, a un crédito de resarcimiento o reparación (Lambert-Faivre, 1992, p. 13). En tal sentido, existe una tendencia moderna en esta materia a centrar la atención en la víctima, no solo desde la óptica *in concreto* del daño, sino en las secuelas que este pudiese ocasionar en las condiciones propias del afectado, presentes y futuras (Lambert-Faivre, 1992 p. 12).

Es de destacar la importancia de los tratados internacionales, la protección sistemática de los derechos humanos en el hemisferio sur y las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) dentro del marco de la obligación de los Estados miembros de

---

3 República Dominicana. Ley N.º 137 11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. G. O. N.º 10622 del 15 de junio de 2011.

proteger y respetar la integridad física, la libertad y demás derechos humanos<sup>4</sup>, involucrando a todos sus órganos (el ejecutivo, legislativo y judicial)<sup>5</sup>.

El derecho internacional ha reconocido como deber y obligación del Estado que las reparaciones por violación a los derechos humanos aseguren la restitución integral del derecho conculcado, así como del daño material y moral sufrido por la víctima, todo lo cual ha sido desarrollado y ampliado a través de la jurisprudencia.

Con motivo de ello, la Corte IDH ha establecido diversos criterios de reparación, para satisfacer los daños causados por el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral, surgiendo así, más recientemente, el concepto del daño al proyecto de vida (Calderón Gamboa, 2005, p. 12). Este último se reconoce como el menoscabo que sufre una persona que ve afectado su plan de vida, con lo cual se afecta su libertad fenoménica —la que tiene cada individuo para decidir cómo situarse ante el mundo y llevar a cabo un proyecto de vida—.

Esta nueva concepción del daño, a la cual se le ha reconocido autonomía conceptual, es una creación doctrinaria, reconocida jurisprudencialmente a partir de una sentencia dictada por la Corte IDH, en ocasión del caso *Loaiza Tamayo vs. Perú*, siendo este asociado al 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 o plan que se propone (Corte IDH, 1998, § 48).

En este sentido, la Corte IDH no solo reconoce la autonomía conceptual del daño al proyecto de vida dentro de la categoría de daños inmateriales, sino que, por medio de sus decisiones adoptadas más recientemente, le ha reconocido autonomía resarcitoria, lo cual genera su cuantificación y la correspondiente disposición de indemnizaciones pecuniarias a favor de las víctimas de tales daños.

---

4 En el continente americano, a partir de la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948, se cuenta con la Declaración Americana de Derechos Humanos, y, desde los años setenta, existe una Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Desde 1979, con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nació la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para una breve explicación sobre esta, véase [www.didh.org](http://www.didh.org)

5 Conforme a dichos convenios internacionales, los Estados tienen la obligación de cesar los actos que violenten dichos acuerdos y adoptar las medidas para garantizar la no repetición de estos.

En lo que sigue de esta exposición, abordaremos el concepto del daño al proyecto de vida, su fundamentación jurídica, su reconocimiento y aplicación por la Corte IDH a partir de 1998 y las posibilidades de su resarcimiento. Posteriormente, analizaremos cuál ha sido la experiencia en la República Dominicana, en torno al reconocimiento del daño al proyecto de vida, haciendo acopio del respaldo jurídico desde el punto de vista constitucional y jurisprudencial. De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que se han sentado las bases para la defensa y exaltación de la persona humana y de su libertad más allá de los textos, en concordancia con los nuevos paradigmas y reconociendo el proyecto de vida como su mayor exponente.

## **1. Conceptualización del daño al proyecto de vida y su reconocimiento en el ámbito internacional**

La terminología del tema objeto de estudio debe de parecernos bastante común o familiar. El término *proyecto* viene de *proyectar*, que se refiere a la intención de hacer algo y realizarlo o al plan que se traza para poder hacer algo. Es la idea de una cosa que se piensa hacer y para la cual se establece un modo determinado y un conjunto de medios necesarios.

La noción del proyecto de vida se basa en los pensamientos de los filósofos de la existencia. Su dimensión filosófica descansa en la libertad del ser humano, ya que es una esencia de su ser. Para que haya un proyecto de vida, el ser humano debe sentirse libre de elegir, planificar y llevar a cabo su plan. De ahí que, cuando se reduce la libertad del ser humano a su mínima expresión, se ve coartada la expectativa para lograr su plan de vida. Como bien sostiene Sartre, “el proyecto libre es fundamental, pues es mi ser; soy en tanto que he de ser yo mismo fuera de mí” (Frankl, 1987).

El proyecto de vida tiene una relación íntima con el ser humano, porque este se proyecta de manera constante hacia el futuro como parte de su esencia y existencia. Para el filósofo austriaco Viktor Frankl, el hombre, en última instancia, es su propio determinante. Este se inventa a sí mismo, concibe su propia esencia, es decir, lo que le da sentido a su existencia: lo él que debería o tendría que ser. Es por todo ello que el proyecto de vida constituye la esencia

del hombre: “El hombre no puede existir sin proyectar. Este tiene la peculiaridad de que no puede vivir si no mira al futuro: *sub specie aeternitatis*” (Frankl, 1987, p. 75).

Para Fernández Sessarego (2000), uno de los pioneros en desarrollar el concepto doctrinal del proyecto de vida, “decidir supone elegir un determinado proyecto, descartando al mismo tiempo otros proyectos alternativos que se le presentan al ser humano en un momento dado de su historia personal” (2000, p. 5). Asimismo sostiene que “toda decisión libre significa una valoración”. Decidir, por tanto, es valorar para optar por este u otro proyecto alternativo. Entonces, la vida se rige por un constante valorar luego de sopesar opciones.

Finalmente, Fernández Sessarego sostiene que el proyecto de vida reviste tanta importancia para el ser humano como la vida misma, es una razón de ser, de vivir, de tal suerte que, si este proyecto resulta coartado, afecta el valor de la vida. En efecto, este personifica el sentido mismo de la vida, aquello que hace que una persona viva a plenitud, aquello que colma sus sueños, sus aspiraciones. Cada ser humano vive *según y para* su proyecto existencial. Trata de realizarlo, de concretarlo, de convertirlo en una “manera de vivir, en su cardinal modo de existir” (Fernández Sessarego, 2014, p. 45).

Conforme al concepto desarrollado por dicho jurista, el daño al proyecto de vida es la consecuencia de un daño previo, de carácter psicosomático, de tal magnitud que significa la frustración o menoscabo del proyecto de vida, es decir, el impacto es de tal proporción que sume al sujeto en un vacío existencial. Un daño semejante “incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia y libre decisión” y es de tal trascendencia que afecta la manera en que el sujeto ha decidido vivir, frustra su destino y le hace perder el sentido de su existencia. Es, por ello, un daño cierto y continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante toda su existencia, en tanto que compromete, de forma radical, su peculiar y única manera de ser.

Para distinguir mejor el daño al proyecto de vida de otros daños no patrimoniales, el ejemplo más claro es expuesto por Fernández Sessarego (1992): la situación de un pianista que sufre un accidente de tránsito y pierde varios dedos de ambas manos. La víctima ha sufrido daños de naturaleza patrimonial, como el daño emergente (gastos de internamiento, honorarios médicos, medicinas,

etc.) y el lucro cesante (las sumas de dinero que dejaría de percibir); daños no patrimoniales (lesiones corporales causadas); y un daño a la salud de carácter psicosomático, que compromete el bienestar integral del sujeto damnificado.

Cada uno de estos daños citados deberá ser tenido en cuenta y cuantificado por el juzgador. Algunos son, incluso, tarifados. Pero, dentro de esta última categoría, no patrimonial, se le ha causado a la víctima un daño radical, que incide en el sentido mismo de su vida. Su proyecto de vida se ha frustrado, puesto que consistía, única y exclusivamente, en *ser pianista*. Esto era lo que le daba sentido a su existencia, al punto que, en la vida social, este era identificado como pianista.

Sobre la autonomía conceptual, es de mencionar la decisión adoptada por la Corte IDH en el caso de María Loayza Tamayo vs. Perú, que resulta de capital importancia, porque por vez primera se reconoció la existencia de un grave daño al proyecto de vida. No obstante, la Corte se abstuvo de fijar su cuantificación, puesto que la evolución de la doctrina en ese momento no permitía traducir un reconocimiento en términos económicos. A pesar de esto, se reconoció expresamente su autonomía, con preponderancia de la reparación no económica y no simbólica.

Por su parte, Burgos sostiene que la importancia de dicha sentencia de la Corte radica en el reconocimiento del daño al proyecto de vida, como primer paso en esa dirección y propósito, con lo cual se invita a “repensar todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos desde la perspectiva de la integralidad de la persona de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano, así como la restauración de su dignidad” (2012, p. 307).

Ciertamente, en la decisión de fondo del caso en cuestión, dictada el 17 de septiembre de 1997, la Corte IDH, considerando los daños sufridos por la víctima reclamante, definió, en el voto mayoritario, el daño al proyecto de vida, en la forma siguiente:

Se trata de una noción que se asocia al concepto de realización personal, el 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. En rigor, tales opciones son la expresión y garantía de la libertad, pues difícilmente se podría decir que una

persona es verdaderamente libre, si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación.

Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial; por lo tanto, su cancelación o menoscabo implica la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor.

No se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable —no meramente posible— dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos.

Estos hechos cambian drásticamente el curso de la vida del damnificado, imponiéndole circunstancias nuevas y adversas y modificando sus planes y proyectos, formulados a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvolvía su existencia y de sus propias actitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.

Por esta vía, los hechos violatorios de derechos humanos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado en la formulación del proyecto de vida y, en conclusión, alteran de manera sustancial el desarrollo del individuo al que afectan. (Corte IDH, 1998)

Cabe señalar que en dicha sentencia se destaca el voto razonado de dos jueces, Cançado Trindade y Abréu Burelli, quienes consideraron que la decisión de concebir autónomamente un daño al proyecto de vida supone la adopción de un paradigma que trasciende la división tradicional de los daños, focalizada en su patrimonialidad, con lo cual se reconoce la necesidad de reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones.

Conforme al criterio de dichos juristas, Burgos (2012, p. 315) destaca la necesidad de “mutar” el paradigma de apreciación de los daños por violaciones a los derechos humanos, para adoptar un punto de vista en toda su integridad (que es la única manera de sostener, luego, una reparación que presuma de ser íntegra); así como apartarse del paradigma de apreciación de los daños utilizado por el derecho privado (con focalización hacia la patrimonialidad o no de las consecuencias).

En tal sentido, el reconocimiento del daño al proyecto de vida de la víctima, mediante dicha sentencia, no solo tiene como único mérito haber reconocido y adoptado un concepto nuevo y autónomo en materia de daños a las personas, como lo es el daño al proyecto de vida, sino que también repre-

sentó un primer paso para reorientar el curso de la jurisprudencia internacional en la reparación de daños por violación a los derechos humanos.

En cuanto a la evolución jurisprudencial, vale la pena destacar que, si bien a partir de dicha sentencia —referente obligado en el tema objeto de estudio— el reconocimiento de la autonomía conceptual del daño al proyecto de vida ha sido consolidado, no es posible afirmar lo mismo con relación a su autonomía resarcitoria. Como se pudo apreciar en la solución del caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, no le fue impuesta a dicho Estado una indemnización pecuniaria particular, más bien, el daño al proyecto de vida se consideró mayoritariamente como no resarcible en dinero, a partir de 1998.

El reconocimiento de la autonomía resarcitoria del daño al proyecto de vida tuvo lugar gradualmente, por efecto de una evolución jurisprudencial, en la cual, en una primera etapa, este se consideraba resarcible, no mediante indemnización en sumas de dinero, sino en obligaciones de hacer o en especie, hasta que, a partir del 2011, en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), se dio lugar a una marcada tendencia a reconocer la autonomía resarcitoria del daño al proyecto de vida (citado por Burgos, 2012, p. 340). Con este caso se creó una nueva etapa en la jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto a su resarcimiento e indemnización pecuniaria.

A modo de ilustración, en el caso *Gutiérrez Soler vs. República de Colombia*, mediante Sentencia de 12 de septiembre de 2005, la Corte IDH se inclinó hacia el resarcimiento en dinero del daño al proyecto de vida, pero sin concederle autonomía resarcitoria, cuantificándolo al momento de determinar la reparación pertinente por daño inmaterial, dentro de esta categoría genérica. Así se verifica en el párrafo 89 de la citada sentencia, en la que se lee textualmente:

Por las anteriores consideraciones, la Corte reconoce la ocurrencia de un daño al “proyecto de vida” del señor Wilson Gutiérrez Soler, derivado de la violación de sus derechos humanos. Como en otros casos, no obstante, el Tribunal decide no cuantificarlo en términos económicos, ya que la condena que se hace en otros puntos de la presente Sentencia contribuye a compensar al señor Wilson Gutiérrez Soler por sus daños materiales e inmateriales (*supra* párrs. 76, 78, 84.a y 85.a). La naturaleza compleja e íntegra del daño al “proyecto de vida” exige medidas de satisfacción y garantías de no repetición (*infra* párrs. 103, 104, 105, 107 y 110) que van más allá de la esfera econó-

mica. Sin perjuicio de ello, el Tribunal estima que ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado el señor Wilson Gutiérrez Soler. (Corte IDH, 2005, p. 413)

Como se puede apreciar en dicha sentencia, la Corte IDH reconoció el daño al proyecto de vida y, si bien señaló que ninguna forma de reparación puede devolver o proporcionar a la víctima las opciones de realización personal que le fueron privadas, admitió, en cambio, la necesidad de su resarcimiento. Decisiones como la antes citada fueron numerosas desde el 2001 al 2005, siguiendo el mismo criterio jurisprudencial, por ejemplo, los casos Bulacio vs. República de Argentina (Corte IDH, 2003a) y Myrna Marck Chang vs. Guatemala (Corte IDH, 2003B).

En cambio, en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), la Corte reconoció la comisión de un daño al proyecto de vida y estimó pertinente fijar, como justa compensación, en equidad, por concepto de daños inmateriales, la suma de US\$100 000 a favor de la señora María Claudia García de Gelman y US\$80 000 a favor de María Macarena Gelman García.

Según Burgos (2012, p. 342), con la adopción de la citada sentencia se puso fin a una etapa evolutiva en cuanto al reconocimiento de la autonomía resarcitoria del daño al proyecto de vida, por lo cual, para la Corte IDH, el daño al proyecto de vida goza de autonomía conceptual irrefutable, de plena autonomía resarcitoria y su resarcimiento puede (y a veces debe) traducirse en términos de indemnización pecuniaria.

## **2. Reconocimiento y aplicación en República Dominicana**

Antes de proceder a examinar algunas de las sentencias que han sido dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, en reconocimiento expreso del daño al proyecto de vida, es necesario aclarar que no solo los derechos fundamentales son de interés de la Constitución, sino que lo es también el derecho a la reparación. En razón de esto, es pertinente dedicar algunas líneas a las normas constitucionales que rigen la materia, y, sobre todo, a sus implicaciones insoslayables.

La Constitución dominicana del 26 de enero de 2010 contempla una serie de disposiciones que otorgan rango constitucional no solo a la obligación del Estado de tutelar la libertad, la salud y la vida de la persona humana, sino a la de reparar el daño o afectación de tales derechos, conforme a la ley y el derecho vigentes.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos en nuestro hemisferio consagran los derechos fundamentales del hombre y, muy especialmente, tutelan el derecho a la vida, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad. Es decir que se protege la libertad en sí misma y su actuación o expresión fenoménica, cuyo máximo exponente es el proyecto de vida.

Con respecto a esto, la República Dominicana se sitúa en similares estándares de protección constitucional. En efecto, en su título II, sobre “Derechos, garantías y deberes constitucionales”, la Constitución de República Dominicana consagra en sus artículos 37, 40 y 43 el derecho a la vida<sup>6</sup>, la dignidad, la libertad<sup>7</sup> de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad<sup>8</sup>.

Asimismo, merece resaltar que los convenios internacionales en materia derechos humanos gozan de misma jerarquía constitucional en el derecho interno. En tal sentido, el artículo 74, numeral 3, de la Constitución dominicana establece que “los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado” (Ferrer Mac-Gregor, 2011, p. 547).

En consonancia con lo anterior, la República Dominicana es signataria de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), asumida como normativa internacional vinculante, parte integral del sistema intera-

---

6 “Artículo 37.- Derecho a la vida. El derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte”.

7 “Artículo 40.- Derecho a la libertad y seguridad personal. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto: 1.- Nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito; 2.- Toda autoridad que ejecute medidas privativas de libertad está obligada a identificarse...”.

8 “Artículo 43.- Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás”.

americano de protección de los derechos humanos, y, por tanto, del *bloqueo de constitucionalidad*, en reconocimiento de la necesidad de dotar a los ciudadanos de mayores garantías para preservar las libertades fundamentales de los seres humanos.

De acuerdo con tales disposiciones de rango constitucional, el Estado dominicano garantiza para toda persona el debido respeto a sus derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la vida, a la libertad humana y sus manifestaciones. En consecuencia, dicha tutela estatal alcanza los posibles daños al proyecto de vida, y, por consiguiente, una reparación integral, como se evidencia más adelante.

En cuanto al derecho a la reparación, es de resaltar que la mayoría de las constituciones del hemisferio sur han consagrado expresamente la obligación de reparar ciertos daños a la persona y han extendido esta protección a otros daños de manera implícita.

En tal sentido, en su artículo 44, la Constitución dominicana consagra expresamente el derecho a la reparación de daños a la persona, por violación a la intimidad y al honor personal. Igualmente, el artículo 53 de la carta magna consagra el derecho a la reparación, en caso de daños a la salud de las personas causado por productos o servicios de mala calidad.

En ambos casos, la Constitución dominicana remite a la ley las condiciones bajo las cuales se han de reparar los daños y perjuicios derivados de la violación de los derechos consagrados por los citados artículos 44 y 53 de la Constitución.

Sin duda alguna, la constitucionalización del derecho a la reparación en República Dominicana, tal y como sucede en otros países de tradición romano-germánica, viene a crear un nuevo escenario, un verdadero cambio de perspectiva, tanto para la aprehensión como para la determinación del daño reparable (Burgos, 2012, p. 77), ya que esta supone una serie de transformaciones en materia de *responsabilidad de daños*, tales como los siguientes:

- a) La constitucionalización del derecho a la reparación conlleva la inconstitucionalidad de toda norma tendente a desconocer o dejar de lado tales o cuales daños con “relación causal adecuada”.

- b) El llamado derecho de daños deja de ser una cuestión de mero interés privado, cobrando entonces un marcado interés público.
- c) El respeto a la integridad de las personas, su resarcimiento y la sanción a los responsables devienen en una cuestión de interés estatal, lo cual era antes relegado al ámbito privado, es decir, a las anticuadas reglas que sobre la materia prevé nuestro Código Civil. (Burgos, 2012)

Por tales razones, la responsabilidad civil experimenta una creciente objetivación y socialización, más dedicada a pensar en el estado de las personas después de la ocurrencia de un perjuicio, sea este de naturaleza patrimonial o no patrimonial. Con ella, no solo se persigue reparar, sino precaver, remediar o minimizar el daño; y, si este se produce, busca su resarcimiento de manera integral, independientemente de su naturaleza moral o patrimonial.

Al respecto, cabe señalar que, durante mucho tiempo, fue objeto de discusión la reparación del daño moral, ya que este se consideraba como no susceptible de una valoración pecuniaria, cuya pretensión de resarcimiento era inmoral, pues no se podía negociar con el dolor humano. Felizmente esa discusión quedó atrás por las mismas razones mencionadas más arriba, y las decisiones de la Suprema Corte de Justicia citadas así lo manifiestan.

En ese mismo sentido, Subero-Isa afirma que el concepto de daño moral y su reparación

ha venido evolucionando de tal manera, que en el caso de nuestro país el asunto no solamente tiene el respaldo de una consolidada jurisprudencia y consagración legislativa, sino que en la actualidad tiene un ribete constitucional en aspectos tan importantes como los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentran, según disposiciones expresas del artículo 44 de la Constitución, el honor, el buen nombre. (2018, p. 605)

Por otra parte, es preciso destacar que el derecho a la reparación, si bien ha sido elevado al rango constitucional, no es absoluto sino relativo, sobre todo, cuando en una situación concreta choca con otro derecho fundamental, ocasión en la cual uno de ellos deberá ceder frente al otro.

Como veremos enseguida, la Suprema Corte de Justicia en diversas oportunidades ha reconocido el daño al proyecto de vida, así como la facultad del juez de fondo de apreciar la magnitud del daño y establecer una indemniza-

ción pecuniaria, pero siempre dentro del respeto de los derechos fundamentales, tales como la razonabilidad y la proporcionalidad de la indemnización frente al daño sufrido.

En efecto, mediante una sentencia dictada el 02 de julio de 2014 por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, con ocasión de lesiones graves sufridas por un trabajador que perdió una pierna a causa de un accidente laboral, esta reconoció la ocurrencia de un daño cierto, directo y personal en la vida del trabajador afectado, e incluso consideró que el perjuicio sufrido afectaba “en forma sensible” el proyecto de vida del trabajador y su desarrollo laboral. En tal sentido, dicha Corte estableció lo siguiente:

Considerando, que al no cumplir con un deber de seguridad, relativo a las obligaciones inherentes a los deberes propios de la ejecución del contrato de trabajo, ocasionando un daño cierto, directo y personal en la vida misma del trabajador afectado, realizando una evaluación del daño, lo cual es propio de los jueces del fondo, y no entra en la esfera de la Corte de Casación, salvo un estimado irrazonable del perjuicio causado, sin que exista evidencia al respecto, tomando en cuenta que el perjuicio causado afectará en forma sensible el *proyecto de vida* del trabajador recurrido y su desarrollo laboral, en consecuencia, dichos medios en ese aspecto carecen de base legal, deben ser desestimados y rechazado el presente recurso. (Énfasis añadido) (Suprema Corte de Justicia, 2014a)

Es de destacar, en este caso, el reconocimiento expreso de la Alta Corte del carácter futuro atribuido al daño al proyecto de vida, es decir, su proyección en el tiempo, que es una de las características que definen este tipo de daños en expresión de su autonomía, como se reconoció anteriormente.

En otra decisión, muy próxima a la anterior, dictada también por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, el 16 de julio de 2014, con ocasión de una demanda en daños y perjuicios a raíz de un accidente laboral, la Alta Corte reconoció y conceptualizó nuevamente el daño al proyecto de vida, resaltando ahora nuevos elementos que lo componen, así como sus alcances. Al respecto, destacó lo siguiente:

Considerando, que en el caso de que se trata hay un perjuicio, cierto, directo, actual y personal relacionado con el recurrido, que ha de gravitar en su perspectiva de vida, en su *proyecto de vida*, en su parte afectiva, su relación laboral futura, sus posibilidades y la calidad misma de su vida personal, que ha

quedado seriamente perjudicada por el daño ocasionado. (Énfasis añadido)  
(Suprema Corte de Justicia, 2014b)

Merece aquí destacar, en la apreciación del daño, el modo en que la Corte se detiene y concentra su atención en la víctima como persona, valora su dimensión individual y social. De esta forma proyecta hacia el futuro las consecuencias del perjuicio sufrido y reconoce el proyecto de vida como componente de la vida misma (la parte afectiva, la calidad de su vida personal y su relación laboral futura, todo ello trastocado por el daño causado).

Reviste suma relevancia esta otra sentencia dictada por las Salas Reunidas de la Suprema Corte de Justicia, dictada el 28 de agosto de 2013. En ella, la Alta Corte no dejó dudas en cuanto al reconocimiento del daño al proyecto de vida, tanto respecto a su autonomía conceptual como resarcitoria, al decidir casar una sentencia dictada por una Corte de Trabajo del Distrito Nacional, que fijó una indemnización de RD\$1 500 00.00 (aprox. US\$30 000.00), por daños ocurridos a causa de un accidente laboral que provocó la incapacidad permanente del trabajador. En dicha sentencia, no obstante, la Corte estimó irrazonable el monto de la indemnización, por no haber tomado en cuenta otros daños materiales, así como el daño al proyecto de vida. Al respecto, estableció lo siguiente:

Considerando: que igualmente, el recurrente, con la pérdida futura de sus relaciones de trabajo, que eran las de una persona con su nivel de preparación y especialización en “finanzas, impuestos, contabilidad y auditoría”; sufrió un daño a su proyecto de vida “impidiendo la realización de desarrollo personal y vocacional en condiciones normales y causaron daños irreparables a su vida y a la vida de sus familiares, obligándolo a realizar esfuerzos en condiciones de penuria económica y quebranto físico y psicológico”; daños que deben ser reparados. (Suprema Corte de Justicia, 2013)

En este caso particular, la sentencia dictada constituye un verdadero precedente, de singular relevancia en la materia, ya que reconoció el daño al proyecto de vida para el profesional que vio frustrado su plan de vida, al ser privado de desarrollar sus competencias como profesional de las finanzas en auditoría y contabilidad. Lo cual lo afectó también con la pérdida de sus relaciones futuras y la realización de sus expectativas como parte de su realización

personal. Por ello, la Corte estableció y reconoció expresamente la obligación de reparar dichos daños.

No es posible concluir el presente trabajo, sin antes advertir que, si bien —conforme a tales precedentes— toda víctima de un daño personal, incluyendo el daño al proyecto de vida, tiene derecho a una reparación integral, esto no debe ser confundido bajo el entendido de que se cumple con la obligación de reparar el daño al fijar como indemnización pecuniaria un valor estimativo. Al respecto, cabe aclarar que cada caso debe ser valorado concretamente y no de manera abstracta.

En ese sentido, se juzgó que

el perjuicio que sufre la víctima debe ser apreciado *in concreto* y no abstracto. La causa eficiente del daño sufrido por la víctima no se encuentra en sus predisposiciones, sino en la falta imputable al demandando. La víctima es acreedora de una reparación íntegra. (Subero-Isa, 2018, p. 662)

Asimismo, una indemnización para el proyecto de vida, fijada sin el debido soporte o justificación de su cuantificación, que no cumpla con los deberes de razonabilidad y proporcionalidad, afectará la validez de la sentencia, pudiendo ser casada por falta de motivación. Es preciso que las sumas acordadas a título de indemnización se ajusten al daño sufrido. Sobre la razonabilidad a la cual debe ajustarse toda indemnización, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en la sentencia TC/150/17 dispuso lo siguiente:

Es así que la argumentación de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia descansa en la apreciación genérica de los daños y perjuicios que realizó el tribunal inferior; sin embargo, al ponderar el monto de la indemnización impuesta, sus argumentos se apartan de los parámetros de razonabilidad que deben existir entre los daños y perjuicios experimentados, las pérdidas sufridas y las ganancias a las que hubiese sido privado el acreedor; criterios que hubiesen permitido una evaluación objetiva del aspecto controvertido como lo había hecho la misma sala en otras ocasiones. (República Dominicana - Tribunal Constitucional, 2017)

En tal sentido, la doctrina sostiene que la acción de responsabilidad civil no persigue un enriquecimiento por parte de quien ha sufrido el daño, sino

una reparación integral, tanto en el lucro cesante como en el lucro emergente. En ese mismo orden de ideas, se juzgó que

cuando hay varios demandantes en la misma calidad, es deber de los jueces del fondo, en interés de una buena administración de justicia, ponderar en cada caso el grado de perjuicio sufrido por cada uno de ellos, y dar los motivos pertinentes, a fin de que las indemnizaciones correspondan razonablemente al perjuicio que cada uno ha sufrido. (Subero-Isa, 2018, p. 774)

## Conclusiones

El concepto del daño al proyecto de vida goza de autonomía conceptual y resarcitoria por haber sido expresamente reconocido en reiteradas ocasiones, tanto en el ámbito internacional como en la República Dominicana.

Como es natural, cada elemento innovador toma su tiempo para calar en un contexto social y jurídico, sobre todo, en cuanto al aspecto de la cuantificación del daño y su resarcimiento mediante una indemnización pecuniaria, debido, justamente, a la naturaleza inmaterial del daño a reparar. No obstante, tal y como se ha evidenciado, es mucho lo que se ha avanzado en esta materia, pero hay aún mucho camino por recorrer.

Las decisiones emitidas por la Suprema Corte de Justicia en lo tocante al reconocimiento de la autonomía conceptual y resarcitoria del daño al proyecto de vida —en especial, los razonamientos que fueron determinantes para su decisión, transcritos más arriba— constituyen verdaderos precedentes vinculantes para dicha Alta Corte. Esto, sin duda, resulta muy positivo en mérito a la justicia predecible, la igualdad y la seguridad jurídica que merecen todos los ciudadanos.

## Referencias

- Burgos, O. (2012). *Daños al proyecto de vida*. Editora Astrea.
- Calderón Gamboa, J. (2005). *Reparación del daño al Proyecto de Vida por violaciones a derechos humanos*. Editorial Porrúa.
- Constitución de la República Dominicana. (2010). *Gaceta Oficial No. 10561*.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *¿Existe un daño al proyecto de vida?* *Revista Persona*. <http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>

- Fernández Sessarego, C. (2000). Daño al proyecto de vida. *Revista Jurídica de la Universidad de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 34(3).
- Fernández Sessarego, C. (2014). Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 16 (5), 5-77.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9(2), 531-622.
- Frankl, V. (1987). *El hombre es busca de sentido*. Editorial Herder.
- Lambert-Faivre, Y. (1992). *La evolución de la responsabilidad civil; de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización*. Editora La Ley.
- Subero-Isa, J. A. (2018). *Tratado práctico de responsabilidad civil dominicana* (7.ª Ed). Editora Corripio.

## Sentencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 48.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003a). Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003b). Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Caso Wilson Gutiérrez Soler vs. República de Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de septiembre de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.
- República Dominicana - Tribunal Constitucional. (2011). Ley N.º 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales. G. O. No. 10622 del 15 de junio de 2011.
- República Dominicana - Tribunal Constitucional. (2013). Sentencia TC/0094 del 4 de junio de 2013.
- República Dominicana - Tribunal Constitucional. (2017). Sentencia del 5 de abril TC 0150 de 2017.
- Suprema Corte de Justicia. (2014a). 3.ª Sala. Sentencia N.º 354, 2 de julio de 2014.
- Suprema Corte de Justicia. (2004b). 3.ª Sala. Sentencia No. 376, 16 de julio de 2014.
- Suprema Corte de Justicia. (2013). Salas Reunidas. Sentencia del 28 de agosto de 2013. B. J. N.º 1233.

Esta página queda intencionalmente en blanco

# La violación al ejercicio profesional de personas con síndrome de Down<sup>1</sup>

# 2

<https://doi.org/10.21830/9789585284845.02>

*Paola Alexandra Sierra-Zamora*<sup>2</sup>

*Vivian Lizbeth Arcos Cortés*<sup>3</sup>

*María Paula Castro Alfonso*<sup>4</sup>

Universidad Católica de Colombia

*Manuel Bermúdez-Tapia*<sup>5</sup>

Universidad Privada San Juan Bautista

## Introducción

Este capítulo presenta el análisis de una relación entre fundamentos y criterios jurídicos que comprenden entre sí un conflicto de intereses entre el Estado colombiano y los ciudadanos. De esta manera, se evidencia cómo se viola y no se garantiza la igualdad del derecho al litigio para aquellas personas con síndrome de Down que aspiran a obtener un título de abogado y que,

---

1 Este capítulo hace parte de los resultados del proyecto de investigación “Desafíos contemporáneos para la protección de derechos humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios – FASE II” del Grupo de Investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, del Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Facultad de Derecho, de la Universidad Católica de Colombia, registrado con el código COL0120899 de Minciencias. Los puntos de vista y los resultados de este artículo pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España. PhD (c) del Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España. Investigadora del Grupo de Investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, de la Universidad Católica de Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3146-7418> - Contacto: [pasierra@ucatolica.edu.co](mailto:pasierra@ucatolica.edu.co)

3 Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: [vlarcos18@ucatolica.edu.co](mailto:vlarcos18@ucatolica.edu.co)

4 Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: [mcastro04@ucatolica.edu.co](mailto:mcastro04@ucatolica.edu.co)

5 Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (*magna cum laude*). Profesor-investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Consultor en temas de reforma del sistema de justicia en el Perú para el Banco Mundial, el Congreso de la República, el Poder Judicial y la Academia de la Magistratura. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1576-9464> - Contacto: [manuel.bermudez@upsjb.edu.pe](mailto:manuel.bermudez@upsjb.edu.pe)

aunque gozan de plena capacidad para el ejercicio de esta profesión, se ven imposibilitadas de ejercer la libre determinación de escoger profesión u oficio al ser declaradas interdictas por tener síndrome de Down. Como lo menciona Jurado,

no todos los individuos de la especie humana tienen capacidad legal o de ejercicio y por ello el ordenamiento los considera incapaces, se han ideado medidas para proteger sus derechos, puesto que al no cumplir con uno de los elementos estructurales del acto jurídico como lo es precisamente la capacidad, los contratos que celebre adolecerán de nulidad absoluta, por lo que se frustran sus efectos. Una de estas medidas es la denominada interdicción, que con la Ley 1306 de 2009, funge además como “una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado”, y en consecuencia, cualquier persona podrá solicitarla. (2014, p. 17)

De lo anterior nace precisamente la perplejidad de entender si la interdicción cumple una función de restituir el derecho o si, por el contrario, es una máscara para la violación propia de los derechos que les son vulnerados a las personas declaradas interdictas. De acuerdo con Borea,

la capacidad jurídica es la pieza fundamental para el disfrute de los derechos. De ésta depende la posibilidad de crear una vida y un destino de acuerdo a la voluntad, convicción e ideologías propias. Esta es la llave para desarrollarse como persona e interactuar con el universo a través de: (i) derechos contractuales (por ejemplo, abrir una cuenta bancaria, mantener y manejar propiedades, alquilar una propiedad, comprar inmuebles); (ii) derechos políticos (por ejemplo, votar y postular en las elecciones del país) e, inclusive, (iii) para ejercer derechos personalísimos (por ejemplo, casarse y formar una familia). (2015, p. 168)

En consecuencia, dicha capacidad jurídica se hace inherente a esta libertad o independencia: la capacidad de autogobernarse y las responsabilidades que esto conlleva. Como afirma Fernández:

La autonomía es uno de los principios universales en los que se cimientan los derechos humanos. La Convención reconoce la autonomía individual y la independencia de las personas con discapacidad como el primero de sus principios rectores de acuerdo con la noción de que la autonomía individual es la condición previa para el ejercicio de derechos, un derecho universal inalienable que no puede restringirse por motivos de discapacidad. (2010, p. 14)

Es precisamente lo anterior lo que contrapone los intereses del Estado colombiano con los de los ciudadanos, puesto que, si bien la interdicción es una figura que despliega una multiplicidad de violaciones, también es cierto que es una pieza fundamental para la valoración de los derechos de las personas con esta condición. Según lo menciona Pérez Carbajal y Campusano, la interdicción

tiene por objeto la protección de la persona y los bienes del mayor de edad que ha caído en estado de incapacidad [...], esto es porque se encuentra disminuido o perturbado en su inteligencia, padezca alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial, como se señaló con anterioridad, designándole a esa persona incapaz un tutor y un curador, para atender debidamente todas sus necesidades y la administración de su patrimonio, toda vez que no puede gobernarse por sí misma. (2019, p. 237)

Es así, como finalmente se dará una relación entre la responsabilidad del Estado al implementar la interdicción como una garantía y las afecciones que de esta figuran nacen, sin tener un balance entre lo que comprende una protección y la desigualdad que esta puede generar a su vez.

Lo anterior implica encarar el siguiente interrogante: ¿Es posible que se configure un vicio de procedimiento en actos jurídicos ejercidos desde la actuación del litigio por parte de un profesional del derecho con síndrome de Down si no se hace un estudio previo de su coeficiente intelectual?

Este capítulo se desarrolla mediante una metodología descriptiva y analítica, a partir de la cual se evalúa cada uno de los aspectos que llevan a la violación de derechos cuando una persona es declarada interdicta por tener síndrome de Down y, por ende, se conciben limitaciones en cuanto a su ejercicio profesional del derecho. Este estudio está respaldado por una investigación analítica de leyes, jurisprudencia y doctrina que, de una u otra forma, hacen referencia a casos semejantes.

## **1. La interdicción en Colombia**

La interdicción es el medio por el cual se busca declarar a una persona impedida para realizar ciertos actos jurídicos, desde negocios hasta la toma de

sus propias decisiones, ya sea por alguna afección mental, inmadurez psicológica, discapacidad intelectual o cognitiva, entre otros.

A su turno, hay dos clases de incapaces generales: incapaces absolutos e incapaces relativos. Mientras los primeros no tienen aptitud para realizar prácticamente ningún acto voluntario con connotación jurídica y los que eventualmente realicen se consideran absolutamente nulos, los segundos poseen un limitado campo de acción jurídica y sus actos se toman como relativamente nulos. (Medina-Pabón et al., 2009, p. 12)

Esto configura una discapacidad o limitación a los derechos de estas personas y da lugar a que el Estado dé un trato especial a las actuaciones jurídicas de los interdictos, ya que a estos se les nombra a una persona encargada de la administración de sus bienes, con el fundamento siguiente:

La protección de los más débiles constituye en general no solo un deber en algunos individuos, sino un deber social. La razón fundamental de las figuras tutelativas se encuentra en un deber de asistencia y protección que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano. Así bien, proponemos no caer en el error de olvidarse de aquellos sujetos que por sus especiales circunstancias de vulnerabilidad no pueden acceder al goce y ejercicio de sus derechos y necesitan, por ello, de un determinado cuidado y protección tanto de su persona como de sus bienes. (Cazorla González-Serrano, 2010, p. 48)

De esta forma, la Constitución Política de Colombia contempla en su artículo 47: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 47). Es necesario conocer que, detrás de esto, hay toda una estructura que se contempla desde el derecho romano hasta nuestros tiempos.

De hecho, la privación de los derechos o muerte civil —llamada actualmente *interdicción*— tiene antecedentes en el derecho romano, cuyo nombre en latín es *capitis deminutio* (capacidad disminuida), que hace referencia a la incapacidad jurídica de obrar de una persona, es decir, a una incapacidad para el ejercicio cabal de los derechos civiles por parte de un individuo. Históricamente, esta privación de los derechos civiles y jurídicos se ha presentado en formas y situaciones diferentes: la máxima *capitis deminutio*, por

ejemplo, se da cuando a una persona le es arrebatada de forma absoluta su libertad y ciudadanía (Arroyave, 2018, p. 24).

En particular, para una especial protección de los derechos de las personas declaradas interdictas, se creó la figura de las guardas para aquellos que no estaban bajo patria potestad. Así, es posible detallar que lo originado en el derecho romano se mantuvo en el Código Civil de Napoleón de 1804 y se acogió por el Código Civil de Bello, que entró en vigencia en la República de Chile en 1853. Este último fue adoptado por el ordenamiento civil colombiano en 1873, régimen de tutelas y curatelas que estuvo vigente en Colombia hasta el 5 de junio de 2009.

En Roma, por su parte, se sabía que el *paterfamilias*<sup>6</sup> que tuviere a su cargo una persona que se encontrase en un estado de incapacidad para actuar debía ejercer actos en nombre de esta y sería responsable de su cuidado. Así, en la actualidad, esta insuficiencia a la que se refiere el ítem anterior se debe a la falta de *capacidad de ejercicio*, como lo exponen Enamorado *et al.*:

la capacidad de ejercicio está supeditada a una cierta madurez para que su titular pueda ejercer por sí mismo sus derechos y a la vez contraer obligaciones, y aquellas personas que no tienen o carecen de esa madurez solo puedan ejercerla por medio de un representante. (p. 32)

De manera análoga —con el fin de hacer referencia a la capacidad y su evolución histórica—, el Código de Napoleón no usaba la expresión *patria potestad*, como se hacía en las leyes de interdicción de Roma, puesto que el primero utilizaba “el poder del padre para regular los derechos y deberes entre padres e hijos, [...] hablaba de la autoridad parental, que era conferida también a la madre, salvo que mientras subsistiera el matrimonio era ejercida exclusivamente por el padre” (Rodríguez, 2010, § 7).

En consecuencia, el Código de Napoleón dispuso:

La interdicción civil y el consejo judicial; que se refería a los discapacitados mentales y empleaba adjetivos que en su momento constituyeron la fisiología médica y psiquiátrica de la época, consagrados en los artículos 489 como: el

---

6 “El *paterfamilias* es la figura central al interior del esquema familiar roma. Como hemos visto, las relaciones de parentesco agnaticias se estructuran entorno a él, determinando la sujeción al *pater* la pertenencia a la familia *proprio iure*” (Amunátegui-Perell, 2006).

mayor de edad que esté en un estado habitual de imbecilidad, de demencia o de furor debe ser sujeto a interdicción, aun cuando ese estado presente intervalos lúcidos. (Tirado & García, 2018, p.158)

Esto mismo está contemplado en el artículo 545 de la Ley 57 de 1887 de Colombia (Código Civil anterior), al referirse a que la persona que se encuentre en estado de demencia deberá ser privada de la administración de sus bienes, por esta razón la Ley 1309 de 2009 de Colombia afirma

Los actos realizados por la persona con discapacidad mental absoluta, interdicta, son absolutamente nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido y los realizados por la persona con discapacidad mental relativa inhabilitada, en aquellos campos sobre los cuales recae la inhabilitación son relativamente nulos. (art. 44)

Las normas anteriormente mencionadas son una breve recopilación de la protección que ha dado el ordenamiento jurídico al patrimonio y actuaciones jurídicas que tengan relación con las personas declaradas interdictas. Esto supone no solo un desequilibrio en la igualdad que existe entre las personas que gozan libremente de todos sus derechos y aquellas que por alguna discapacidad física o mental no se encuentran en el pleno goce y disfrute de estos, sino que, a su vez, demuestra cómo no a todos los miembros del Estado colombiano se les trata como personas que son sujetos de derechos, con igualdad de ejercicio y condiciones sobre estos (Bermúdez-Tapia, 2017).

## **2. La interdicción como acto de discriminación entre iguales y desiguales**

En vista de lo anterior, se han creado medidas internacionales por medio de algunos pactos, convenciones<sup>7</sup> y declaraciones, entre otras, que han dado

---

7 La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la educación sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades. Para la realización de dicho derecho se requiere que los Estados partes aseguren un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida, desarrollando plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima, para permitir así el máximo desarrollo de la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, haciendo posible su participación de manera efectiva en una sociedad inclusiva.

lugar a otorgarles las condiciones de capacidad absoluta sobre los derechos a las personas que se encuentran impedidas de estos. La creación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad tienen la finalidad de garantizar que estas,

en su calidad de miembros de las respectivas sociedades, puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás. En todas las sociedades del mundo hay todavía obstáculos que impiden que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y libertades y dificultan su plena participación en las actividades de sus respectivas sociedades<sup>8</sup>. Es responsabilidad de los Estados adoptar medidas adecuadas para eliminar esos obstáculos. Las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan deben desempeñar una función activa como copartícipes en ese proceso. (Naciones Unidas, 1994, p. 7.)

Normas como la anterior han creado una nueva noción sobre la discapacidad de los interdictos, valoración con la que se quiere llegar a precisar si algunas condiciones de su capacidad mental o física no encajarían con los preceptos sociales que se necesitan para llevar una vida “normal”. En otras palabras, tener un aprendizaje diferente o que sea incluso lento a diferencia de las demás personas configura en sí que no se tenga la capacidad para obrar en ciertos actos jurídicos, lo que se respondería acertadamente, dada la falta de legitimidad que tienen las personas llamadas interdictas por el Estado colombiano.

De esta manera, y en relación con la convención, Sosa (2019) afirma que la discapacidad debe ser entendida como una forma de construir al otro distinto a nosotros en términos de igualdad, siendo críticos en el análisis en la comparación entre normales y anormales, sin que importe la medida de la anormalidad, en donde se dé por hecho que no existen personas normales y discapacitadas y que la discapacidad pueda ser vista como una simple alteración física o mental de las personas.

De acuerdo con lo anterior, hacia fines de la década de los sesenta, las organizaciones de personas con discapacidad que funcionaban en algunos

---

8 “El reconocimiento y exaltación de los derechos humanos como factores supremos hace que se consolide un nuevo orden extraterritorial, en el que los tratados, convenciones y pactos forman un cuerpo normativo universal, que no limita a una jurisdicción o competencia determinada, sino que opera en el marco de una competencia y jurisdicción única, universal y transnacional” (Martínez-Lazcano et al., 2014, p. 122).

países empezaron a formular un nuevo concepto de esta. En él se reflejaba la estrecha relación existente entre las limitaciones que experimentaban esas personas, el diseño y la estructura de su entorno y la actitud de la población en general (Naciones Unidas, 1994, p. 4).

A manera de ilustración de esto, es importante reconocer que se vive a diario en un sistema totalmente complejo, en un régimen que es íntegramente discriminatorio, que está sujeto a condiciones socioculturales y políticas que no permiten que personas con una limitación ingresen al sistema, incluso si se trata de una afección que no pondría en riesgo el actuar de la persona que la sufre ni de la sociedad en general.

Es preciso, entonces, matizar el concepto de discriminación; ¿es discriminación exigir a los individuos miopes gafas para conducir? [...] la diferencia entre la “discriminación odiosa”, frente a la que procede el amparo, y la “discriminación razonable”, esto es, tratar razonablemente en forma desigual a los desiguales [...] el problema radica en apreciar si una discriminación es “razonable”. Destacan que este carácter razonable de la discriminación ha de ser probado por aquel que la estableció, o lo que es lo mismo, corresponde probar que una discriminación es razonable a quien en un acto general o particular establece una discriminación. Esta se debe mostrar como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. (García-Cuevas, 2015, p. 247)

Entendida así, la discriminación abre un abanico de posibilidades desde el cual se deben valorar otros preceptos, como la igualdad.

Quienes entienden el principio jurídico de la igualdad como generalidad expresan que la ley debe tratar a las personas según “géneros”; La generalidad alude a categorías de iguales y desiguales atendido un determinado régimen de disparidad. Así con respecto a la igualdad ante la ley podemos señalar que la igualdad que reclama la garantía en comento, se traduce en generalidad, esto es, agrupar a las personas en géneros acorde con factores de discriminación rectamente empleados. (Valdés, 1992, p. 37)

En otro sentido, es necesario entender la igualdad relativa contrapuesta a una igualdad absoluta. Se presupone que

[...] la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias

fáticas y que no se trata, por consiguiente de una igualdad absoluta, sino que debe aplicarse la ley [...] en cada caso conforme a las diferencias específicas. La igualdad de la que venimos hablando exige la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición, por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinadas personas o grupos de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo. (Cabrera, 2004, p. 12)

Aclarado lo anterior, es posible revisar una de las grandes problemáticas y violaciones que emanan de todo lo visto anteriormente y que afectan a las personas con síndrome de Down. Estas últimas son declaradas interdictas, con lo cual se da paso a la violación de sus derechos fundamentales, pero este artículo se centra en uno en especial: la vulneración del derecho al acceso de la educación superior y al ejercicio del litigio en una carrera como el derecho.

### **3. Generalidades sobre el síndrome de Down**

La discusión que se presenta frente a las personas que son interdictas por tener síndrome de Down coexiste en el estudio que se debe tener en cuenta en cada individuo, pues la ley no se debe interpretar como una regla genérica, sino que se debe estudiar para cada caso en particular, como el cuadro clínico de cada paciente con síndrome de Down. Entendido esto, se desarrollan las diferentes particularidades de esta patología. El síndrome de Down consiste en un “trastorno genético causado por la presencia de una copia extra del cromosoma 21, en vez de dos habituales, caracterizado por la presencia de un grado variable de retraso mental y unos rasgos físicos peculiares que le dan un aspecto reconocible” (Basile, 2008, p. 9).

Estos niños van a tener un desarrollo más lento, sus características y ritmos de aprendizaje serán a menudo diferentes en determinados aspectos (memoria, atención, lenguaje...) así se detectó que estos niños suelen tener dificultades a la hora de La integración e inclusión escolar de los niños con Síndrome de Down mantener la atención en periodos de tiempo prolongados y facilidad para la distracción ante estímulos novedosos. Sin embargo, su desarrollo en otros aspectos está ligado a su edad cronológica (curiosidades, intereses, necesidades...) por lo que no deben ser comparados con niños más jóvenes, aunque

sus edades mentales, medidas a través de test estandarizados, sean equivalentes.  
(Rodríguez, 2013, p. 15)

Lo anterior equivale a entender que cada caso es único, que estudiar la validez de un acto jurídico de una persona con síndrome de Down corresponde a una ardua observación de las diferentes capacidades que esta persona ha desarrollado a lo largo de su vida. Es por esto que si la interdicción pretende una garantía para la protección de la igualdad de los derechos de estas personas —interdicción que generalmente se desarrolla en el ámbito familiar (Bermúdez-Tapia, 2014)—, se le deben garantizar no como si todos representaran una comunidad que ha avanzado dentro de los mismos parámetros o, mejor aún, dentro del mismo grado de conocimiento, pues esto es contrario al proceso que en realidad estas personas llevan.

Por otro lado, es importante saber que no “existe tratamiento para el síndrome de Down, sin embargo, se realizan una serie de medidas de carácter rehabilitador, que les permita una inserción a la sociedad, introduciéndolos a la individualidad y autocuidado, ofreciendo consiguientemente una mejor calidad de vida” (Pérez Chávez, 2014, p. 2). En consecuencia, el marco jurídico se debe convertir en una gran extensión de garantías y oportunidades, pues cabe aclarar que a estas personas se les vulnera en gran parte todos sus derechos al no tener el pleno disfrute de su capacidad de ejercicio y de goce<sup>9</sup>.

Por tanto, la interdicción y otras limitaciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o mental que se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico ponen en tela de juicio la aplicabilidad del principio de igualdad y no discriminación arbitraria al confundir la capacidad jurídica con la capacidad mental. Es de esta forma como se vulneran derechos tan importantes como el derecho a la autonomía, el derecho a la vida privada, el derecho a la rehabilitación y el derecho a la libertad, entre otros, situación que urge remediar a través del reemplazo del sistema de susti-

---

9 La capacidad jurídica ha sido definida tradicionalmente por el derecho decimonónico como el resultado de dos ámbitos de la capacidad, de goce y de ejercicio: “la capacidad de goce es la aptitud jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad de ejercicio o legal es la habilidad de la persona para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra” (Ley 57 de 1887, Congreso de la República, Código Civil, art. 1502).

tución o invalidación de la voluntad por un sistema de apoyos y salvaguardas (González, 2018, p. 105).

A lo anterior se añade la vulneración del derecho a la educación superior<sup>10</sup> y al trabajo que se deriva de esta. Tal situación, en consonancia con el quebrantamiento de los derechos fundamentales, implica buscar una respuesta frente a por qué las personas con síndrome de Down son aisladas de los derechos que les son inherentes. Una de las múltiples respuestas tiene que ver con los siguientes aspectos:

Aunque la política y reglamentación educativas para las personas con discapacidad en Colombia, han sido objeto de interés de diferentes actores políticos y de la sociedad civil por más de una década al presente, éstas se han restringido a los lineamientos para la educación básica primaria y secundaria, y no se han hecho extensibles al nivel superior. (Mejía Díaz, 2003)

Se ha olvidado que la esencia de acceder a este nivel de educación, es tener la oportunidad de desarrollar habilidades sociales, aumentar los conocimientos y cualificarse para ingresar al mundo laboral, y contribuir así de una forma importante al desarrollo e inclusión en la sociedad. (Parra, 2003)

Hay que mencionar además que [...] no todas las personas con síndrome Down tendrán los mismos síntomas ni los presentarán siempre en la misma intensidad [...]. La consecuencia jurídica de esta realidad es que no será fácil en todos los casos aplicar una categoría genérica que otorgue un marco jurídico aplicable a una persona con síndrome Down. (Cruces Burga, 2015, p. 70)

Lo anterior no quiere decir que el Estado se libre de dicha responsabilidad solo porque este síndrome tiene un amplio campo de estudio, sino que, por el contrario, tendrá que ponderar en igualdad de condiciones las garantías a todo ciudadano que sea sujeto de derechos, y esto incluirá analizar en qué clasificación caben las personas con síndrome de Down que por su retraso mental o deficiencia intelectual no podrían discernir o entender campos de estudio como el derecho. De esta manera, no se daría por sentado que todos los individuos que padecen este síndrome tienen la misma deficiencia cognitiva.

---

10 Como política de protección estatal, deben eliminarse las barreras educativas que afectan a este sector de la población. Las personas discapacitadas o minusválidas que desean cursar estudios deben recibir el mismo trato que el resto de estudiantes (Mejía Díaz, 2007, p. 35).

## 4. Capacidad cognitiva y capacidad de discernimiento

En consecuencia, será de mayor ayuda tener en claro algunos conceptos abarcados en el apartado anterior:

El retraso mental se refiere a limitaciones sustanciales en el funcionamiento actual. Se caracteriza por un funcionamiento intelectual significativamente inferior a la media, que generalmente coexiste junto a limitaciones en dos o más de las siguientes áreas de habilidades de adaptación aplicadas: comunicación, autocuidado, vida en el hogar, habilidades sociales, utilización de los servicios de la comunidad, autodirección, salud y seguridad, rendimiento académico funcional, tiempo libre y trabajo. El retraso mental se ha de manifestar antes de los 18 años de edad<sup>11</sup>. La determinación objetiva del “funcionamiento intelectual significativamente inferior a la media” nos obliga a realizar una valoración de la capacidad intelectual mediante la aplicación de pruebas o test de inteligencia administrados individualmente y teniendo en cuenta las características peculiares de la persona que se está evaluando. (Ruiz, 2001, p. 7)

Conviene subrayar que, aunque el retraso mental se manifieste antes de los 18 años, el conocimiento intelectual del individuo no necesariamente queda truncado (Calero, 2006). Lo cierto es que jamás se podrán comparar dos niños con la misma edad, ni siquiera uno con síndrome de Down y otro completamente sano en cuanto a su capacidad intelectual, pues el desarrollo de estos se produce en un tiempo y en una forma distinta. De esta forma, a su manera, las personas con síndrome de Down pueden mostrar a cierta edad su capacidad de obrar con sensatez y madurez; lo que difiera en esta etapa de madurez será que tal vez esta no venga acompañada de la experiencia de hábitos que son aparentemente imprescindibles. Además, no se le puede pedir un mismo entendimiento para determinado tema a una persona a la cual se le ha enseñado y se le han puesto en práctica dichas enseñanzas que a una persona que toda su vida ha estado bajo un concepto de no poder ejercer ciertos actos.

---

11 El coeficiente intelectual de los adultos es bastante estable, aunque durante la infancia varía notablemente, comenzando a estabilizarse hacia los 11-12 años. La educación y la práctica de los test ayudan a mejorar las puntuaciones de estos y, por lo tanto, “mejoran” el coeficiente intelectual. Los programas de “educación compensatoria” y los de “modificabilidad de la inteligencia”, como el Proyecto Inteligencia de Harvard o el Programa de Enriquecimiento Instrumental de Feuerstein, entre otros, se basan en estas premisas (Yuste, 1994).

Por otro lado es necesario considerar al adolescente con síndrome de Down como un individuo necesitado de una interacción social,

pues es preciso introducir la formación en el conocimiento de las propias emociones y el dominio suficiente de las mismas para lograr llevar a la persona con síndrome de Down hacia su proyecto vital individual, una mayor autosatisfacción personal, una ampliación de sus interacciones sociales o un más alto grado de autocontrol. (Ruiz et al., 2009, p. 126)

Así, podemos entender que “se propone un nivel más dinámico y funcional, donde además del funcionamiento cognitivo deficitario, adquieren gran importancia las habilidades adaptativas aplicadas que se basan en la imprescindible interacción entre tres elementos: capacidades, ambientes y apoyos” (Rincón Bustos, 2009, p. 9).

En contraste con lo anterior, es necesario tener en cuenta otro punto para la valoración de la interdicción:

Rabinovich-Berkman habla del discernimiento como la aptitud de entender la licitud o ilicitud del acto y con la habilidad de conocer y comprender. También señala que “el discernimiento importa la aptitud de abstraer, de formular conceptos eidéticos (ideas)”, y agrega: Sujetos con síndromes de Down poco acentuados, o padeciendo debilidad mental no severa, pueden perfectamente elaborar abstracciones a partir de los textos normativos y comprender si sus conductas proyectadas se adecuan o no a ellas. (Llorens, 2007, p. 10)

Estimar entonces que el simple hecho de tener síndrome de Down comporta una clara deficiencia del intelecto, el raciocinio o la lucidez es una nítida ejemplificación de cómo se sobreponen otros aspectos que son irrelevantes y no los verdaderamente importantes, para declarar a una persona impedida para el estudio y ejercicio de la carrera de derecho o incluso de cualquier otra.

Por otro lado se debe Trabajar a favor de la autodeterminación que implica fundamentalmente un cambio de perspectiva. Supone considerar a las personas con discapacidad como capaces de participar en el desarrollo de su propia vida, y verlas como sujetos con derechos, talentos, habilidades, fortalezas y necesidades de apoyos. Nos exige, además, dejar de pensar en programas a los que las personas con discapacidad tienen que adaptarse y preguntarles por lo que ellas quieren. En definitiva, sustituir el control externo y experto, que lleva

a la dependencia, por la capacitación de la persona, que lleva a la autodeterminación. (Torres et al., 2013, p. 16)

Esta autodeterminación de la que se habla en el texto citado hace referencia a las consecuencias que trae consigo la interdicción, pues como lo mencionan Palací y Moriano (2013, p. 77) en muchas personas con discapacidad se ha arraigado cierta cultura de la pasividad, inspirada por las circunstancias ambientales, que inducen a muchos discapacitados a pensar que carecen de potencialidades laborales y que, por tanto, han de depender económicamente de las políticas asistenciales o de las familias.

Entonces, de cualquier modo no es solo el Estado el que tiene una responsabilidad intrínseca con las personas discapacitadas, sino también la comunidad en general, puesto que “las interacciones de los miembros de la sociedad con las personas con discapacidad intelectual muchas veces son las que limitan la autonomía y el autoconcepto de estas personas” (Díaz, 2010, p. 115). Por este y otros puntos se habla de una educación que debe aplicarse a una sociedad para convivir y saber comprender lo que las personas con síndrome de Down e incluso con alguna otra discapacidad pueden aportar para la comunidad y, por tanto, requieren gozar de igualdad de derechos para beneficio común.

## 5. El acceso a la educación superior

Este apartado tiene como finalidad dar a entender que en los ámbitos social, económico o laboral “es más humano, más socialmente digno y más rentable económicamente que las personas con discapacidad desempeñen un rol activo y productivo, en lugar de continuar en una posición pasiva y dependiente” (Palací & Moriano, 2003, p. 72).

En este orden de ideas, la interdicción es la secuela de las dilaciones que viven a diario las personas con síndrome de Down al momento de querer ejercer sus derechos. Esto es así porque, aunque hay millones de leyes establecidas en pro de los derechos de las personas discapacitadas, pareciera que estas estuviesen siempre acompañadas de alguna barrera, como la interdicción y la no materialización de la inserción en la educación superior. Como lo mencionan Echeita y Ainscow (2011), la inclusión precisa la identificación y

la eliminación de barreras. El concepto de barreras es nuclear a la perspectiva en revisión, puesto que son las barreras las que impiden el ejercicio efectivo de los derechos, en este caso, a una educación inclusiva.

Genéricamente, debemos entender como barreras aquellas creencias y actitudes que las personas tienen respecto a este proceso y que se concretan en las culturas, las políticas y las prácticas escolares se sostienen individual y colectivamente. Cuando tales barreras interactúan con las condiciones personales, sociales o culturales de determinados alumnos o grupos de alumnos —en el marco de las políticas y los recursos educativos existentes a nivel local, regional o nacional—, generan exclusión, marginación o fracaso escolar (Echeita & Ainscow, 2011).

Lo anterior tiene que ver con la exclusión de estos individuos de la educación superior, a pesar de ser uno de los derechos fundamentales consignados en la Constitución Política y en importantes convenios internacionales —según estos, amparada y en prevalencia sin importar las condiciones físicas, de sexo, intelectuales o de cualquier otra índole—. De acuerdo con esto, Molina et al. refieren que

el sistema educativo, y esencialmente la universidad, comparten la responsabilidad en el proceso de construcción y atribución de significados que los futuros maestros realizan ante los diferentes escenarios que perciben. En concreto, orientar la percepción de las diferentes capacidades (y no solo las mal llamadas discapacidades), es una tarea esencial de la universidad que debe completarse, precisamente, con la propia aportación de la opinión y experiencia de las personas. (2012, p. 13)

En relación con todo lo dicho anteriormente, se asegura que todos los actos ejercidos desde el litigio por una persona con síndrome de Down configuran un vicio, una tacha que responde a un modelo educativo, social y político que se ha impuesto en el marco jurídico. Esto corresponde a la aprobación del trato de derechos de los discapacitados no como garantías sino como ofertas que el mercado ofrece, y que serán válidas solo para quienes cuenten con un historial apropiado. Esto concuerda con que “el reconocimiento de la diversidad parte del principio de inclusión educativa” (Sevilla Santo et al., 2017, p. 85). La interdicción, entonces, no se puede entender como un mecanismo alterno del

conflicto, sino que entorpece, con sus distintas limitaciones, a un Estado que quiere pero no ha podido dar solución de continuidad a las garantías que por décadas ha tratado de establecer para las personas con síndrome de Down. En efecto, Melgarejo (2018) expone que la educación superior con calidad como un derecho fundamental a favor de las personas con discapacidad es un tema objeto de discusión en el Estado colombiano, el cual ha venido adoptando una política inclusiva tan solo aparente, que no cumple ni siquiera con un mínimo de posibilidades para quienes quieren ejercer una carrera, dentro de un marco de vida que les genera más obstáculos que salidas.

## **6. La violación del derecho al litigio de las personas con síndrome de Down**

Este apartado se desarrolla en torno al tema de la inclusión de personas con síndrome de Down en el mercado laboral colombiano, en especial, aquellas que aspiran a ejercer una carrera como abogados. Se aborda, así, la violación de derechos fundamentales producto de la interdicción, como la vocación, el trabajo y la educación.

Para entender por qué son violados estos derechos al momento de hablar de interdicción y del vicio procesal que de esta se desprende en los actos ejercidos por personas con síndrome de Down en el ejercicio de la abogacía, es importante recordar lo expuesto por Ordóñez:

La vocación profesional es un proyecto de intenciones y aspiraciones que desea alcanzar una persona, al inclinarse, prepararse y formarse con deseos de superación, para el ejercicio de una profesión, con espíritu de servicio, tomando en cuenta lo que conoce, lo que piensa y desea hasta lograr los objetivos y metas trazadas [...] es el resultado de combinar nuestras aptitudes y potencialidades con los valores éticos y jurídicos que desea la comunidad. (2012, pp. 15-16)

En este sentido, es menester tener en cuenta que no se trata solo de los sueños de las personas, sino de su materialización, mediante el recurso de un título que los haga posibles gracias al ejercicio de una carrera libremente elegida. El verdadero problema surge en la medida en que se ha creado una inmensa acumulación de leyes y de acuerdos que buscan precisamente alcanzar el gran

objetivo de dar igualdad de oportunidades en todos los aspectos a las personas, pero su ejecución es un problema, como lo expresan Palací y Moriano:

Se ha conseguido el respaldo de la comunidad internacional para la sensibilización de los gobiernos y de los agentes sociales en relación con las obligaciones que se deben asumir para atender a sus ciudadanos con discapacidad. Llevamos décadas trabajando sobre los mínimos que deben cumplirse en esta materia, elaborando normas de carácter multilateral, cartas sociales, códigos de conducta, legislación específica, programas de toda índole, sin que la realidad cambie con la intensidad requerida por el problema. Hemos asumido, en tanto que comunidad mundial, valores que ya están incorporados a nuestras normas y reglas, pero no siempre a nuestros esquemas mentales y a nuestras conductas. (2013, p. 12)

Ahora bien, “a partir del siglo XIX la abogacía alcanzo jerarquía de profesión liberal, cuyo ejercicio podían realizar solamente las personas que tuvieran conocimientos y prácticas suficientes como para garantizar, de alguna manera, los trabajos confiados a ellos” (Ushca Ushca, 2014), entonces, se infiere que el problema regresa siempre al mismo punto, ya que la ley da por hecho que todos los actos jurídicos del litigio ejercidos por una persona con síndrome de Down estarán bajo un vicio de procedimiento. En efecto, se juzga a la persona con este síndrome que quiere ejercer, sin antes haber estudiado el conocimiento que ostenta, su formación y las capacidades con que cuenta para litigar.

Se puede afirmar, por tanto, que más que un problema normativo es un problema social de inclusión verdadera: “lejos de orientarse al desarrollo de la inteligencia del estudiante y de la racionalidad de sus facultades, [...] responde más bien a exigencias de facilidad y utilidad y, en definitiva, a demandas de mercados” (Del Rey & Sánchez-Parga, 2011).

En dicho sentido, se habla de unas garantías mínimas, un aval que dé lugar no a un amparo por medio de la interdicción —cuya única función es entorpecer el derecho de igualdad—, sino que responda a un verdadero interés de las partes, a un estudio de las personas con vocación de litigar. Como se menciona en el proyecto Tuning<sup>12</sup>,

---

12 Tuning es “una red de comunidades de académicos y estudiantes interconectadas, que reflexiona, debate, elabora instrumentos y comparte resultados. Son expertos, reunidos alrededor de una disciplina y con el espíritu de la confianza mutua. Trabajan en grupos internacionales e interculturales, siendo totalmente respetuosos de la autonomía a nivel institucional, nacional y regional, intercambiando

no se puede reducir al simple desempeño laboral, tampoco a la sola apropiación de conocimientos para saber hacer, sino que abarca todo un conjunto de capacidades, que se desarrollan a través de procesos que conducen a la persona responsable a ser competente para realizar múltiples acciones (sociales, cognitivas, culturales, afectivas, laborales, productivas), por las cuales proyecta y evidencia su capacidad de resolver un problema dado, dentro de un contexto específico y cambiante. (Clavijo et al. 2002, p. 188)

Lo anterior hace referencia a una búsqueda infinita de mecanismos que solventen precisamente el problema de la creación de barreras, pero a estas se suman leyes inconcretas, leyes que no van al margen de lo que se impone, pero que se pregonan de forma muy distinta en la carta política colombiana. Uno de los ejemplos más cercanos es la Ley 1905 (2018), “Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con el ejercicio de la profesión de abogado”, en la que se expresa claramente que

para ejercer la profesión de abogado, además de los requisitos exigidos en las normas legales vigentes, el graduado deberá acreditar certificación de aprobación del Examen de Estado que para el efecto realice el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), directamente o a través de una Institución de Educación Superior acreditada en Alta Calidad que se contrate para tal fin.<sup>7</sup> Se entenderá aprobado el Examen de Estado cuando el resultado supere la media del puntaje nacional de la respectiva prueba. En el resultado individual de cada examen, el CSJ señalará la representación porcentual del puntaje obtenido sobre la media nacional. (art. 1)

Este artículo es una muestra más de las inconsistencias legales, pues serán nulos por vicio procedimental los actos ejercidos desde el litigio por una persona solo por tener síndrome de Down. Esto quiere decir que no se tendrá en cuenta ni siquiera el examen que le permitiría ejercer actos de abogado si este en algún momento tuviera la oportunidad de presentarlo, y aun si fuera aprobado, no tendría validez, por cuanto fue realizado por un interdicto con síndrome de Down. Del mismo modo se introduce en Consúltele al Experto, al exponer que

---

conocimientos y experiencias. Desarrollan un lenguaje común para comprender los problemas de la educación superior y participan en la elaboración de un conjunto de herramientas que son útiles para su trabajo y que han sido pensadas y producidas por otros académicos” (Villa, 2013).

La interdicción es una figura sustitutiva de la voluntad, a través de la cual se sustrae la capacidad jurídica de la persona sujeta a trámite, por medio de una declaración judicial. En otras palabras, cuando una persona es sometida a la interdicción, se anula su posibilidad de tomar decisiones con efectos jurídicos, y será un tercero el que decida y tome las riendas de la vida de la persona con discapacidad. Así las cosas, bajo medida de interdicción la persona no puede decidir por sí misma ni siquiera sobre asuntos personalísimos como dónde y con quién vivir, contraer matrimonio, celebrar contrato laboral, manejar dinero, qué estudiar, etc. La interdicción, contrario a lo que se ha creído, no es una gura que proteja a la persona pero sí la anula en el mundo jurídico. Por ello, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad establece que este tipo de figuras debe desaparecer, en cuanto representan una vulneración directa a la posibilidad de contraer obligaciones y ejercer ciertos derechos. Por eso, debe evitarse a toda costa someter a interdicción a una persona con discapacidad, y en su lugar se deben proveer todos los medios posibles para prestar apoyo y efectuar ajustes que permitan que la persona transmita su voluntad y sus preferencias. Bajo este modelo se fomenta que la persona con discapacidad sea titular de derechos y se vea respaldada—no sustituida—, en su proceso de toma de decisiones. (2016, p. 18)

En cierto modo, lo anterior es la consecuencia de un sistema que se ha encargado de establecer una garantía para las personas con síndrome de Down llamada *interdicción*, que es solo la consecuencia de la violación de múltiples derechos, por cuanto no cumple una función de mediación para prestar un aval de derechos, como lo respalda la Ley 1618 de 2013:

El Ministerio de Justicia y del Derecho, o quien haga sus veces, en alianza con el Ministerio Público y las comisarías de familia y el ICBF, deberán proponer e implementar ajustes y reformas al sistema de interdicción judicial de manera que se desarrolle un sistema que favorezca el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo de las personas con discapacidad, conforme al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. (art. 21, núm. 2)

En este punto, en el que se ha afianzado la importancia de incluir no solo leyes y normas que traten de amparar los derechos de las personas con síndrome de Down, sino la materialización de estas, se recalca la necesidad de educación para una sociedad que entienda que

no existen personas discapacitadas sino personas con ‘capacidades distintas’, por lo que la sociedad debe evolucionar hacia una sociedad ‘más plural’, donde

las personas con síndrome de Down no sean tratadas como niños y donde se fomenten sus capacidades e independencia desde temprana edad. (“No somos personas con discapacidad, sino con capacidades y habilidades diferentes”, 2017)

Se destaca de la cita anterior que uno de los entrevistados es un español diagnosticado con síndrome de Down, quien fue el primer europeo con esta cualidad en recibirse de una carrera universitaria; en verdad, a estas alturas, con

un Diplomado en Magisterio, y a punto de terminar los estudios de Psicopedagogía en la Universidad de Málaga, Pablo Pineda se siente orgulloso de ser una persona con Síndrome de Down que puede demostrar que su desarrollo es producto del entorno cultural y social, más que de los determinantes biológicos. Y, al mismo tiempo, lamenta los tópicos que persisten en torno a estas personas: desde un proteccionismo “enmascarado”, a las dificultades para independizarse o la invasión de su intimidad. (Del Águila et al., 2010, p. 40)

Y lo hizo en igualdad de condiciones que sus colegas, sin ninguna adaptación especial, toda una hazaña para alguien con esa condición genética en un mundo tremendamente discriminador.

## Referencias

- Amunátegui-Perell, C. F. (2006). El origen de los poderes del Paterfamilias. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 28, 37-143. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552006000100002>
- Arroyave, M. (2018). *La demencia como objeto judicial en Antioquia entre 1886 y 1936* [Tesis de pregrado, Universidad de Antioquia]. DocPlayer. <https://docplayer.es/153801887-La-demencia-como-objeto-judicial-en-antioquia-la-interdicion-entre-1886-y-1936-alejandro-arroyave-moreno.html>
- Basile, H. (2008). Retraso mental y genética Síndrome de Down. *Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*, 15(1), 9-23.
- Borea, C. (2015). Discapacidad y derechos humanos. *Thémis - Revista de Derecho*, 67, 167-175. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14465>
- Cabrera, M. (2004). *El derecho a la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad administrativa* [Tesis doctoral, Universidad Austral de Chile]. Cybertesis.
- Calero, C. M. (2006). *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Cazorla González-Serrano, M. C. (2010). La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en Derecho Romano. *Revista de Derecho de la UNED*, 7, 121-168.

- Clavijo, N., Pinilla, A., & Sánchez, J. (Eds.). (2002). *Reflexiones en educación universitaria*. Universidad Nacional de Colombia.
- Consúltele al Experto. (2016). *Derechos de las personas con discapacidad*, Ministerio de Justicia. MinJusticia. <https://www.minjusticia.gov.co/Noticias/cons250ltele-al-experto-derechos-de-las-personas-con-discapacidad>
- Cruces Burga, A. (2015). Derecho a la educación de las personas con discapacidad: nuevos contenidos en el caso de las personas con Síndrome Down. *Foro Jurídico*, 14, 70-76. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13751>
- Del Águila, L. M. G., García, C. S., & Ferrer, P. P. (2010). Pablo Pineda: una persona Down, en tierra de nadie. *Cuadernos de Pedagogía*, 398, 40-45.
- Del Rey, A., & Sánchez-Parga, J. (2011). Crítica de la educación por competencias. *Universitas: Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, 15, 136-146.
- Díaz, G. S. (2010). *El bajo nivel de capacitación de las personas con discapacidad incide en la inclusión laboral determinada en el art. 42, numeral 33 del Código del Trabajo, en las empresas privadas del cantón Latacunga, de la provincia de Cotopaxi, en el segundo semestre del año 2009* [Tesis de pregrado, Universidad Técnica de Ambato]. Repositorio Digital. <https://repositorio.uta.edu.ec/handle/123456789/1257>
- Echeita, G., & Ainscow, M. (2011). La educación inclusiva como derecho: marco de referencia y pautas de acción para el desarrollo de una revolución pendiente. *Tejuelo: Didáctica de la lengua y la literatura. Educación*, 12, 26-46.
- Enamorado, D. E., Leiva, V. L., & Salguero, M. J. (2014). *La capacidad de ejercicio en relación a las personas mayores de edad con capacidad limitada, por adolecer de una enfermedad mental crónica e incurable* [Tesis de pregrado, Universidad de El Salvador]. Repositorio Institucional de la Universidad de El Salvador. <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/13660/>
- Fernández, M. T. (2010). La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista de Derechos Humanos Dfensor*, 11, 10-17.
- García-Cuevas, E. (2015). La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación. *Revista de Derecho UNED*, 16, 239-274. <https://doi.org/10.5944/rduned.16.2015.15281>
- González, V. (2018). Interdicción por demencia y otras restricciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y mental, bajo la mirada de la CRPD. *Solonik*, 3, 101-120. [https://issuu.com/fundacionhenrydunant/docs/revista\\_solonik\\_n\\_3\\_julio\\_2018](https://issuu.com/fundacionhenrydunant/docs/revista_solonik_n_3_julio_2018)
- Jurado, C. D. (2014). La ley, jurisprudencia y doctrina frente a los actos realizados por discapacitados mentales absolutos interdictos celebrados en un intervalo lúcido. *Revista Cultural Unilibre*, 2, 14-25.
- Llorens, L. R. (2007). *La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad*. *Odont. info*. <http://odont.info/titulo-la-falta-o-disminucion-del-discernimiento-constituye-una.html>
- Martínez -Lazcano, A. J., Pérez, E. S., & Cubides, J. A. (2015). Implicaciones del control de convencionalidad: cumplimiento de la Sentencia Radilla Pacheco versus México y el caso de la masacre de Santo Domingo versus Colombia. *Revista Científica General José María Córdova*, 13(15), 115-141.

- Medina-Pabón, J., Rueda, M., Torres-Villarreal, M., & Díez, C. (2009). *Nuevo régimen de protección legal a las personas con discapacidad mental*. Universidad del Rosario.
- Mejía Díaz, S. (2007). *Falta de determinación legal de los tipos de discapacidad como barreras sociales que llevan a la discriminación y a la exclusión social de la persona discapacitada* [Tesis de pregrado, Universidad San Carlos de Guatemala]. Biblioteca del Organismo Judicial.
- Melgarejo, E. (2018). *El derecho a la educación y la distribución de Centros de Educación Básica Especial-CEBE para niños con síndrome de Down en el Distrito de Los Olivos* [Tesis de pregrado, Universidad César Vallejo]. Repositorio Digital Institucional. <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/19915?locale-attribute=es>
- Molina, J., Nunes, R., & Vallejo, M. (2012). La percepción social hacia las personas con síndrome de Down: la escala EPSD-1. *Educação e Pesquisa*, 3(4), 949-964.
- Naciones Unidas. (1994). Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. OMS. [https://www.who.int/disabilities/policies/standard\\_rules/es/](https://www.who.int/disabilities/policies/standard_rules/es/)
- No somos personas con discapacidad, sino con capacidades y habilidades diferentes. (2017). *Las Provincias*. <https://www.lasprovincias.es/economia/empresas/201705/26/somos-personas-discapacidad-sino-20170526134933.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F>
- Oliver-Sola, M. (2009). *Precedentes romanos sobre adopción, tutela y curatela*. *Dereito*, 18(2), 181-220.
- Ordóñez, J. H. (2012). *Ética jurídica* (1.ª Ed.). Offsset.
- Palací, F., & Moriano, L. (2003). *El nuevo mercado laboral: estrategias de inserción y desarrollo profesional*. UNED.
- Parra, C. (2003). *Borradores de investigación. Población con discapacidad en Colombia. Aspectos sociales, económicos y políticos*. Facultad de Jurisprudencia Universidad del Rosario.
- Pérez Chávez, D. A. (2014). *Síndrome de Down*. *Revista de Actualización Clínica Investiga*, 45, 2357-2361.
- Pérez-Carbajal y Campusano, H. (2019). Análisis crítico y constructivo de la declaración del estado de interdicción. En J. A. Domínguez, & J. A. Sánchez (Coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de Profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho UNAM*. UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12722>
- Rincón Bustos, M. (2009). Habilidades cognitivas versus habilidades del lenguaje en adolescentes con síndrome de Down. *Revista Síndrome de Down: Revista española de investigación e información sobre el Síndrome de Down*, 26, 146-155.
- Rodríguez, A. (2013). La integración e inclusión escolar de los niños con síndrome de Down [Tesis de pregrado, Universidad de Valladolid]. Repositorio Documental. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/3937>
- Rodríguez, M. (2010). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. *Ius et Praxis*, 16 (1), 55-84. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100003>
- Ruiz, E. (2001). Evaluación de la capacidad intelectual en personas con síndrome de Down. *Revista Síndrome de Down: Revista Española de Investigación e Información sobre el Síndrome de Down*, 18(3), 80-88. <https://sid.usal.es/7104/8-2-6>

- Ruiz, E., Álvarez, R., Arce, A., Palazuelos, I., & Schelstraete, G. (2009). Programa de educación emocional. Aplicación práctica en niños con síndrome de Down. *Revista síndrome de Down*, 26 (103), 126-139.
- Sevilla Santo, D. E., Martín Pavón, M. J., & Jenaro Río, C. (2017). Percepciones sobre la educación inclusiva: la visión de quienes se forman para docentes. CPU-e. *Revista de Investigación Educativa*, 25, 83-113.
- Sosa, M. C. (2019). *El derecho a la salud de la persona con discapacidad, como un derecho humano. Un análisis del decreto 432/97 para la baja de pensiones y prestaciones de salud* [Tesis de pregrado, Universidad Siglo 21]. Repositorio Institucional. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/17345>
- Tirado, C. A., & García, C. E. (2018). Aspectos procesales de la declaratoria de interdicción por discapacidad mental absoluta. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 10(20), 154-172. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.10-num.20-2018-2153>
- Torres, N., Lissi, M. R., Grau, V., Salinas, M., & Silva, M. (2013). Inclusión educativa: componentes socio-afectivos y el rol de los docentes en su promoción. *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, 7 (2), 159-173.
- Ushka, J. E. (2014). *Reformas necesarias al reglamento para la aplicación del régimen disciplinario de las abogadas y abogados en el patrocinio de las causas* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional de Loja]. Repositorio Digital. <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/handle/123456789/15575>
- Valdés, D. (1992). *La discriminación arbitraria en el derecho económico*. Editorial Jurídica Cono Sur Limitada.
- Villa, A. (2013). *Un modelo de evaluación de innovación social universitaria responsable*. Deusto Publicaciones.
- Yuste, C. (1994). *Los programas de mejora de la inteligencia*. Edit; CEPE.

## Legislación

- Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57 de 1887 artículo 1502, “Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución”.
- Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57 de 1887, “Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución”.
- Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1306 de 2009, “Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados”.
- Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 1905 de 2018, “Por la cual se dictan disposiciones relacionadas con el ejercicio de la profesión de abogado”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87186>

Esta página queda intencionalmente en blanco

# El matrimonio igualitario a la luz de la opinión consultiva OC-24/17 en el contexto jurídico ecuatoriano

# 3

<https://doi.org/10.21830/9789585284845.03>

*María Dolores Núñez Ávila*<sup>1</sup>  
*Gissela Cristina Paredes Erazo*<sup>2</sup>  
Universidad de Valencia

*Paola Alexandra Sierra-Zamora*<sup>3</sup>  
Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

## Introducción

La Opinión Consultiva OC-24/17 ha despertado críticas por considerarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) incurrió en el vicio de *extra petita*, ya que la consulta del Estado costarricense se centraba principalmente en la interpretación de la protección contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto al reconocimiento del cambio de nombre de las personas de acuerdo con la identidad de género, así como en la interpretación con respecto al reconoci-

---

1 Investigadora asociada de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito. Estudiante del Doctorado en Derecho, Criminología y Ciencias Políticas de la Universidad de Valencia. Estudiante del Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia. Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia. Magíster en Derecho de Empresa con asesoría Mercantil, Laboral y Fiscal de la Universidad de Valencia. Abogada, licenciada en Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4705-8002>

2 Estudiante del Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia. Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito. Abogada de los juzgados y tribunales de la República del Ecuador por la Universidad de las Américas. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3861-3059>

3 Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España. PhD (c) del Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València, España. Investigadora del Grupo de Investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, de la Universidad Católica de Colombia. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3146-7418> - Contacto: [pasierra@ucatolica.edu.co](mailto:pasierra@ucatolica.edu.co)

miento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo. Al respecto, la Corte IDH estimó que la protección de estos derechos trasciende las barreras patrimoniales, por tanto, para garantizar los derechos de las parejas del mismo sexo, no es necesaria la creación de nuevas figuras jurídicas, sino que las normas existentes se hacen extensibles a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, en virtud del principio *pro persona*.

Al respecto, en Ecuador la Corte Constitucional, con base en la OC-24/17, ha extendido la figura del matrimonio a parejas del mismo sexo, mediante una sentencia constitucional, lo que ha generado controversia y abierto el debate jurídico en el país. Así, el objeto de estudio de este capítulo es analizar la importancia de la OC-24/17 en el contexto jurisprudencial ecuatoriano, específicamente, en el reconocimiento del matrimonio igualitario como institución jurídica.

## 1. Un análisis del concepto de familia diversa

Este apartado tiene por objeto examinar el concepto de familia diversa en el contexto jurisprudencial de la Corte IDH y en el marco jurídico-jurisprudencial ecuatoriano. El artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos considera que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Paralelamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 17, extiende la protección a la familia por parte de la sociedad y el Estado de manera inderogable<sup>4</sup>. Estos instrumentos establecen un valor común: sitúan a la familia como centro natural y fundamental de la sociedad, que debe ser protegida por el Estado (Sierra-Zamora, 2018).

El concepto de familia ha sido objeto de distintos debates políticos y sociales en las últimas décadas, lo que ha dado como resultado un proceso de transformación social, jurídica y política en distintos países latinoamericanos. Doctrinariamente se ha considerado que los distintos fenómenos sociales han

---

4 Véase Corte IDH, “Sentencia 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, §145, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

evolucionado el concepto de familia. No obstante, existen quienes estiman que esta evolución responde a un fenómeno de crisis por el cual atraviesa la familia, para Ortega Ruiz y Mínguez Vallejos (2004), esta concepción responde a un patrón tradicional del concepto de familia, que es de vieja data y se ha constituido por el moralismo de antaño, que posee una perspectiva homogénea de sociedad e impide la reconstrucción social de la familia.

De acuerdo con Eichler (2009), existen distintos sesgos monolíticos, conservadores e incluso heterosexistas, que impiden visibilizar los distintos tipos de familia. En este mismo sentido, Oliva Gómez y Villa Guardiola (2014) consideran que cada familia tiene su propia composición, dinámica y reglas, así como cultura y economía, por tanto, su conceptualización debe ser flexible.

De esta manera, hablar de la existencia de un tipo tradicional nuclear de familia es imposible. Así lo especifica la Observación General n.º 19, al considerar que el concepto de familia puede diferir entre los distintos Estados, por lo cual es imposible establecer un concepto de familia uniforme. Para Juan Marco Vaggione (2008), en efecto, existen dos tendencias claras que deben diferenciarse en el concepto de familia: la primera comprende la familia como una institución única, basada en la heterosexualidad constituida por un concepto heteronormativo regulado por la moralidad, y la segunda reconoce la familia como una realidad múltiple y diversa mediante un concepto incluyente a las personas LGBTI.

En el desarrollo de la conceptualización de la familia diversa en el ámbito de la Corte IDH, encontramos sentencias que permiten contextualizar el reconocimiento de esta a la luz del principio de igualdad y no de discriminación: en primer lugar, encontramos la sentencia de la Corte IDH sobre el caso *Atala Riffo vs. Chile* (2012a). En este caso, la Corte IDH consideró que no existe un concepto único de familia, ya que no existe un modelo único de convivencia familiar y rechazó las construcciones clásicas de familia normal, familia tradicional o mejor familia que se usan para limitar el ejercicio de los derechos de las personas LGTBI (Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2012a, §§ 107-110). La Corte IDH consideró que, en el marco de la Convención Americana, la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida, ya que un derecho reconocido no puede ser negado o restringido.

Los Estados que forman parte de la Convención Americana, al suscribir una cláusula abierta de no discriminación, no pueden después alegar su nivel de desarrollo político y social como razonamiento para discriminar. En consecuencia, deben abstenerse de realizar acciones que directa o indirectamente, puedan crear situaciones de discriminación (Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 2012a, §§ 72, 73, 80 y 93). De tal manera, si bien ciertas sociedades pueden llegar a ser intolerantes a ciertas condiciones como la orientación sexual, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminantes.

Es importante el análisis que se realizó respecto al interés superior del niño<sup>5</sup>, ya que la Corte IDH concluyó que no se pudo probar que la orientación sexual de la madre podría afectar este principio, por lo tanto, esta fundamentación no puede ser tomada en consideración en la decisión sobre una tuición o custodia. Considerar que una persona, por su condición sexual, no puede llegar a tener capacidad e idoneidad parental representa una presunción infundada y estereotipada (Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, 2012a, §§ 107-110).

En segundo lugar, el caso Duque vs. Colombia (2016a), cuyo tema central son las prestaciones sociales en parejas del mismo sexo, muestra cómo una persona que no pudo acceder a este beneficio en virtud de su orientación sexual, por no entrar en los estándares establecidos sobre el concepto de familia tradicional, fue excluida sin tener en cuenta las diversas formas de familia.

Con respecto a la discriminación en el marco de las prestaciones sociales (Cubides-Cárdenas et al., 2017), la Corte IDH consideró que la distinción entre las parejas del mismo sexo que son excluidas del derecho a la pensión y las parejas de hecho compuestas por personas de distintos sexos que sí reciben el beneficio de la pensión no es razonable ni objetiva, ni existen factores que justifiquen la existencia de dicha distinción (Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, 2016a, § 106). Estas sentencias demuestran, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, que no existe un concepto estático de familia.

---

5 En esta línea, el caso Fornerón vs. Argentina (2012) trata el interés superior del niño con respecto al principio ético-jurídico de la verdad biológica, mediante la protección del derecho a la familia (Corte IDH, 2012b).

En este sentido, para la Corte IDH la familia está protegida en el marco de la Convención Americana, específicamente en el artículo 17; no obstante, la Corte IDH considera que la Convención, al realizar una definición restrictiva del matrimonio o de cómo debe estar formulada una familia, no quiere decir que esta forma de familia sea la única protegida por la Convención. Todo lo contrario, la Corte IDH realiza un análisis sobre los distintos instrumentos internacionales, y concluye que ninguno contiene la definición de la palabra *familia*, sino que existe una formulación más amplia, como es el caso de la Declaración Americana y del Protocolo de San Salvador, que se refiere al derecho de “toda persona” de constituir una familia. De esta forma, ninguno de esos instrumentos hacen alusión al sexo, género o a la orientación sexual de las personas, como tampoco hace alusión a un modelo de familia en particular (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, §§ 181-184).

Conforme a lo anteriormente dicho, no se protege un determinado modelo de familia. Esto se debe a que la definición de familia no es exclusiva de aquella integrada por parejas heterosexuales, por lo cual el vínculo familiar puede derivarse de una relación entre parejas del mismo sexo (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, § 218).

La interpretación restrictiva del concepto de familia que excluya la protección sobre el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo frustra el objeto y fin de la Convención Americana (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, § 189). Esto se debe a que el vínculo afectivo que protege la Convención es imposible de cuantificar, por tanto, el concepto de familia debe ser entendido de una manera flexible, amplia, incluso extendiendo esta protección a aquellas familias poligámicas, ya que no existen motivos para desconocer el vínculo familiar de las parejas del mismo sexo ni de las familias conformadas por personas de diversas identidades de género y orientación sexual (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, §§ 179, 190 y 191).

En el análisis de la familia diversa es importante destacar el principio o derecho de igualdad. Al respecto, Robert Alexy (2001) formula una teoría basada en todos los escenarios posibles en los cuales se desarrolla la igualdad, así como su aplicación. Esta teoría, aplicada en relación directa entre el principio-derecho a la igualdad y las familias diversas, se podría interpretar como “la igualdad en

la aplicación y en la formulación del derecho”, con lo cual se distingue entre un derecho general de igualdad y los derechos especiales de igualdad.

Cuando un ordenamiento jurídico dice que todas las personas son iguales ante la ley, esto se interpreta como un mandato de igualdad en la aplicación del derecho. El mandato de igualdad exige, en principio, que todos sean tratados igual por el legislador. Esto no quiere decir que el legislador tiene que colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, propiedades naturales o situaciones fácticas, ya que esto conduciría a normas no funcionales, disparatadas e injustas. Es entonces que, respecto del principio general de igualdad dirigido específicamente al legislador no se puede exigir que todos sean tratados de la misma manera y que todos deban ser iguales en todos los aspectos.

En el caso de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), se da un tratamiento a la igualdad con dos enfoques: como principio y como derecho. Se podría decir que la premisa de igualdad general de Alexy se manifiesta en el artículo 11 de la CRE, demostrando que la institución de la familia diversa estaría bajo el supuesto de igualdad general. La CRE establece que, dado que ningún ciudadano puede ser discriminado por su identidad de género ni por su orientación sexual, no se podrá atentar contra la igualdad general por ningún tipo de discriminación.

En el tema de familia, se podría argüir que las familias diversas gozan constitucionalmente de un reconocimiento igualitario<sup>6</sup>, porque así el Estado lo reconoce. Es entonces que el análisis debe profundizarse para poder conocer si los vínculos jurídicos o de hecho son iguales para todas y todos los ciudadanos.

Uno de los vínculos por el que se puede formar una familia es reconocido como unión de hecho, que se encuentra en el artículo 68 de la CRE (2008): “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 que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”. En este punto cabe analizar la titularidad del derecho para establecer la unión de hecho como manera de

---

6 Constitución Política de Ecuador: 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.

conformación de la familia. El artículo citado habla de “personas”. De acuerdo con lo mencionado, *personas* no establece diferencia de ningún tipo (étnica, social o de género), con lo que se concluye que *todos los ciudadanos* pueden acceder a la unión de hecho sin ningún tipo de discriminación.

Las condiciones que señala la ley exigen que debe existir normativa secundaria que regule las formalidades por la cuales las personas podrán ejercer su derecho a formar una familia. Es necesario recordar que la CRE contiene el principio consagrado en el artículo 11.4, de acuerdo con el cual ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos, así, cuando una norma jurídica desarrolle las condiciones o requisitos, estos no podrán atentar contra el espíritu constitucional. A partir de la Constituyente de 2008, se incluyó a las parejas del mismo sexo dentro del vínculo de unión de hecho: un avance significativo en el reconocimiento de los derechos de personas LGBTI y una manera viable de formar un vínculo jurídico familiar, sin ser el único (Ecuador, Corte Constitucional, 2019, Caso N.º 111-18-CN/19, Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, §§ 51, 76)<sup>7</sup>.

Sin embargo, se debe analizar si la unión de hecho genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. Recordemos: “si no hay una razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces *está ordenado un* tratamiento desigual” (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 111-18-CN/19, Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, §78). Alexy (2001) argumenta que la “razón suficiente” consiste en una carga de argumentación, tanto para los tratamientos iguales como para los desiguales, es decir, la máxima de igualdad se convierte en una exigencia de fundamentación. La igualdad material también está reconocida constitucionalmente, y se permite tratamientos desiguales siempre y cuando exista la “razón suficiente”.

---

7 Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia “Caso Satya”, en Juicio N.º 184-18 Sep-CC, 29 de mayo de 2018) expresó: “Un aspecto fundamental que debe ser leído en los términos establecidos, es el vínculo filial que se forma entre los padres y madres para con sus hijos, aspecto que ha de ser garantizado desde la diversidad de núcleos familiares existentes, en consideración al goce en condiciones de igualdad que poseen las uniones de hecho y el especial reconocimiento que la Constitución consagra hacia las familias en sus diversos tipos” (p. 72).

Ahora bien, en el tema de las familias diversas *prima facie* no se detecta ningún tratamiento desigual constitucionalmente establecido, sino que, por el contrario, se establece la igualdad total de sus derechos. Una sociedad sin discriminación ni violencia tiene que ser pluralista por definición: aceptar la diversidad humana sin que se imponga un solo modelo sobre otro. En ese sentido, no se podría hablar de “la familia”, pues lo que cabe es una diversidad de “familias”, en donde lo que las defina sea el mutuo consentimiento de querer compartir un vínculo y permanecer en él, y no elementos extraños, como la imposición de una ley o por parentescos sanguíneos<sup>8</sup>.

Así lo determinó la Corte Constitucional del Ecuador al establecer que

Esta concepción implica una nueva determinación de la familia, pues la concepción y protección de una sola forma familiar aislada de las realidades plurales, *prima facie*, implica una desprotección de los núcleos reconocidos por la norma constitucional; consecuentemente, el no reconocimiento y garantía de los diversos tipos de familia involucra una actuación u omisión contraria a la Constitución, que a su vez demanda una intervención de la justicia constitucional. Dicho lo cual, la familia adquiere una diversidad de formas de constitución. (Ecuador, Corte Constitucional, Caso Satya, 2018, § 83)

Por otro lado, el matrimonio en la CRE se establece como “unión entre hombre y mujer”. Este derecho se ve restringido para una parte de la sociedad, pues da lugar a una desigualdad de tratamiento de quienes pueden acceder al matrimonio como una de las maneras para formar una familia<sup>9</sup>.

Cabe preguntarse, entonces, cuál es la “razón suficiente” para realizar la distinción o si la fundamentación constituyente fue sustentada lo suficiente. Esto quiere decir que los hombres y las mujeres que posean una orientación sexual diferente a la heterosexual no podrían casarse conforme disposición expresa de la CRE.

---

8 Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador (Sentencia “Caso Satya”, en Juicio N.º 184-18 Sep- CC, 29 de mayo de 2018) expresó: “La familia conformada por las señoras Nicola Rothon, Helen Bricknell y la niña Satya Amani goza de protección constitucional, por lo que su vínculo filial debe ser garantizado en forma igualitaria a la protección que se otorga a las familias por vínculo matrimonial” (p. 72).

9 En la Sentencia N.º 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), el Juez ponente Ramiro Ávila Santamaría expresó: “Efectivamente, cualquier persona en el Ecuador puede escoger, para formar una familia, la unión de hecho. De esta norma, sin embargo, no se deriva una obligación para las parejas del mismo sexo de utilizar esta figura legal para acceder al derecho de la familia ni tampoco podría ser considerada como la única opción” (p. 43, § 210).

El Consejo de Estado de Colombia determinó que la figura de familia va más allá del matrimonio. La disposición de conformar una familia nace de la decisión libre de dos personas que asumen lazos de solidaridad, apoyo, cariño, amor y convivencia. En el fallo se hizo un análisis de la evolución de la figura de familia como institución sin importar raza, estatus u orientación sexual, para conformar de manera libre y autónoma una familia.

Los derechos de libertad se encuentran protegidos constitucionalmente en el artículo 66.5 de la CRE: “El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”<sup>10</sup>. Es posible, entonces, realizar nuevamente el cuestionamiento de si a las personas con orientación sexual diferente a la heterosexual, al no poder contraer matrimonio, se les está coartando su derecho al libre desarrollo de su personalidad, derecho que es y debería ser igual para todas y todos los habitantes de la nación.

El artículo 66.9 de la CRE reconoce, asimismo, “el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras”.

Este derecho de decisión debe ser respetado por el Estado, tal cual lo desarrolla la jurisprudencia colombiana, al concluir que, como principio democrático, no se puede avalar “un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría”, irrespetando el derecho expreso a la sexualidad y su orientación sexual. El principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley por razones de orden sexual se someta a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría a un trato diferente (Corte Constitucional de Colombia, Caso N.º C-577/11, 2011).

Por último, dentro de los derechos de libertad, en el artículo 66.20 de la CRE se garantiza “el derecho a la intimidad personal y familiar”. Cuando las personas expresan la voluntad de formar una familia, no se debería distinguir

---

10 La Corte Constitucional Colombiana ha expresado que los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo forman parte de la autodeterminación sexual, que comprende “el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad”, como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, “que no causa daño a terceros”. (Corte Constitucional de Colombia, Caso N.º C-577/11, 2011)

su orientación sexual<sup>11</sup>. Para ello, dentro de la misma sentencia de la Corte Constitucional de Colombia se expresa que la familia homosexual surge de la “voluntad responsable” de conformarla. Dicha expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena (Cubides-Cárdenas, Sierra-Zamora, & Azuero, 2018) en el caso de los homosexuales, voluntad que surge del ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía, la autodeterminación y la igualdad.

Así también, la Corte reiteró que es improcedente “efectuar un pronunciamiento de carácter general conforme al cual toda diferencia de trato entre ambos tipos de pareja (homosexuales y heterosexuales) resulta contraria a la Constitución”, puesto que “se requiere que, en cada caso concreto, se presenten las razones por las cuales se considera que las situaciones de los dos tipos de pareja son asimilables y que la diferencia de trato establecida por el legislador es discriminatoria” (Ecuador, Corte Constitucional, Caso Satya, 2018, § 83).

En los casos de familia se podría producir lo que los magistrados expresan como “déficit de protección”, que viola el derecho a la igualdad de los homosexuales, ya que, pese a tener “necesidades análogas de protección a las de las personas heterosexuales, en el ámbito de las relaciones de pareja las priva de la posibilidad de obtener los beneficios que proporciona exclusivamente el contrato de matrimonio” (Ecuador, Corte Constitucional, Caso Satya, 2018, § 83).

En conclusión, respecto de los derechos de libertad y su aplicación en el tratamiento de la igualdad, se han tomado las palabras de la Corte Constitucional de Colombia y la reciente sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador como material explicativo, y con base en ello es posible mencionar que la CRE, al proteger aparentemente solo a los matrimonios heterosexuales, violaría la dignidad humana de las personas, porque les reduciría la posibilidad de vivir planamente como quieren dentro de su plan de vida, restringiéndoles sus derechos humanos.

---

11 Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia del Caso Satya, en Juicio N.º 184-18 Sep- CC, 29 de mayo de 2018, expresó: “Sobre la base de la igualdad formal de derechos y obligaciones, la unión de hecho de la señora Nicola y Helen, posee el mismo derecho a registrar la filiación respecto a la doble maternidad de su núcleo hacia su hija, así como la tienen los núcleos heterosexuales respecto de sus hijos. En este sentido, la igualdad en cuanto a norma imperativa del derecho, obliga una aplicación normativa en la que cada familia sea considerada como igual en las diversas y especiales condiciones de su constitución”.

La CRE, con base en el principio de igualdad y no discriminación, es compatible con el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH y con la Opinión Consultiva, pues considera que tanto la unión de hecho como el matrimonio son maneras de conformación formal de la familia. Además, conforme al principio de igualdad, esta forma de unión legalmente reconocida está accesible a todos los ciudadanos, sin dependencia de su orientación sexual, lo cual abre un espectro amplio para la constitución de familias más diversas (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría, p. 12).

Frente a lo anterior, la convivencia (o vivir juntos) y el auxilio mutuo no necesariamente se tienen que dar entre hombre y mujer. Sería discriminatorio pensar que estas cualidades devienen intrínsecamente de la condición biológica del ser humano (dependiendo de su genitalidad), pues se comprende que se expresan indistintamente del antagonismo entre hombre y mujer. Esto quiere decir que el auxilio mutuo y la convivencia son condiciones inherentes a cualquier relación entre personas.

Otro elemento constitutivo en el matrimonio según la normativa ecuatoriana es la procreación (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 10-18-CN/19, Jueza ponente: Ali Lozada Prado, 2019, p. 10). Frente a esta característica, ha existido pronunciamiento constitucional, en el que se consideró que

la procreación no es una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad. [...] la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido, la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato. (Corte Constitucional de Colombia, Caso N.º C-577/11, 2011)

Otro gran precedente en la misma sentencia constitucional es la necesidad de “determinar cuál es la relación entre el contrato de matrimonio y la constitución de la familia, especificando hasta qué punto dicho contrato está

ligado a la noción de familia”. Considerar este último como único mecanismo para constituirlo es una “perspectiva que desconoce las proyecciones que este contrato tienen en el ámbito exclusivo de la pareja y que tienen sentido con independencia de la catalogación del matrimonio como fuente jurídica de la familia” (Corte Constitucional de Colombia, Caso N.º C-577/11, 2011).

Por ello, es necesario precisar que “el matrimonio y la familia son previos a la Constitución, y es precisamente el modelo que la Constitución acoge el que delimita la capacidad de regulación que tienen los poderes públicos” (Nuevo, 2006, p. 36). Por lo que se podría decir que el matrimonio y la familia deben reflejar una realidad social acorde con la evolución del derecho.

Pese a lo anterior, en la doctrina se han diferenciado en tres grupos las uniones cuyos miembros no pueden casarse: 1) aquellos que no pueden casarse por tener un vínculo anterior, 2) aquellos que no pueden casarse por prohibición expresa del Código Civil, y 3) aquellos que no pueden casarse por tener constitucionalmente vedado el acceso al matrimonio (Corte Constitucional de Colombia, Caso N.º C-577/11, 2011).

La CRE también expresa que existen dos formas de constituir una familia: por vínculos jurídicos o, de hecho. La primera está conformada por el matrimonio, al que no pueden acceder determinados grupos de la sociedad —como las personas LGBTI—. La segunda forma es accesible a todos, pero a esta no necesariamente se le otorgan los mismos derechos y obligaciones que al matrimonio. Por ejemplo, el derecho a la presunción de filiación no se reconoce (según el caso presentado en el Ecuador) (Corte Constitucional de Ecuador, Caso Satya, 2018). Hasta hoy, el contrato de matrimonio ha gozado de una protección mayor que cualquier otra figura jurídica, por lo que al prohibir explícitamente el matrimonio a cierto tipo de personas se genera un nivel de protección menor para quienes no pueden acceder a él.

Esto quiere decir que el matrimonio y la unión de hecho —vistos desde la perspectiva constitucional y de las normas inferiores para las personas pertenecientes a las minorías sexuales— “perpetúan un conjunto de prejuicios atávicos de origen fundamentalmente religioso que niegan el derecho a la igualdad efectiva y la protección contra la discriminación de las personas pertenecientes a las minorías sexuales” (Espinoza, 2008, p. 22). Así,

el derecho al reconocimiento de las uniones legales de personas del mismo sexo constituye una constante de los derechos modernos y un deber de los poderes públicos, pues la falta de tal reconocimiento representa, una discriminación indebida y una violación de los derechos constitucionales a la igualdad y a la no-discriminación. (Espinoza, 2008, p. 25)

Se desprende de todo el análisis realizado de la normativa vigente (frente a los principios y derechos constitucionales) que existen principios en la Constitución ecuatoriana como los de igualdad y no discriminación, así como la prohibición de restricción normativa, que podrían estar en contradicción con los artículos constitucionales referentes a los derechos de la familia y, en específico, al reconocimiento de la familia diversa en cuanto al matrimonio.

Lo anterior se sitúa dentro de la doctrina que Bachof denominó como “normas constitucionales inconstitucionales”. El autor realiza un estudio de “las distintas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas)” y explica que “aunque en el seno de una Constitución generalmente eficaz, una de las normas no satisfaga las condiciones dispuestas en ella para que pueda ser eficaz, cabe hablar de una norma constitucional ‘inconstitucional’ siendo, por lo tanto, inválida” (Bachof, 2010, p. 72).

Así, en el caso de la unión de hecho que se encuentra reconocida en el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana, se respetan los principios de igualdad y no discriminación. En este sentido, todos pueden acceder a ellos, no obstante, en el caso del matrimonio, la norma no satisface los principios constitucionales, debido a que se está limitando el acceso y ejercicio de este derecho a cierto grupo de personas que tienen una orientación sexual diferente. Conforme al enunciado anterior, esta norma no “cumpliría las condiciones dispuestas para ser eficaz”, de manera que se podría declarar su invalidez.

En la misma línea, se extiende la explicación para los casos en los que “una norma constitucional de carácter secundario, en particular, una norma constitucional exclusivamente formal, contravenga una disposición constitucional fundamental de carácter material” (Bachof, 2010, p. 76). Entendiendo que el carácter material de la Constitución ecuatoriana contiene los principios y derechos constitucionales que son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma, y que a pesar de que se encuentran en el mismo cuerpo constitu-

cional regulan de manera formal lo que la Constitución manda a reconocer a través de sus derechos y garantías; es posible indicar que la restricción tanto del matrimonio como de la adopción para parejas del mismo sexo contraviene la Constitución material que enuncia la igualdad como principio para el ejercicio de los derechos. La contradicción entre estos artículos con la Constitución material también podría declarar la inconstitucionalidad de la norma.

## **2. Matrimonio igualitario: el impacto de la OC-24 en el contexto ecuatoriano**

La OC-24/17 constituye un paso trascendental en el reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBTI en las Américas. Pese a los distintos lineamientos, concepciones filosóficas e incluso religiosas y sociales, la Corte IDH mediante su función consultiva, deja atrás viejos preceptos y va más allá de los interrogantes planteados por el Estado de Costa Rica en la Opinión Consultiva solicitada. Es por este motivo, que se ha abierto el debate sobre el contenido de la OC-24/17 y su efecto vinculante por parte de los Estados signatarios de la Convención Americana y los efectos que produce justamente en el Ecuador.

En el 2019, la Corte Constitucional ecuatoriana emitió una sentencia, debido a una consulta de constitucionalidad con respecto a la unión legal (matrimonio civil) entre personas del mismo sexo. Esto dio como resultado la aprobación de la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo. En Ecuador, la lucha por el reconocimiento del matrimonio igualitario no es reciente. En la Asamblea Constituyente del año 1998 se empezó a debatir con respecto a la institución de la familia. En efecto, las propuestas de movimientos de mujeres plantearon la incorporación del reconocimiento y protección de las distintas formas de núcleos familiares, basados en la igualdad de derechos y la oportunidad de sus integrantes (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, Acta 57, p. 5).

A pesar de ello, esta Asamblea no incluyó a las familias diversas en la Constitución Política de 1998, sin embargo, estableció un precedente para que, diez años después, en el 2008, estas se incorporaran en el texto de la Constituyente.

En materia jurisprudencial, el caso Correa Troya es trascendental en el contexto ecuatoriano. En 2013, dos mujeres acudieron al Registro Civil en Quito para contraer matrimonio, lo cual les fue negado debido al artículo 67 de la CRE, que reconoce el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer. Suscitado este hecho, las contrayentes se presentaron ante la justicia mediante una acción de protección; no obstante, la justicia ordinaria resolvió no dar paso a las pretensiones de las actoras. A criterio de Patricio Benalcázar, el tratamiento dado al caso Correa Troya se sustentó en el marco de una interpretación formal, legalista y restrictiva respecto del derecho a contraer matrimonio por parte de la pareja demandante. En esencia, la argumentación judicial se sostuvo en una interpretación literal de la norma constitucional y en valores de orden moral y religioso, que perpetúan el pensamiento conservador del derecho y de los derechos humanos (Benalcázar, 2018, p. 131).

En 2018, Efraín Soria y Javier Benalcázar se presentaron de igual forma ante el Registro Civil, pero la institución del matrimonio les fue negada, y se dio paso a acciones legales que llevaron a que la Corte Constitucional tuviera conocimiento de esta causa mediante una consulta de constitucionalidad. En la consulta realizada a la Corte Constitucional ecuatoriana por parte del Tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, se solicitó la interpretación y el alcance de varios artículos de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en relación con el artículo 67 de la Constitución. Para ello, el desarrollo de la Sentencia 11-18-CN/19 delimita el objeto de la consulta en tres interrogantes:

### **2.1 ¿La Opinión Consultiva OC-24/17 es un instrumento internacional de derechos humanos conforme lo reconoce la Constitución, directa e inmediatamente aplicable en Ecuador?**

La Corte IDH, en la Opinión Consultiva, recordó que cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, este tratado obliga a todos sus poderes y organismos. Por tanto, considera que los Estados parte de la Convención Americana deben impulsar las reformas nece-

sarias para adecuar sus normas, interpretaciones y prácticas internas, aplicando los estándares establecidos en la OC-24/17.

El efecto vinculante ha sido el principal debate con respecto a la Opinión Consultiva, a pesar de que la Corte IDH ha manifestado que las opiniones consultivas no poseen efecto vinculante, ya que “las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, 1982, § 51).

Posteriormente, en la OC-16/99, la Corte IDH considera que la función consultiva implica la interpretación de la Convención y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, por lo que posee efectos jurídicos innegables (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1999, § 48).

No obstante, en las siguientes opiniones consultivas se ha podido desarrollar el ejercicio de la competencia consultiva, que va más allá de una función de interpretación de la Convención Americana, hacia funciones de carácter preventivo, y también constituyen la guía para que los Estados tomen decisiones que sean respetuosas con los derechos humanos (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, p. 16).

De acuerdo con Rodríguez (2018), el control de convencionalidad debe ser aplicado a la función consultiva de la Corte IDH, ya que en Opinión Consultiva 21/14, se indica que todos los órganos de los Estados parte de la Convención Americana deben realizar este control, incluyendo las interpretaciones realizadas a través de una opinión consultiva.

Para el jurista Jorge Roa (2015), el hecho de que existan al menos veinte sentencias contenciosas de la Corte IDH, en las que se aplican estrictamente criterios formulados en las opiniones consultivas, prueba que al menos la misma Corte entiende que la fuerza horizontal de sus opiniones consultivas es absoluta. En el ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH, si bien no existen partes involucradas y no existe un litigio para resolver, se cumple la función propia de un control de convencionalidad preventivo (Rodríguez, 2018, pp. 165-187).

En este aspecto, la Corte IDH, en el Caso Gelman vs. Uruguay (2013), resalta que en distintas situaciones en las que los Estados no han sido parte del proceso internacional, pero son parte de la Convención Americana, todas sus autoridades y todos sus órganos deben ejercer, en el marco de sus competencias, el examen de compatibilidad de acuerdo con los estándares interamericanos (Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 2013, § 69).

Por ello, al hablarse de un examen de compatibilidad de acuerdo con los estándares interamericanos, es importante destacar la interrelación que sostiene el derecho constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del principio *pro homine* como principio rector de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional y como principio de aplicación de los derechos humanos.

En virtud de la Convención Americana, en el artículo 29 el principio *pro homine* sirve como herramienta para vincular los dos sistemas normativos en una mejor defensa de los derechos de las personas independientemente de qué norma sea considerada como superior. De acuerdo con Vieco (2015), el principio *pro homine* permite la unificación del sistema interno y la universalización de los derechos humanos en este.

En el marco de los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución ecuatoriana considera que los instrumentos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables que los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

En este aspecto, la opinión consultiva, al contener la interpretación de un instrumento de derechos humanos que resulta “más favorable”, prevalece sobre las normas jurídicas internas del país que —como se ha analizado previamente—, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, no son incompatibles con la Constitución del 2008.

El artículo 11.3 de la Constitución ecuatoriana reconoce la aplicabilidad directa de los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales en la materia. En el numeral 8 de este artículo, reconoce el carácter progresivo de estos derechos como el deber estatal de interpretarlos a la luz de la jurisprudencia. En el marco de las obligaciones asumidas por el Estado ecua-

toriano como parte de un instrumento internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el artículo 27 y la Convención Americana en el artículo 2 establecen el deber de los Estados de cumplir con lo pactado en tratados internacionales, aun cuando estas disposiciones sean contrarias al ordenamiento jurídico interno<sup>12</sup>.

De acuerdo con el Frente por los Derechos Igualitarios, no es necesaria una ley para acatar la opinión consultiva, ya que, en materia de derechos humanos, la reserva de ley se aplica cuando se busca establecer un límite o restricción a estos, no cuando se pretende extender o garantizar un derecho determinado. En consecuencia, el disfrute y ejercicio de los derechos humanos no requiere de una ley en sentido estricto (Frente por los Derechos Igualitarios, 2018).

Específicamente, se debate la naturaleza del carácter vinculante que posee una opinión consultiva con respecto a los Estados parte de la Convención Americana, ya que no se trata de una sentencia resuelta por la Corte IDH.

En el caso de la opinión consultiva, al no ser una sentencia, no está sujeta a las potestades de ejecución, por tanto, la Corte IDH no puede exigirle a los Estados parte que ejecuten o cumplan esta opinión. Además, como se ha analizado en el desarrollo de este capítulo, si bien se ha trabajado en el desarrollo jurisprudencial previo de los derechos de la comunidad LGBTI, no existe un desarrollo jurisprudencial que indique que las opiniones consultivas tengan un efecto vinculante, como tampoco se encuentra contenido dentro de la Convención Americana. Este es el principal obstáculo que enfrenta la comunidad LGBTI para solicitar el cumplimiento de lo resuelto en la Opinión Consultiva (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, p. 9).

En este contexto, el primer elemento que ha defendido el efecto vinculante de la opinión consultiva deviene de la jerarquía normativa existente en los distintos Estados de la región. En el caso ecuatoriano, esta jerarquía se encuentra contenida en el artículo 425 de la Constitución, que hace de esta última el pilar fundamental del ordenamiento jurídico. Paralelamente, su artículo 424 explica que las normas de derechos humanos prevalecen sobre cualquier otra de derecho interno.

---

12 Es importante destacar que el Ecuador es Estado parte de estos dos instrumentos internacionales.

En cuanto a la Corte Constitucional ecuatoriana, en varias sentencias se han considerado las normas y principios interpretados por la Corte IDH (Romero Sánchez et al., 2015) mediante opiniones consultivas. Así, al constituir un instrumento de interpretación sobre un tratado internacional del cual el Ecuador es parte, en la Sentencia N.º 11-18-CN/19, se considera que el Ecuador tiene la obligación de cumplir de buena fe, sin que se puedan invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por tanto, el Ecuador ha ratificado declaraciones, convenciones y pactos de derechos humanos que establecen las obligaciones del Estado para con quienes se encuentran dentro de su jurisdicción, y así operar en virtud del principio de igualdad y no discriminación. Por tanto, deben ser observados por toda autoridad pública en el ámbito de su competencia. En consecuencia, los derechos y garantías (Cubides-Cárdenas et al., 2017) reconocidos en la OC-24/17, que interpreta con autoridad la Convención Americana, forman parte de lo que se ha conocido como bloque de constitucionalidad o, como lo denomina la Corte IDH, son parte del *corpus iuris*. Esto quiere decir que tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, § 39).

## **2.2 ¿El contenido de la OC-24/17, que reconoce el derecho al matrimonio de las parejas del mismo sexo, contradice el artículo 67 de la Constitución, en el que se dispone que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer”?**

El Código Civil ecuatoriano, en el artículo 81, prescribe que el “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”. Esto concuerda con la CRE, cuyo artículo 67 manifiesta que “el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contratantes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.

Con respecto al matrimonio, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-24/17, considera que el trato diferente que existe entre parejas hetero-

sexuales y aquellas del mismo sexo, en la forma en que puedan fundar una familia, no logra superar el test estricto de igualdad, pues no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, § 220). En efecto, negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio por no cumplir el fin de la procreación es incompatible con el artículo 17 de la Convención Americana (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, § 221).

La Corte IDH ha observado que la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo se basa en convicciones religiosas o políticas, sin embargo, estas convicciones no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad o para condicionar lo que la Convención establece respecto la discriminación basada en la orientación sexual (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, § 223).

Asimismo, la creación de una institución similar a la institución del matrimonio para la unión entre parejas del mismo sexo que produzca los mismos efectos carece de sentido y no es admisible, ya que esta distinción es discriminatoria e incompatible con la Convención. De este modo, mediante el estereotipo de heteronormatividad, existiría un matrimonio para quienes son considerados normales y otra institución para quienes han sido considerados anormales, lo que para la Corte IDH (Sierra-Zamora & Jiménez-Barrera, 2019) no es admisible. La posible existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual es un acto discriminatorio (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, §§ 2018-224).

Por lo tanto, mientras exista la voluntad de conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección (Cubides-Cárdenas, Sierra-Zamora, & Azuero, 2018), sin importar la orientación sexual de sus contrayentes. Esto no significa que se reste valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, es necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano históricamente oprimido y discriminado (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, §§ 33 y 224).

La Corte IDH considera que los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 2017, §§ 218 y 228).

Por tanto, con respecto a la delimitación del matrimonio contenida en el artículo 67 de la Constitución ecuatoriana, la Corte Constitucional de este país considera que es obligación del Estado cumplir con las obligaciones internacionales asumidas, lo que implica que la Corte deba recurrir a otras fuentes normativas para la interpretación de normas con el método literal y que no sean contrarias a la Constitución.

### **2.3 Si la Opinión Consultiva OC-24/17 es aplicable en el sistema jurídico ecuatoriano, ¿cuáles son los efectos jurídicos en relación con los funcionarios públicos y los operadores de justicia?**

Con respecto a la aplicabilidad de la OC 24/17 en el sistema jurídico ecuatoriano, es interesante el análisis que realiza la Corte Constitucional, ya que, en virtud de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, es importante:

- i. El deber de adecuar el sistema jurídico a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales;
- ii. El control de convencionalidad de las autoridades estatales, en particular, de quienes ejercen jurisdicción;
- iii. Las relaciones entre el control de constitucionalidad y convencionalidad;
- iv. La responsabilidad internacional si se inobserva la OC-24/17; y, en relación con la cultura jurídica, el reto de adecuar las prácticas (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, p. 44).

La Corte resalta el deber de adecuación para que, de esta forma, el sistema jurídico tenga coherencia de derechos. Existe, en consecuencia, la obligación

jurídica nacional de protección derechos conectada con el sistema internacional y regional de protección de derechos (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, §§ 212 y 226). Por tanto, las autoridades nacionales están obligadas a adecuar las normas conforme a principios internacionales de derechos humanos (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, §§ 213 y 216; Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, artículo 84, 2008).

En caso de la adecuación normativa, su contenido deberá ser formal y material. Las normas que van a ser adecuadas mediante un método formal deberán hacerlo de manera favorable en virtud del ejercicio efectivo de los derechos (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, §§ 217-219). Cuando exista la necesidad de una reforma constitucional vinculada con el deber de adecuar, se debe respetar las competencias específicas designadas a la asamblea constituyente, facultad que no posee la Corte Constitucional (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, §§ 234-258).

Cuando se trate de control abstracto de constitucionalidad, por acciones de inconstitucionalidad, consulta de norma, control concreto, procesos de selección y revisión u otras competencias, la Corte Constitucional, según el artículo 436 de la Constitución, puede adecuar el sistema jurídico interno a los derechos y garantías reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>13</sup>.

La finalidad de la adecuación, en concordancia con el artículo 2.º de la Convención Americana, consiste en realizar las reformas e interpretaciones necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, §§ 259-261).

Sobre el control de convencionalidad en este aspecto y en virtud del derecho internacional, los Estados, al ser parte de distintos instrumentos internacionales, contraen obligaciones permanentes. Con respecto a esto, la Corte Constitucional ecuatoriana ha considerado que el control de constitucionalidad se complementa con este mecanismo de oficio, por lo que las autoridades

---

13 No obstante, en el caso de la existencia de violaciones concretas de derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, se puede plantear la acción de protección ante cualquier juez o jueza del lugar en el que se origina el acto u omisión, en virtud de los artículos 86 y 88 de la Constitución (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, § 238)

públicas deben emplearlo en el ejercicio de sus competencias e incluso aplicarlo en las opiniones consultivas (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, §§ 267-276).

La Corte, en esta Sentencia, considera que la inobservancia de la OC-24/17 representa violación de los compromisos internacionales asumidos, por tanto, es responsable ante la Corte IDH en caso de desconocimiento de dichos derechos (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, §§ 293).

En concreto, la Corte IDH afirma que si Ecuador niega el derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo, sin advertir la obligación que deriva de su interpretación autorizada, estaría violando las obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Constitucional tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos más favorables y, de este modo, prevenir la declaración de violaciones a los compromisos internacionales y a posibles determinaciones de responsabilidad internacional por violar derechos humanos (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, §§ 294 y 295).

La Corte Constitucional considera que la adecuación de estas prácticas tiene una doble dimensión que radica no solo en un aspecto normativo, sino en lo relacionado con la adecuación de políticas públicas para combatir elementos como la discriminación y violencia (Ecuador, Corte Constitucional, Caso N.º 11-18-CN/19, 2019, pp. 296-299).

Por los argumentos expuestos, la Corte Constitucional del Ecuador decidió que la OC-24/17 es vinculante y forma parte del bloque de constitucionalidad, por tanto, no existe contradicción entre el texto constitucional y el convencional, sino que se complementan conforme la interpretación más favorable de los derechos (Sierra-Zamora et al., 2016). Por lo tanto, se reconoce el matrimonio entre hombre y mujer, así como el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

## Conclusiones

El matrimonio igualitario en el Ecuador, en la actualidad, es una realidad que ha implicado la reivindicación de los derechos de las comunidades LGBTI, derechos que desde hace varios años se venían reclamando.

Si bien la Sentencia N.º 111-18-CN/19 en el contexto ecuatoriano representa un precedente para estos grupos, existen elementos que van más allá de la discusión o del debate sobre el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Dichos elementos tienen que ver con el carácter vinculante que reconoce la Corte Constitucional ecuatoriana para la función consultiva que desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual abre un camino significativo para la protección de los derechos humanos en lo relacionado con el cumplimiento de las obligaciones interamericanas asumidas por el Ecuador a la luz de la Convención Americana.

De este modo, se abre un nuevo capítulo en el marco político y normativo tanto interno como internacional, con lo cual surgen nuevos interrogantes planteados en la OC-24/17 en relación con los derechos humanos. Esto implica una ampliación en la construcción, reivindicación y reconocimiento de los derechos humanos en el país, ya que, pese a las concepciones de tipo tradicional, moral y religioso que venían determinando la constitución de la familia y sus diferentes formas de conformación, se pudo expedir una sentencia que va más allá de tales concepciones. Esto permite visualizar el desarrollo de nuevos escenarios en los cuales no solo la función judicial, sino las demás funciones del Estado en virtud del deber de adecuación armonizan el ejercicio de sus facultades con los principios internacionales de los derechos humanos.

## Referencias

- Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bachof, O. (2010). *Normas constitucionales inconstitucionales*. Palestra Editores.
- Benalcázar, P. (2018). *El derecho Humano al matrimonio igualitario en Ecuador. Caso Correa y Troya vs Registro Civil. Un litigio en medio de una antinomia constitucional y el conservadurismo judicial*. Universidad Andina Simón Bolívar.

- Cubides-Cárdenas, J. A., Sierra-Zamora, P. A., & Azuero, J. C. (2018). Reflexiones en torno a la justicia transicional en Colombia: Fuerzas Armadas, víctimas y posacuerdo. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 11-24. <http://doi.org/10.5281/zenodo.1797876>
- Cubides-Cárdenas, J., González, J., & Sierra-Zamora, P. (2017). Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia y discriminación con enfoque de género en los precedentes del sistema interamericano". En A. J. Martínez (Ed.), *Derechos económicos, sociales y culturales*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Eichler, M. (2009). Cambios familiares: del modelo patriarcal al modelo de responsabilidad individual en la familia. En R. Ávila, J. Salgado, & L. Vallares (Eds.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Quito.
- Espinoza, B. (Ed.). (2008). *Cuerpos y diversidad sexual: aportes para la igualdad y el reconocimiento*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Nuevo, P. (2006). *Reflexiones constitucionales a propósito del llamado "matrimonio homosexual"*. Universidad Abat Oliva.
- Oliva Gómez, E, & Villa Guardiola, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20.
- Ortega Ruiz, P., & Mínguez Vallejos, R. (2004). Familia y transmisión de valores. *Teoría de la Educación*, 15, 33-56.
- Roa, J. (2015). *La función consultiva de la Corte Interamericana*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, R. (2018). La protección del derecho a la identidad de género de las personas trans en el ordenamiento jurídico peruano desde una mirada dialógica entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos: avances, retrocesos y desafíos (2014-2018). *Persona y Familia: Revista del Instituto de la familia*, 7, 165-187. <https://doi.org/10.33539/perfyfa.2018.n7.1256>
- Sierra-Zamora, P. A. (2018). Visión conclusiva y prospectiva de la justicia constitucional en Colombia. En J. Cubides-Cárdenas, P. A. Sierra-Zamora, J. Caldera Ynfante, F. Ávila, & M. Sepúlveda (Eds.), *Justicia constitucional en Colombia: codificación del derecho procesal constitucional*. Ediciones Ciencia y Derecho.
- Sierra-Zamora, P. A., & Jiménez-Barrera, L. V. (2019). Genealogía de la tortura en Colombia: una mirada desde los derechos humanos. *Novum Jus*, 13(2), 131-142.
- Vaggione, J. M. (2008). Las familias más allá de la heteronormatividad. En C. Motta, & M. Sáez (Eds.), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Red Alas.
- Vieco, L. (2012). La universalización de los derechos humanos. *Analecta Política*, 2(3), 165-179.

## Instrumentos jurisprudenciales

- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Caso N.º C-577/11*.
- Corte IDH. (1982). *Opinión Consultiva, OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, Opinión Consultiva OC- 1/82(Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte (Art.64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.

- Corte IDH. (1999). *Opinión Consultiva, OC- 16/99, de 1 de octubre de 1999, Opinión Consultiva OC- 16/99 (El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal)*.
- Corte IDH. (2012). *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*.
- Corte IDH. (2012a). *Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*.
- Corte IDH. (2012b). *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*.
- Corte IDH. (2013). *Caso Gelman vs. Uruguay*.
- Corte IDH. (2016). *Caso Flor Freire vs. Ecuador*.
- Corte IDH. (2016a). *Caso Duque vs. Colombia*.
- Corte IDH. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Opinión Consultiva OC-24/17 (Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo)*.
- Ecuador, Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008.
- Ecuador, Corte Constitucional. (2018). *Caso N.º 184-18 Sep-CC*.
- Ecuador, Corte Constitucional. (2019). *Caso (matrimonio igualitario) N.º 111-18-CN/19 junio- CC*.
- Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha. “Primera Providencia”. En Acción de Protección No. 20843-2013. 14 de agosto de 2014.
- Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha. “Apelación”. A la Sentencia de Acción de Protección No. 20843-2013. 21 de agosto de 2013.
- Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha. “Of. 1283-2013-UJETFMNYAQ-20843-2013-C.C.”. 23 de octubre de 2013.
- Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha. “Providencia”. En Juicio No.17203-2013-20843. 24 de diciembre de 2013.
- Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha. “Sentencia”. En Acción de Protección No. 20843-2013. 14 de marzo de 2014.
- Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha. “Escrito de pedido de aclaración a la sentencia”. En Acción de Protección No. 20843-2013. 14 de marzo de 2014.
- Ecuador Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha. “Respuesta a pedido de aclaración”. En Acción de Protección No. 20843-2013. 3 de abril de 2014.

Frente por los derechos igualitarios. (2018). *Guía sobre la Opinión Consultiva OC-24/2017 de la Corte IDH: sobre la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo y sus implicaciones jurídicas.*

ONU Asamblea General. Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948. N.º 217 A(III).

Esta página queda intencionalmente en blanco

# Evaluación de derechos de naturaleza individual, social y colectivos en el ámbito de la crianza familiar<sup>1</sup>

4

<https://doi.org/10.21830/9789585284845.04>

*Manuel Bermúdez-Tapia*<sup>2</sup>

Universidad Privada San Juan Bautista

## Introducción

En una evaluación jurídica, los casos más complejos son observados en el ámbito de las relaciones familiares, contexto que se agudiza si el conflicto familiar se judicializa, principalmente, porque se generan circunstancias de orden jurídico, social e incluso familiar aún más complejas.

Surge en tal sentido, una evaluación de derechos, intereses y contextos que implica el análisis de derechos de naturaleza individual, social, familiar, colectivos y otras áreas difusas, especialmente, porque el ámbito de las relaciones familiares —en lo íntimo, lo privado y lo público— es sumamente especial, por lo cual en el derecho de familia se aceptan elementos probatorios, procesales y sustantivos diferentes a los que usualmente se ejecutan en otras disciplinas jurídicas.

Como de referencia sustancial, puede observarse el hecho de que un divorcio llegue a provocar una indemnización a manera de compensación, situación que, en el ámbito de la evaluación de la responsabilidad de las partes en conflicto, suele estudiarse en el contexto del “daño”. Este punto de referencia permite identificar por qué en el contexto familiar es posible no asimilar valores sustantivos y procesales típicos de contextos normativos liberales, en

---

1 Este capítulo se deriva del proyecto de investigación Análisis de la Institucionalidad Democrática en el Perú, desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista.

2 Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (*magna cum laude*). Magíster en Derecho. Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor-investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464> - Contacto: [manuel.bermudez@upsjb.edu.pe](mailto:manuel.bermudez@upsjb.edu.pe)

los cuales la presencia (y exigencia) de un ámbito tuitivo se hace sumamente referencial e incluso excluyente.

Por ello, la mejor ocasión para evaluar contextos en los que hay complementación, contraposición, yuxtaposición y contradicción entre tipos de derechos se da en el ámbito familiar, especialmente, cuando se examinan casos que implican la crianza de los hijos. Ante este panorama, se presenta un caso de evaluación de la jurisprudencia peruana, tanto a nivel constitucional (Tribunal Constitucional, STC N.º 00928-2011-PA/TC) como a nivel ordinario (Poder Judicial, jurisprudencia sobre alimentos, tenencia, divorcio y violencia familiar).

## **1. Límites y parámetros objetivos en la crianza familiar**

Por los alcances de la jurisprudencia peruana, en particular respecto de la capacidad de los progenitores para ejecutar las actividades cotidianas de crianza, consideramos oportuno someter los alcances de estas facultades a una evaluación crítica, puesto que estos temas revisados cotidianamente en el ámbito jurisdiccional ordinario constituyen la más alta tasa de referencialidad de casos en el Poder Judicial peruano. De acuerdo con este parámetro, se trabajan los apartados siguientes.

### **1.1 Facultades y límites de los derechos paternos frente a la crianza de los hijos**

En la bibliografía especializada sobre la temática, existe información referencial sobre las obligaciones de los progenitores y un severo vacío de información sobre los derechos de estos sobre sus hijos. Por esta razón, planteamos de forma preliminar la necesidad de establecer límites, tanto en forma positiva como negativa (Schaffer, 2000, p. 266). Los límites positivos se materializan en la defensa de los eventuales derechos de los hijos, mientras que los negativos están vinculados a los perjuicios producidos en el hijo cuando, a nombre de este, se ejecutan determinados actos.

Complementariamente, existe otro elemento catalizador de evaluaciones: las condiciones de los progenitores. Los progenitores en situación matrimonial

o convivencial ejercen de forma conjunta la patria potestad, con lo cual los conflictos sobre la determinación de derechos en la crianza de los hijos no suelen suceder o llegan a determinarse luego de superar un debate familiar interno. En el caso contrario, cuando los progenitores están separados o son divorciados, la práctica permite señalar que existe una situación que limita los derechos del progenitor en cuanto su derecho a la tenencia, situación principalmente provocada por el otro progenitor, sin importar si el perjudicado provocase o no la crisis familiar.

## 1.2 El contexto punitivo y sus límites

En términos comparativos, es posible mencionar el artículo 262 del Código Civil colombiano, en el que se regula en términos generales la facultad de imponer sanciones a los hijos como facultad de los progenitores, lo cual forma parte del ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, dicha facultad tiene como límite natural y constitucional el uso de la fuerza en la imposición de sanciones a los hijos, tanto en una modalidad física como emocional.

Según este límite, la Corte Constitucional colombiana legitima el derecho a *corregir* a los hijos, siempre y cuando la sanción sea *razonable* respecto de las condiciones del menor. Así, los límites para establecer su razonabilidad están detallados en el artículo 262 del Código Civil colombiano, que son los siguientes :

- a. La sanción debe ser sobre actos ciertos y probados
- b. La sanción debe tener una utilidad educativa
- c. La sanción debe ser proporcional a la falta cometida
- d. La sanción debe imponerse en forma oportuna
- e. La sanción no puede contener elementos de violencia física sobre el menor

## 1.3 El derecho a corregir durante la crianza

Por los alcances mismos de este punto, se debe considerar que en la actualidad la mayoría de legislaciones en el contexto comparado pondera que el progenitor a cargo de la patria potestad ejerza el *deber* de orientar a su hijo, a efectos de encaminarlo en las prácticas sociales cotidianas.

Dado el carácter psicológico del proceso de formación de todo menor de edad, los progenitores se ven limitados en su facultad de imponer una sanción, por ello resulta importante analizar el alcance del *deber de corregir en la crianza* para así generar en el hijo a una mejor formación (Herrera & Spaventa, 2007). De forma excepcional y ante una situación extrema, el progenitor puede imponer una sanción, pero esta debe ser *moderada*, a efectos de lograr una comprensión en el hijo del error cometido.

#### **1.4 La evaluación de los derechos de cada progenitor con respecto del otro progenitor**

La equivalencia de derechos y condiciones en las obligaciones es absoluta entre los progenitores (Ramírez, 2011), sin embargo, esto se puede modificar en función de la separación o divorcio de las partes, en los casos en los que hubo un matrimonio. Por tal motivo, el ejercicio de la patria potestad será el elemento referencial en el que se determinen los derechos de cada uno de los progenitores y también las condiciones con las cuales estos derechos se establecerán con respecto de los otros derechos del progenitor que no cuenta con la tenencia o el contacto inmediato de su hijo o progenie.

##### **1.4.1 RESPECTO DE LA RELACIÓN CON EL OTRO PROGENITOR**

Dentro de las características generales de los procesos de crisis familiar, los progenitores deben tener en cuenta que las causas que provocaron dicha situación no pueden afectar los derechos de la contraparte en cuanto a su relación con los hijos. Esta situación no suele ser tomada en cuenta en los contextos en los que el conflicto se judicializa, por lo tanto, conviene tener presente que surgen tres contextos totalmente autónomos:

- i. Los derechos del primer progenitor
- ii. Los derechos del segundo progenitor
- iii. Los derechos de los hijos respecto de cada uno de sus progenitores (Urra & Urra, 2015, p. 76)

En este punto corresponde detallar que, a raíz del caso Reynaldo Shols (STC N.º 09332-2006-PA/TC) en complementación de la STC N.º 01317-2008-HC/TC, caso Hermanos Tudela van Breugel-Douglas, un cónyuge de

una pareja con hijos no podría imponer una limitación a los derechos de esta a relacionarse con sus hijos, conforme se establece una *familia ensamblada* generada por una separación o divorcio preexistente, sobre la cual se genera una evolución de la comprensión de “la familia” con base en el vínculo familiar (Bermúdez-Tapia, 2011).

En función de lo detallado, cada progenitor está condicionado a establecer mecanismos de relación, crianza y vínculo con su familia (Acuña San Martín, 2015, p. 101), lo cual puede exponerse de la siguiente manera:

- i. No limitar, condicionar (económicamente) o variar el régimen de visitas en forma arbitraria.
- ii. No puede provocar situaciones de alienación parental, de padrectomía u obstrucción de vínculo entre el hijo con el otro progenitor. (Bolaños, 2008, p. 35)

La referencia de este punto proviene de los alcances de la Casación N.º 2067-2010 Lima, de acuerdo con la cual la Corte Suprema evaluó la incidencia del síndrome de alienación parental:

- i. No provocar un alejamiento entre el hijo y la pareja sentimental tras la finalización de la relación. (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 410 )
- ii. No provocar casos de obstrucción en la relación con los abuelos u otros miembros familiares, en función a lo que Quinn (2002) detalla como una situación inaceptable en el ámbito de la evaluación de derechos en el contexto contemporáneo. (Bermúdez-Tapia, 2011, p. 411)

#### **I.4.2 RESPECTO DEL EJERCICIO DE PATRIA POTESTAD Y LA TENENCIA EXCLUSIVA**

Por el contexto subjetivo que suele vincularse al contexto familiar en crisis, es conveniente detallar que el progenitor asignado con la tenencia de los hijos, desarrolla estos elementos:

*Ejercicio directo del derecho.* Quien tiene asignado este derecho por vía judicial debe ejercerlo de modo directo, sin alguna consideración que pudiera modificar la *ratio decidendi* del juez. Esto limita o condiciona negativamente el hecho de que el progenitor con la tenencia a su favor traslade el cuidado de sus hijos a terceras personas (abuelos o familiares). Condición que no limita ni

genera una situación negativa si el progenitor con dicho derecho, al ejecutar sus actividades ordinarias, no dispone de un tiempo exclusivo para criar a sus hijos. Esto por tanto corresponderá a la evaluación práctica de los casos.

*Ejercicio de la tenencia.* Se debe tener en cuenta que el progenitor no puede realizar actividades que incidan arbitrariamente en el desarrollo del hijo. Los hijos, al ser sujetos de derechos, no pueden quedar supeditados a la anulación de estos, porque uno de los progenitores le imponga una condición que no responde a un elemento objetivo y razonable.

## 2. Los derechos y el contexto de la crianza de hijos

Surge una serie de elementos en evaluación en el contexto contemporáneo que merecen ser evaluados en forma autónoma a continuación.

### 2.1 Elementos provenientes de la atención del derecho a la salud

Los hijos, al estar al cuidado de sus progenitores, pueden verse involucrados en situaciones en las que se deba evaluar su salud, sin embargo, esto está determinado en función a algunos límites, como los siguientes:

- a. *Los tratamientos médicos deben ser autorizados por especialistas en la salud.* Las condiciones de crecimiento de los hijos suelen estar relacionadas con factores que afectan su salud: todo tratamiento clínico, quirúrgico o médico (en general) debe estar relacionado con alguna indicación de un especialista. Esto evitaría la especulación y la ejecución de actos que pudieran afectar la integridad física del hijo o su propia salud.
- b. *Las intervenciones quirúrgicas deben ser autorizadas por los dos progenitores.* Tomando en cuenta la situación de incapacidad que tienen los hijos menores de edad para decidir de manera autónoma respecto de ciertos riesgos, es necesario que los dos progenitores autoricen la intervención quirúrgica que se requiera. Esto permite detallar que toda intervención que no sea necesaria resulta limitante a toda facultad de un progenitor para ejecutar alguna acción

quirúrgica, así sea estética, por cuanto podría provocar una condición negativa tanto en lo físico como en lo psicológico en una persona en desarrollo.

- c. *Respecto de la alimentación en referencia a la salud de los hijos.* Elemento muy especial y contemporáneo, porque permite detallar las situaciones de obesidad, bulimia u otro desorden alimenticio, los cuales constituyen problemas en el ámbito de la salud pública y pueden configurar una condición que implica maltrato infantil (Mardomingo, 2003)

## 2.2 Evaluación de la salud psicológica

Muy a pesar de que los progenitores suelen ponderar la defensa de sus hijos en el contexto del conflicto familiar judicializado, estos no toman en cuenta algunos problemas que inciden en el ámbito psicológico en la formación de sus propios hijos. En tal sentido, los progenitores no son conscientes de situaciones como estas:

- a. *La generación de actos de alienación parental.* Los condicionamientos negativos de un progenitor (generalmente el que queda con la tenencia luego de una decisión judicial) sobre el otro constituyen un elemento que tiene repercusiones psicológicas en los hijos, pues estos últimos, hacia la edad madura, llegan a generar contextos de violencia en sus propias familias (Bermúdez-Tapia, 2012).
- b. *La generación de situaciones de obstrucción de vínculo.* Estas situaciones hacen que los hijos se sientan en medio del conflicto y se vean afectados por las condiciones de este, gracias a sus propios progenitores (Estévez et al., 2007).
- c. *El contexto de padrectomía.* Cuando la figura de uno de los progenitores no logra ser permanente en el desarrollo de los hijos, estos asumen una condición negativa respecto del progenitor ausente que se amplifica en su edad adulta, lo cual provoca un rechazo absoluto de patrones conductuales, que suelen extenderse de forma independiente respecto de su propia familia.

### 2.3 Evaluación de los derechos vinculados al ámbito de la intimidad y la salud sexual

Este es un punto absolutamente crítico en la crianza de los hijos, en particular, porque la autonomía personal de estos no está totalmente bajo el control de los progenitores. No obstante, la jurisprudencia permite detallar algunas referencias, como las que se enumeran a continuación:

- a. *Interrupción de embarazos en adolescentes.* De acuerdo con los análisis de la legislación peruana, los menores de edad están condicionados por un factor social en cuanto a la gestión pública de la salud reproductiva:
  - i. Los menores de edad tienen un acceso reducido o limitado a mecanismos de control de natalidad,
  - ii. Los menores de edad tienen una limitada (casi nula) capacidad para optar por la continuidad de un embarazo no deseado, como ocurre por ejemplo en España, donde la Interrupción Voluntaria del Embarazo está aprobada legislativamente, a través de la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva. (Begoña y Mendiola, 2010, p. 320)

En Colombia, es posible traer a lugar una sentencia relacionada con este tema. La Corte Constitucional facultó a una niña de 12 años y a su madre para llevar a cabo la interrupción del embarazo, con el argumento de que la menor tenía problemas de frustración y depresión, lo que provocaría complicaciones obstétricas. El contenido de dichos elementos proviene del Expediente T-841/11 (Corte Constitucional de Colombia, 2011), acción de tutela instaurada por un progenitor, en representación de su hija menor de edad, en contra de BB. E.P.S., jurisprudencia referencial para el ámbito de evaluación.

- b. *La ablación como práctica cultural reprimida en países occidentales.* En el contexto comparado, existen procesos judiciales iniciados en países europeos en los que se ha sancionado a los padres, incluso con la condena privativa de libertad, por realizar procedimientos de ablación en sus hijas menores de edad (Toubia & Rahman, 2000).

Los progenitores, sobre todo aquellos provenientes de países africanos o asiáticos, en defensa de las prácticas de ablación, sustentan sus derechos de vincular a sus hijas en prácticas culturales nativas que, a su juicio, resultan constitucionales, aún en países en los cuales tienen condición de migrantes. La jurisprudencia europea no admite dichos argumentos y sanciona con penas severas semejantes prácticas, sin importar que sus practicantes sean médicos o chamanes.

Las medidas limitativas de derechos vinculados al pluralismo jurídico de inmigrantes en Europa se extiende incluso a la manifestación de valores religiosos en público. En este sentido, Francia limita la facultad de los padres de vincular a la práctica religiosa a sus hijos, prohibiendo que estos exhiban sus valores religiosos en sitios públicos (De Haro, 2011). Esta prohibición alcanza los usos del burka, el nicab, el hiyab y los crucifijos. Dicha iniciativa, actualmente es seguida en Italia, Holanda y Dinamarca.

La autonomía de los progenitores para inducir a los hijos en prácticas culturales, sociales y religiosas —como la exhibición de atuendos y símbolos religiosos—, sobre todo en Francia, está limitada a la valoración de la *dignidad* del menor de edad, principalmente porque este menor, en su interacción social con otros, puede sufrir procesos de discriminación, exclusión y marginación. Esta limitación opera en sitios públicos, pero no se extiende a los ámbitos privados de la familia, en los que los progenitores asumen total disposición del menor en una práctica cultural y socioreligiosa.

- c. *Circuncisión a varones menores de edad.* En Estados Unidos de América, existe una extensa bibliografía de casos jurisprudenciales sobre la circuncisión en menores de edad. Se citan casos vinculados al análisis de la *capacidad* para efectuar dicha práctica quirúrgica, para diferenciarlos de la mayor parte de la jurisprudencia, que está vinculada a la *mala praxis* en la ejecución de la intervención quirúrgica:

- i. Caso: Kalina vs. General Hospital of the City of Syracuse (100 NYS2d 226, 18 A. D. 2d 757 (1962)). La Corte de Nueva York determinó que la circuncisión era un *asalto* a

la integridad del menor, porque este no tiene la capacidad suficiente para actuar conforme a sus derechos.

- ii. Caso: *Union Pacific Railway Company vs. Botsford*, 141 U.S. 250 (1891), y
- iii. Caso: *Planned Parenthood vs. Casey*, 505 U. S. 833 (1992).

En los dos últimos casos, la Corte Suprema de Justicia determinó que la práctica de la circuncisión *solo* elimina tejido saludable que no afecta la funcionalidad del órgano sexual masculino, con lo cual determinó que su ejecución afectaba la salud, sin embargo, decretó que se trata de una violación a la integridad corporal, en función de la determinación de dicha práctica en un menor de edad.

En Queensland (Australia), se debatió legislativamente la facultad de los progenitores para ejecutar la práctica de la circuncisión en sus hijos menores de edad y se llegó a la determinar que esta es ilegal, que no respeta los derechos de los niños a decidir sobre su condición clínica. Este debate surgió por el desarrollo jurisdiccional de casos vinculados a la práctica de la circuncisión (Queensland Law Reform Commission, 1993).

En Holanda, a raíz de la eliminación de toda forma de práctica de la ablación, la Asociación Médica Holandesa (1993) planteó la prohibición de la práctica de la circuncisión, porque los sometidos quirúrgicamente *son demasiado jóvenes para dar su consentimiento para la intervención*.

En Argentina, se ha registrado la variación de la tenencia a favor de la madre cuando el padre ejecutó el procedimiento de circuncisión al hijo de ambos, sin autorización. El padre, alegando derechos vinculados al ámbito religioso (era judío), ejecutó la práctica a pesar de la oposición de la madre católica. La justicia argentina determinó que los progenitores, al tener plenos derechos y ejercer conjuntamente la patria potestad del menor, debían concordar en practicar la circuncisión y que, ante el desacuerdo mostrado, se le otorgaba la tenencia a la madre, ante la separación de hecho de ambos (Fernández, 2017, p. 238).

## 2.4. En el ámbito de la educación

Otro de los problemas propios de la crianza de los hijos se evidencia en el ámbito educativo. Dichos problemas se podrían solucionar con la correcta aplicación de la *tenencia compartida*, pero la autodeterminación del progenitor con tenencia suele ser el patrón característico. El progenitor con la tenencia suele excluir la participación del otro en la educación del hijo, en particular, en el seguimiento académico, aun en la misma educación superior. La limitación en el acceso al seguimiento escolar para el progenitor sin tenencia constituye una característica que los mismos colegios asumen a favor del progenitor con tenencia, a efectos de que este no retire al hijo del centro escolar (y no los perjudique económicamente).

La situación se agrava si el progenitor con tenencia ejecuta una variación del centro educativo del hijo, sin consentimiento o comunicación con el otro. Los progenitores sin tenencia en el Perú, para efectos de no provocar un mayor conflicto con el otro progenitor o ante la eventualidad de que sus denuncias no tengan eco en el sistema judicial, autolimitan sus derechos, sin tomar en cuenta el carácter autónomo de estos.

En España, en cambios ante este tipo de situaciones, se admite el derecho del progenitor sin tenencia (generalmente el padre) a acceder al registro académico y hacer un seguimiento académico de su hijo, sin limitación, porque este hace uso de su ejercicio de la patria potestad, la cual se diferencia del régimen de tenencia.

## Conclusiones

El contexto familiar permite examinar una serie de situaciones en las que cada integrante de la familia en crisis puede evaluar el ámbito de sus propios derechos y obligaciones en un contexto independiente y autónomo de los intereses, derechos y obligaciones respecto de sus propios familiares.

Las referencias a la autonomía personal, respecto de la jurisprudencia evaluada, permiten detallar que la individualidad de la persona debe también revisarse respecto de las relaciones familiares, en las que, en ciertas situaciones,

los derechos deben ser evaluados de forma independiente. En este sentido, la evaluación de la casuística requiere la empleabilidad de principios y reglas que procuren ponderar unos derechos sobre la proyección de los derechos de otra persona en función de un elemento superior por su ámbito tuitivo.

Surge, por tanto, la necesaria evaluación de los alcances de los derechos de la persona en una proyección a los derechos de naturaleza individual, colectiva, familiar o, eventualmente, los que estén vinculados a una proyección de intereses difusos, donde la ponderación y la evaluación de una controversia deben estar focalizadas en la atención de lo razonable de una medida, en particular, cuando surgen contradicciones a nivel intergeneracional.

De este modo, la concepción de la condición de sujeto de derecho debe entenderse en un ámbito amplio, pero guardando correlación con el contexto en evaluación, por cuanto los derechos de los hijos se ven inmersos en la proyección de los derechos de los progenitores, quienes a su vez tienen una obligación sobre ellos, que es la de protegerlos y velar por su integridad.

## Referencias

- Acuña San Martín, M. (2015). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*. Dykinson.
- Begoña, A., & Mendiola, M. (2010). Cuestiones en torno a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo. En F. Bandrés Moya, & S. Delgado Bueno, *Biomedicina y derecho sanitario*. Además Comunicación.
- Bermúdez-Tapia, M. (2011). Redefiniendo el derecho de familia en la tutela del vínculo familiar en la jurisprudencia peruana. *Revista de Derechos Fundamentales*, 5, 43-62.
- Bermúdez-Tapia, M. (2012). *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia*. Editorial San Marcos.
- Bolaños, I. (2008). *Hijos alienados y padres alienados: mediación familiar en rupturas conflictivas*. Reus.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-841/11*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-841-11.htm>
- De Haro, F. (2011). *Un mundo en transición*. Encuentro.
- Estévez, E., Jiménez, T., & Musitu, G. (2007). *Relaciones entre padres e hijos adolescentes*. Nau Libres.
- Fernández Espinoza, W. (2017). La alienación parental como causa de variación de la tenencia. *Vox Iuris*, 33(1), 223-240.

- Herrera, M., & Spaventa, V. (2007). Vigilar y castigar: el poder de corrección de los padres. En R. Bergalli, & I. Rivera Bieras (Eds.), *Desafíos, jóvenes y adultos. El difícil vínculo social* (pp. 94-124). Antrophos.
- Mardomingo, M. (2003). *Psiquiatría para padres y educadores: ciencia y arte*. Narcea.
- Queensland Law Reform Commission. (1993). *Circumcision of male infants* [Research paper]. <http://www.cirp.org/library/legal/QLRC/>
- Quinn, G. (2002). *Derechos Humanos y Discapacidad*. Naciones Unidas.
- Ramírez, D. (2011). *Crianza compartida, en equidad. Un derecho humano*. Editorial Acad.
- Schaffer, R. (2000). *Desarrollo social*. Siglo XXI.
- Toubia, N., & Rahman, A. (2002). *Female genital mutilation: a practical guide to worldwide laws and practices*. Zed.
- Urra, J., & Urra, B. (2015). Padres en conflicto con sus hijos. *Participación Educativa*, 4(7), 75-80.

Esta página queda intencionalmente en blanco

# El impacto del movimiento neindigenista en el contexto de la realidad institucional de Colombia<sup>1</sup>

5

<https://doi.org/10.21830/9789585284845.05>

*Cipriano Peña Chivatá<sup>2</sup>*

*Juan Antonio Martínez Fernández<sup>3</sup>*

Escuela Superior de Guerra “General Rafael Reyes Prieto”

## Introducción

Si se estudia desde un enfoque ético y moral la hegemonía preexistente en la sociedad global, se vislumbra que esta se caracteriza por un enfoque centrado en las relaciones de poder que rigen las distintas sociedades, lo cual implica el concepto de seguridad regional o territorial asumido por los Estados.

Esto quiere decir que tanto los dominios emocionales propios de los grupos sociales como los intereses y fines del Estado juegan un papel importante a la hora de analizar los espacios que se conceden al individuo para el desarrollo de sus actividades diarias. En efecto, esas relaciones de poder entre la sociedad y el Estado comprometen el sistema internacional del libre albedrío y autodeterminación de los pueblos. En medio de todo ello, se robustecen algunas problemáticas sociales que trascienden las fronteras en una relación multicultural, y se generan nuevos liderazgos y choques producidos por

---

1 Este capítulo hace parte de los resultados del proyecto de investigación “Estrategia nacional: por una política de seguridad y defensa a la vanguardia de las amenazas contemporáneas” del Grupo de Investigación Masa Crítica de la Escuela Superior de Guerra “General Rafael Reyes Prieto”, registrado con el código COL0123247 de Minciencias. Los puntos de vista y los resultados de este artículo pertenecen a los autores y no reflejan necesariamente los de las instituciones participantes.

2 Docente investigador del Departamento de Estrategia de la Escuela Superior de Guerra “General Rafael Reyes Prieto”. Pertenecer al Grupo de Investigación Masa Crítica, de la línea de investigación en Geopolítica y Estrategia. Cuenta con especialización en Seguridad y Defensa Nacional, y especialización en Administración de la Seguridad. Magíster en Negocios y Relaciones Internacionales, de la Universidad Militar Nueva Granada. Profesor invitado de la Academia de Guerra de Chile (ACAGUE).

3 Internacionalista y politólogo en formación de la Universidad Militar Nueva Granada. Pasante del Departamento de Estrategia de la Escuela Superior de Guerra “General Rafael Reyes Prieto”. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8905-3170> - Contacto: [juan.martinezf@esdegue.edu.co](mailto:juan.martinezf@esdegue.edu.co)

luchas sociales. Estas desembocan, a veces, en brotes de violencia en los que se reclaman nuevos derechos y autonomías de la sociedad civil como forma o sistema de presión política y visibilidad social nacional e internacional.

Con base en esta visión de las relaciones entre Estado, sociedad y gobierno, es lícito afirmar que, a nivel global y regional, se presenta una transformación de las bases del indigenismo con un nuevo enfoque y un paradigma neoindigenista. En Colombia, la evolución del nuevo enfoque de la estructura social, de carácter neoinstitucionalista, entra en una estrecha relación con el neoindigenismo, lo cual tiene ciertas implicaciones para la seguridad interna en la fenomenología social y en el cumplimiento de las funciones y delimitaciones que procura el gobierno a través de sus directrices para el cumplimiento de su función constitucional.

En cuanto al análisis de la problemática social y de seguridad nacional, el Estado fija unas prioridades que están registradas en la Constitución nacional, pero en cuanto a las prioridades y preocupaciones de cada gobierno, con cargo al contexto y realidad coyuntural, se hacen nuevos estudios y verificaciones que determinan prioridades en la agenda nacional. Teniendo en cuenta que este nuevo enfoque del paradigma neoinstitucional es un asunto de seguridad nacional con un trasfondo ideológico intangible, merece la pena hacer un profundo análisis de la situación actual. Esto, con referencia no solo a la vasta experiencia que se tiene en el campo del conflicto interno y la guerra, sino también a través de la interpretación y aplicación de diferentes postulados teóricos como los de A. Gramsci en cuanto a la hegemonía, los de Douglas North en sus teorías económicas y los de Teun van Dijk en cuanto a la teoría del discurso. Es indispensable mencionar que los postulados ideológicos de estos autores se entrelazan y ayudan a comprender no solo por qué, sino también cómo se desarrollan los fenómenos analizados dentro del contexto de la actualidad, según los postulados que veremos más adelante.

En el primer apartado, nos centramos en las ideas primarias dentro de la concepción histórica del indigenismo: las postulaciones conceptuales que caracterizan su evolución y sus bases ideológicas influenciadas por un enfoque político, social, económico e incluso ambiental y militar. Este tema es importante por cuanto, si bien es cierto hay un marco jurídico amplio que protege las

comunidades indígenas, los nuevos retos y amenazas de carácter multidimensional parecieran generar nuevos nichos de expansión delictiva.

## 1. Indigenismo y neoindigenismo

Para poder adentrarnos en el campo del neoindigenismo, es necesario desglosar su pasado y entrar a ver las nociones desde un indigenismo previo, que históricamente se arraiga en costumbres y tradiciones culturales frente a nuevas necesidades y prioridades de un nuevo mundo interconectado que se enfoca en el desarrollo sostenible y el bienestar global. Desde el punto de vista cultural, el indigenismo se ha desarrollado y caracterizado como un movimiento que abarca grandes zonas del país y se encuentra presente no solo en las regiones más remotas y selváticas —consideradas espacios vacíos—, sino que, a través de representantes y líderes en los cascos urbanos, que no son necesariamente de estas comunidades, se ha expandido en un discurso que promueve, exige y reclama sus derechos (Morales, 2019). En efecto, esta población se ha visto afectada y vulnerada por el conflicto armado de Colombia y abandonada por el mismo Estado en evidente incumplimiento a la Constitución Nacional Política de 1991.

Desde este punto de vista, el movimiento indigenista se ha posicionado mediante presión política en todo el país, con lo cual ha aportado a la construcción de estrategias en las políticas públicas y nacionales para garantizar la protección de su cultura, territorios, medioambiente, recursos, economía regional, derechos y autonomías. Uno de sus objetivos es que todo ello se transforme en programas y proyectos regionales, pero en la actualidad se enfrentan al tema del narcotráfico, la toma ilegal de tierras, la erradicación manual o por fumigación de los cultivos ilícitos, el desplazamiento y la reforma rural integral, al margen de los acuerdos de paz firmados entre el Gobierno nacional y las FARC-EP.

Frente a esta problemática y en una resumida línea de tiempo, podemos registrar que el primer presidente de Colombia y libertador, Simón Bolívar, dispuso por Decreto de fecha 20 de mayo de 1820 la devolución de los resguardos a los indígenas. Sin embargo, al año siguiente el Congreso de

Cúcuta dispuso la disolución de los resguardos. La Ley del 11 de octubre de 1821 quería romper la tradición colonial y perseguía la división de la tierra de los resguardos y su traspaso a la propiedad privada. La ruptura de la tradición de la propiedad comunitaria de los indígenas se manifestó más tarde con la disposición del Código Civil de 1873<sup>4</sup>.

No obstante, la figura del resguardo revivió en la Ley 89 de 1890. El Congreso colombiano quería someter los asuntos indígenas a una ley uniforme e integral, porque creía que solo de ese modo podría garantizar el orden interno de vastas regiones del país contra la persistente resistencia de los indígenas. Por eso, el artículo 40 de la citada ley dejaba abierta una posibilidad para más expropiaciones legales de tierras indígenas y no fue aplicado a superficies de resguardo que eran consideradas “abandonadas” por los indígenas. De esa forma, la figura del resguardo “sobrevivió” y las constantes injusticias ocasionaron que, hasta el presente, la resistencia indígena luche por sus derechos frente a la descuidada política estatal.

En particular, el levantamiento efectuado por el indígena paez Manuel Quintín Lame (1916-1917) y la elaboración de un programa de siete puntos que, entre otras cosas, reclamaba la reintroducción y ampliación de las superficies de resguardo, terminaría siendo la chispa inicial para el posterior desarrollo de un movimiento indígena nacional (Samper, 2006, p. 767).

Aunque suele extenderse el significado del indigenismo a toda labor en pro de los pueblos nativos americanos, en el país se inauguró institucionalmente el Instituto Indigenista de Colombia, promovido por el primer Congreso Indigenista Interamericano de Pátzcuaro (México) en 1940. Allí se estableció la constitución de institutos indigenistas nacionales adscritos o respaldados por los gobiernos de los países que suscribieron el convenio. Correspondió, entonces, a los investigadores del Instituto Etnológico Nacional, recién fundado en 1941, la creación del Instituto Indigenista de Colombia. Ellos, al tiempo que fundaron la primera escuela de antropología, generaron los referentes básicos de las corrientes del pensamiento sobre la situación y artu-

---

4 Samper (2006) refiere que el Código Civil colombiano de 1873 se basa en gran parte en el Código Civil chileno, que ya había sido adoptado por el Estado de Santander el 18 de octubre de 1858 y el Estado de Cundinamarca en 1859.

lación de los pueblos indígenas en la sociedad nacional y, por tanto, no solo asumieron la denominación de *indigenistas*, sino que así fueron reconocidos por el Estado (Rubio, 2007).

No pasó mucho tiempo para que empezaran los problemas entre el Estado y los indígenas, la apropiación de sus territorios no solo por parte de terratenientes, sino por parte de personas ajenas a dichas poblaciones con el fin de sacar provecho en la explotación de recursos naturales llegaron a tal punto que el Estado delegó el “problema indígena”<sup>5</sup> a la Iglesia, quien poco después también empezó a quitarles sus dominios y a generar conflictos directos<sup>6</sup>.

En la época marcada por la violencia bipartidista, el movimiento indigenista y quienes luchaban por el ideal de sus derechos ante el Estado no prosperaron debido no solo a la concentración en la utilización del indio como esclavo y al atropello total de su cultura, sino también a la influencia y los nuevos ideales revolucionarios con otras ideologías. Esto último marcó la existencia de los indígenas, ya que se vieron directamente afectados por la lucha entre el Estado y la insurgencia por el dominio de los territorios, que cada día tomaba más fuerza. En muchos casos, las víctimas no solo eran miembros de partidos, sino también la población en general y, por supuesto, los indígenas.

Años más tarde, dada la situación de Latinoamérica y su relación con el mundo (con el nuevo equilibrio de poderes altamente ideologizado), se estableció el Convenio C107 - Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107). Convenio que surgió de la iniciativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, el 5 junio 1957, en su cuadragésima reunión, con el apoyo de Naciones Unidas, representada por múltiples organismos—. También participaron entonces la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación; la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura; y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

---

5 Este término se usó en la Colombia poscolonial por parte del Estado y de la Iglesia, que veían a los indígenas como un problema dentro de la sociedad y no como parte esencial de la nación (Herrera, 2002).

6 La Iglesia empezó a quitarles territorios a los indígenas y a cobrar impuestos que se pagaban mediante ofrendas de comida e insumos a los padres y sacerdotes (“El papa pide perdón por los crímenes de la Iglesia católica contra los pueblos indígenas”, 2015).

El principal objetivo de este Convenio fue la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales de los países independientes, y entró en vigor el 2 de junio de 1959 (OIT, 1957).

Dicho convenio no solo reconoce a los indígenas internacionalmente, sino que también apoya su multiculturalidad y protege su humanidad, con lo cual se desprenden ciertas justificaciones de carácter jurídico acogidas y aplicadas por Colombia en su marco legal. En este convenio, conformado por 37 artículos, de manera general, le da validez al resguardo y establece las medidas que el Estado debe tomar para poder garantizar a los indígenas no solo una educación estable, sino alternativas socioeconómicas que puedan mantener a flote su cultura, ya que la base principal del resguardo es su fortalecimiento como patrimonio de la humanidad.

Para el movimiento indigenista, dicho convenio fue un paso muy importante, ya que la protección internacional y el reconocimiento de su cultura da lugar a que las acciones protocolarias y de carácter generacional<sup>7</sup> florezcan y puedan mantenerse en su entorno y en concordancia con las leyes de los territorios nacionales. Es importante mencionar que para ellos es vital la cuestión territorial, que impacta de manera directa su autonomía y sostenimiento, lo cual se protege a través de estos artículos y cuadros normativos.

Hasta aquí, se ha hecho un breve recuento sobre los indígenas y su trayectoria justo después de la conformación del Estado colombiano. Hay que tener en cuenta que ya hubo un reconocimiento internacional y los estatutos de la época estaban siendo sometidos a procesos de cambio ideológico por la lucha de clases, a través una presión no solo social y armada, sino también política y económica. Para entonces, los movimientos indígenas apenas se estaban conformando y organizando en las regiones, de forma similar a los movimientos insurreccionales que trajeron problemas de orden público graves y que, en la década de los sesenta, decían integrar los pueblos indígenas a las luchas por sus tierras y las de los campesinos.

Posteriormente, en los setenta, la conformación del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) motivó la creación de diferentes organizaciones

---

7 Costumbres que se han mantenido a lo largo de su historia como una tradición en torno a su espiritualidad (Morán, 2017).

regionales con el objetivo de promover una plataforma política indígena (Organización Nacional Indígena de Colombia [ONIC], s.f.).

Al lado de estos nuevos brotes de violencia vinculante entre indígenas y movimientos insurgentes, se sancionó una ley de reforma agraria y social en Colombia (Ley 135 de 1961) con la intención de democratizar las formas de propiedad de las tierras y superar la antinomia entre latifundios y minifundios. La ley de reforma agraria de 1961 reconoció a las comunidades indígenas, pero con el fin de insertarlas en el sistema económico capitalista como unidades de producción y de consumo (Samper, 2006).

Con la presión internacional y los movimientos indígenas reclamando igualdad y favorecimiento en sus derechos, los procesos y las diferentes normas cambiaron para adaptarse a la actualidad de la época. Este no fue un caso especial, ya que para 1989 se celebró un nuevo convenio: C169 - Convenio sobre Pueblos Indígenas y tribales, que entró en vigencia el 5 de septiembre de 1991. Este convenio consta de 44 artículos, adaptados a la realidad de la época y con la disposición de una amplia gama de recursos y derechos para la protección de los pueblos indígenas dentro de un carácter nacional e internacional.

Si bien el régimen colonial, en el nacimiento de la independiente República de Colombia, se intentó promover en más de una ocasión algunas iniciativas legislativas para reconocer algunos derechos de los pueblos indígenas, la total garantía constitucional de sus derechos data de hace muy poco tiempo.

La Constitución Política de 1991 marcó el comienzo de una nueva era de protección legal de los derechos de los pueblos indígenas, por lo menos en cuanto a su reconocimiento oficial. En efecto, las disposiciones de la Constitución y la jurisprudencia constitucional han permitido a los pueblos indígenas de Colombia usar el derecho occidental a su favor, a la vez que mantienen su propio sistema de derecho, llamado Ley de Origen, Derecho Mayor o Derecho Propio. Ante todo, los pueblos indígenas acatan y actúan conforme a su Derecho Mayor, que incluye sus propias leyes, formas de gobierno y sistemas de justicia reconocidos en Colombia (Horcajada, 2008, p. 5).

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos observar que —en la trazabilidad de las comunidades indígenas en los diferentes momentos de la historia que han sido parte de su constitución como movimiento indigenista en

Colombia— este último conforma no solo una organización a nivel internacional, sino también una trascendencia con influencia en la sociedad civil por el discurso ideologizado proveniente de los movimientos insurreccionales, debido no solo a los estatutos vigentes, sino también a ese reconocimiento que se da de manera casi que simultánea con la transformación del Estado<sup>8</sup>.

Consecuentemente, se destaca la actuación de cada una de las representaciones sociales dentro de la consolidación de políticas estatales que han permitido la inclusión de algunos sectores de la población indígena. Así, se logra percibir, en sus representaciones, sus discursos y sus decisiones, efectos políticos y culturales considerables, encontrándonos de frente con lo que se conoce como el multiculturalismo o las políticas del reconocimiento.

Ejemplo de ello es que, a medida que las comunidades indígenas consiguen un acercamiento con las élites intelectuales y políticas, se perciben influencias en la transformación de la visión e intención de las posiciones ideológicas en sus discursos indígenas (Sarrazin, 2018). Como bien indica Brubaker: “debemos considerar la etnicidad como cognición” (2002, p. 166), es decir, como la manera en que un sector de la población indígena concibe la realidad.

Por otro lado, es viable hablar sobre un fin de la era colonial indiferente a cualquier vínculo y gesto indígena, sin dejar de admitir que “los discursos a favor de lo indígena han surgido desde sectores subalternos de la sociedad nacional” (Sarrazin, 2018, p. 140). En consecuencia, es importante resaltar cómo representantes dominantes logran ostentar la vocería de actores vulnerables y tratan de posicionarse, pero las comunidades continúan en una posición frágil, con lo cual se evidencia lo que Gramsci denomina *hegemonía cultural* (Amselle, 2013).

Como bien lo expone Gramsci, la hegemonía cultural se exterioriza a través de las relaciones entre quienes dominan y quienes son dominados, sin que medie necesariamente algún tipo de sometimiento forzoso, pues basta con ejercer sobriamente la dominación con quienes no tienen los mismos recursos y posibilidades. Alimentado por el pensamiento gramsciano, Turner (2003)

---

8 Mientras el Estado evoluciona tanto jurídicamente como económicamente, las comunidades indígenas lo hacen mediante sus propias formas de leyes y gobierno dentro en su jurisprudencia (Langeback, 2016).

manifiesta que “quien está en una posición hegemónica, ocupa un lugar de liderazgo moral, cultural, intelectual y, por lo tanto, político, en la sociedad” (p. 178).

En todo caso, para algunos, lo catalogado como indígena dentro de sus ideales, imaginarios y discursos es valorado afirmativamente; su cultura ancestral lleva a que se genere un liderazgo político, social, moral e intelectual. No obstante, la hegemonía es superior. Está sostenida por un conjunto de intereses y elementos particulares insertados por un grupo de poderosos que desestiman los intereses de las comunidades indígenas, actores que involucran sus intereses con la intención de sacar provecho económico.

En la actualidad, se discute sobre un nuevo concepto que demuestra la transformación del movimiento indigenista como una evolución que involucra un cambio transcendental, apartado que es muy importante si nos ceñimos al marco legislativo que rige hoy en día, puesto que es necesario hablar del neindigenismo como una transformación evidente en el contexto nacional.

Tal como lo dice la Constitución colombiana de 1991 en su artículo 7: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 7.º)

De acuerdo con este contexto, esta es la primera vez que se reconoce a las entidades étnicas que existen en Colombia. Esto es importante de tener en cuenta porque, como es bien sabido, la Constitución Política de Colombia es la “ley máxima”, tal como se dice en su artículo 4.º:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Constitución Política de Colombia, 1991)

De esta manera, el reconocimiento de las nuevas estructuras en cuanto al movimiento de los indígenas en todo el país fue uno de los pasos más grandes que dio Colombia, ya que pasó de generalidades a puntos más específicos, así como lo dice en su artículo 330 y literales:

De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren, y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

PARÁGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 330)

En este caso en específico, para Colombia es un hecho que los grupos étnicos (incluidos los afrodescendientes) son reconocidos como *sujetos políticos* y tienen mayores posibilidades de interactuar con el Estado en favor de sus intereses (Sarrazin, 2018). Aquí juegan un rol muy importante los intelectuales e investigadores que se ven inmersos en la cultura indígena, ya que actúan de manera indirecta como intermediarios entre el Estado, la sociedad civil y los mismos indígenas.

El neoindigenismo trasciende no solo dentro de la sociedad indígena, sino que es palpable y vigente en aspectos culturales muy variables. Este hecho, evidente en la sección contribuyente de la academia, el área informativa, la

prensa y la oferta editorial, según Enrique Krauze (citado por Draimin), es de carácter positivo al menos por dos razones:

Contrapesa la tendencia a la homogeneidad cultural que caracteriza al proceso de globalización en el que estamos inmersos y es, ante todo, una urgente señal de alerta sobre la antigua condición de miseria y marginalidad en la que vive la población del país, los pobres entre los pobres: los indios. (Draimin, 1998, p. 38 )

Esta situación actual genera una reivindicación ineludible con la causa indígena, reivindicación con la que se avecina un escenario político alarmante, debido a un resurgir ideológico que representa “un remedo de carácter religioso y una conciencia falsa de la realidad” (Krauze, 1998). Se puede considerar como una aglomeración de sentimientos que desencadenan una furia constante e irremediable por parte de la comunidad indígena a la cual la contemporaneidad ha denominado *neindigenismo*.

Dicho término ha reflejado una amplia acogida por parte de antropólogos, quienes desde su perspectiva afirman que existe una serie de intereses gremiales por reconocer el papel trascendental de los indígenas como los verdaderos protagonistas y sujetos históricos de Colombia. Con esto, es interesante ver cómo, a partir de 1991, a los pueblos indígenas se les atribuyen no solo funciones dentro del gobierno, sino que se les reconoce libertad para operar dentro de sus territorios bajo sus propias normas y leyes. Así mismo, se les brinda mecanismos de reclamación de derechos y territorios ante el Estado como uso pleno de sus facultades institucionales, de acuerdo con lo estipulado en la Constitución.

## **2. Legislación indígena**

El sujeto individual, desde el liberalismo, es pensado como racional y libre, y en consecuencia, sujeto de derecho. En estas condiciones es libre de creer en la religión que quiera, y el Estado debe protegerle el derecho a la libertad de culto, pero además de este sujeto individual, Colombia reconoce otro sujeto distinto, esto es, el sujeto colectivo. Este último, en el marco de esta visión y postura, también tiene derechos y deberes. Tal perspectiva es la

base sustantiva para justificar por qué pueden ser tratados los indígenas como iguales ante la ley, puesto que como pueblos son sujetos de derecho a pesar de tener una cosmología diferente.

La Corte, en efecto, ha definido que este sujeto colectivo también tiene derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la integridad del cuerpo. Los constituyentes consideraron dignas de ser valoradas esas diferencias sentidas y observables en estos pueblos, dignos los sentimientos que permiten a unos sentirse ligados no solo a los referentes de una cultura o etnia particular —condición que portan y viven los sujetos socializados como indígenas—, sino a las condiciones que permiten su continuidad como pueblos.

Se trasciende así, además de ver y reconocer las diferencias en la vida cotidiana como fenómenos inherentes a su cultura —tales como el vestido o la lengua—, a valorar una condición y configuración diferenciada, en la cual los miembros de un pueblo viven los derechos y deberes de manera distinta. Un indígena, por ejemplo, ve limitado su derecho a la propiedad privada ante el deber de conservar el territorio colectivo. Este solo verbo, *conservar*, abre paso a una política de reconocimiento ante la necesidad de forjar y de construir un Estado distinto que, como ya se dijo, parte de la capacidad para diferenciar como valiosas estas condiciones de los pueblos. Lastimosamente el Estado también permite desigualdades y diferencias estructurales propias de un sistema desigual con estos nuevos sujetos de derecho.

La Corte Constitucional de Colombia distinguió también los derechos del sujeto colectivo (los pueblos indígenas) frente a los derechos colectivos de los demás colombianos así: “Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como sujeto colectivo de derecho, no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos”. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 88). “En el primer evento, es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes” (ST - 380, 1993).

Estas consideraciones de la Corte Constitucional de Colombia permiten ampliar y fortalecer la comprensión para justificar el principio que permite a las comunidades indígenas, como sujeto colectivo, utilizar el mecanismo más eficaz que garantiza la protección de sus derechos.

Ahora bien, si se tienen en cuenta algunos aspectos importantes acerca de la legislación indígena y nacional, es importante reevaluar y analizar — desde una perspectiva teórica concreta— cómo la exacerbación indígena afecta la figura de Estado y sus implicaciones internas. Por ende, resulta pertinente determinar los ajustes presentes en el discurso indigenista actual como un factor definitivo dentro de la situación de Colombia.

El artículo 63 de la Constitución Política define la propiedad de tierras comunitarias de los indígenas bajo la forma jurídica del resguardo: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables” (Constitución Política de Colombia, 1992, art. 63). Disposición que se ve complementada por el artículo 329.2: “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”.

De esta manera se consagra constitucionalmente la prohibición de vender o gravar las tierras comunitarias indígenas. El reconocimiento constitucional de la propiedad colectiva del resguardo sirve a la preservación de las culturas indígenas y de sus valores espirituales. La tierra indígena no solo constituye la base de su subsistencia, sino que es parte fundamental de su cosmovisión, cultura y religiosidad (Samper, 2006).

Es importante mencionar que la caracterización de los indígenas y sus intereses se fueron mostrando cada vez más en su forma de aplicar las tradiciones, lo que generó un flujo constante en la aceptación de la cultura, como lo resalta Sarrazin:

Todo lo anterior, en combinación con el hecho de que más y más indígenas empezaron a mostrarse con orgullo como indígenas, ha causado que estas identidades étnicas sean hoy más visibles de lo que lo eran antes. Además, y sin duda relacionado con lo anterior, se nota un incremento importante en el número de indígenas tanto en el campo como en las ciudades, aumento que se debe en buena parte a un proceso reciente de *reetnización*. (2018, p. 79)

Lo que es más importante aún, ya que partiendo de dicho proceso en conjunto con el fenómeno de la interculturalidad<sup>9</sup>, se organizan los comportamientos en forma estructurada. Esto quiere decir que se puede interpretar el fenómeno de la migración neoindigenista como un proceso revolucionario, que puede cambiar la cultura hacia la que va dirigida, lo que para muchos puede representar un cambio en el que se puede ver inmiscuido el liderazgo como una representación ante el pueblo y el Estado.

Es importante referir que dentro de la jurisdicción especial que se les aplica a los indígenas, el movimiento neoindigenista tiene diferentes implicaciones. El caso colombiano no deja de ser sorprendente si observamos que es en este país en el que ha habido el mayor reconocimiento de los “derechos indígenas” a nivel constitucional, legislativo y jurisprudencial, cuando solo el 3,4 % de la población se contó como indígena en el censo de 2005 (Giraldo & Sánchez, 2008). Se trata, en consecuencia, de una minoría nacional regional. De acuerdo con esto, los indígenas tienen más espacios de participación tanto en las políticas públicas como en la política exterior del país. Es oportuno mencionar que, para este momento, el discurso del neoindigenismo cambió, lo que se verá más adelante dentro de una retórica territorial.

Con lo anterior podemos evidenciar que, en las reuniones políticas que se tienen con los representantes indígenas, el tema espiritual suele frecuentarse en ciertas ocasiones como una mera representación, sin otro trasfondo que la reclamación y recuperación de tierras que se representan ante un auditorio. Este tipo de ponencias inicia con un énfasis en el pasado y con la afirmación de que sus derechos fueron vulnerados y su cultura fue atropellada (Espinoza, 2007), realidad por la que deben luchar para mantener ese reconocimiento y para exigir sus derechos ante el gobierno nacional y la comunidad internacional, todo ello a partir de un argumento espiritualista.

Para contextualizar mejor la escena, el representante indígena inicia con un ritual o ceremonia indígena con danzas y rezos para agradecerle a la “Madre Tierra” (Agredo, 2006), lo que tiene una gran trascendencia, ya que no solo

---

<sup>9</sup> La interculturalidad es la conducta cultural para desenvolverse en contextos de relación de culturas. Es una conducta de las personas o de los grupos humanos en situaciones de multiculturalidad. Se trata de un saber manejarse entre miembros de diferentes culturas con quienes se interactúa (Huamán, 2006).

se reafirma en torno a la identidad que está representando, sino que también envía un mensaje fuerte y claro diciendo:

Estas expresiones culturales sirven para decirle a Colombia y al mundo que aún los pueblos indígenas queremos seguir viviendo como pueblo con nuestros valores. [...] Aquí hay culturas, valores, pensamientos, usos y costumbres, pueblos, aquí lo que existió fue toda una civilización [antes de la llegada de los españoles]. (2006)

Con el ejemplo anterior también se puede evidenciar cómo es que los indígenas toman un papel clave en medio de un liderazgo furtivo que se desenvuelve en la actualidad y que tiene importantes funciones que se desarrollan en etapas claves dentro del proceso democrático. Es de esta forma como el discurso del neindigenismo sufre una transformación inmersa en un espiritualismo ancestral que deriva de sus propias costumbres, y que tiene un trasfondo y un objetivo de conseguir un lugar en el campo social, político y hasta económico.

Para vislumbrar la realidad contemporánea política e institucional de los indígenas colombianos, es importante reconocer el proceso que se ha llevado a cabo, a partir de un concepto neoinstitucional, que ha evolucionado y que trasciende a la edificación de un neindigenismo —concebido a partir de una expresa necesidad de participación indígena en diferentes ámbitos nacionales—.

La exploración de las relaciones entre el Estado y el movimiento indígena en Colombia durante los últimos años se ha caracterizado por la carencia de políticas estatales, progresivas, coherentes y compatibles con un modelo neoliberal que permitan garantizar su participación y gestión dentro de los diferentes escenarios. Esta política neindigenista debe caracterizarse como una política de administración de poblaciones que toma como objeto y sujeto a la población indígena, y despliega y condensa un conjunto de mecanismos reguladores y dispositivos de poder para preservar y garantizar la integridad cultural y física de la población indígena.

Entre estos dispositivos de poder se puede destacar “la adopción por parte del Estado de un enfoque teórico político del multiculturalismo en el neoliberalismo y la subordinación de las organizaciones indígenas” (Maldonado, 2010).

¿Por qué el neindigenismo es tan importante hoy en día? Es de aclarar que, en ámbitos generales, nos referimos al neindigenismo como un movimiento que tiene una trascendencia generacional y que ha marcado un curso decisivo en la historia nacional. Así mismo, se trata de la evolución de un trayecto multicultural marcado no solo por la violencia, sino por rasgos inmersos en un marco legislativo cada vez más notorios.

Al abordar el neindigenismo, es necesario tener en cuenta factores determinantes, tales como el cambio de su discurso en torno a la espiritualidad, a la adquisición de territorio y a las plantaciones que pueden considerarse como ilícitas en el marco constitucional vigente de Colombia. Este contexto es una pieza fundamental que encaja con la coyuntura nacional y con las problemáticas que aquejan al país. En un siguiente apartado se examinará el tema del cambio de su discurso. A continuación se analiza el asunto de los cultivos considerados ilícitos<sup>10</sup>.

¿Por qué es importante mencionar los cultivos ilícitos y el narcotráfico dentro de un contexto neindigenista? La respuesta no solo se puede tornar algo ambigua, sino que también se puede generar una contradicción latente en cuanto al uso dentro de una trascendencia generacional, porque, como ya se mencionó anteriormente, el discurso en el indigenismo se mueve dentro de la moral espiritualista, lo que hace que se desarrolle un contexto generacional en cuanto al uso de dichas plantas como “medicinales” y “ancestrales”.

Al mismo tiempo, es importante mencionar los derechos que se le dieron a los indígenas dentro de la Constitución colombiana, como se mencionó anteriormente. También hay que tener en cuenta el cambio del discurso, en el que el neindigenismo promueve la restitución de sus territorios. Es aquí en donde la argumentación se torna contradictoria, ya que la legislación indígena abarca y toma esos derechos como parte de una reclamación al Estado. Sus territorios no solo son considerados “ancestrales” por ellos, sino también por parte del gobierno, que pierde la facultad de dominio en dichas tierras, lo

---

10 Un cultivo de uso ilícito es un cultivo prohibido y contra las leyes vigentes de la nación. Este precepto se utiliza en Colombia y otros países para hacer referencia a cultivos que como tal no son ilícitos, sino que su uso posterior al cultivo es ilegal. En el caso de Colombia, la marihuana, la coca y amapola son los cultivos de mayor apariencia (“Cultivos de uso ilícito”, 2013).

que genera no solo una fracturación de poder, sino también una ruptura en la conformación del Estado.

Dentro del neindigenismo, la materialización de movimientos<sup>11</sup> que se centran en la promoción de los cultivos denominados ilícitos crece constantemente: se crean asociaciones que ratifican estos cultivos ante el Estado como indígenas y estos últimos se proclaman como defensores ambientales y de la naturaleza, centrados en la protección del patrimonio cultural y la defensa de las tradiciones ancestrales que los define como indígenas. Tales movimientos promueven el uso de dichas plantas medicinales de forma organizada, pues ellos tienen plantaciones propias dentro de sus territorios, en donde las comercializan bajo ideales de expansionismo y recuperación de tradiciones ancestrales. A primera vista, esto se puede considerar como un derecho fundamental que tienen los indígenas, ya que esto está consignado en su propia legislación y en la Constitución Política de Colombia, pero desde otro punto de vista más bien económico, político y social las cosas cambian<sup>12</sup>.

Al respecto, Manuel Manrique, representante del área para Colombia y Venezuela de la Unicef, detalla:

Detrás de los cultivos ilícitos llegaron los grupos insurgentes y luego los paramilitares en la búsqueda de financiación mediante las exigencias de dinero a todas las actividades de la cadena productiva. Posteriormente fueron los grupos armados mismos (guerrilleros y paramilitares) los que se encargaron de fomentar los cultivos, llegando incluso a obligar a las comunidades a hacerlo, persiguiendo y asesinando a los líderes que se opusieron a que sus comunidades siguieran involucrándose en estas actividades cuyas consecuencias negativas les resultaban cada vez más evidentes. (2003, p. 38)

Así, pues, hablar de una legalidad con el fin de poner una solución “fácil” al problema de los cultivos ilícitos en esas regiones que pertenecen a los movimientos neindigenistas resulta confuso, ya que en su sentencia sobre la legalidad de las fumigaciones de plantaciones de coca desde el aire con el herbicida

---

11 Movimientos que impulsan el crecimiento de los cultivos ilícitos por medio del discurso espí ritualista, tales como el Movimiento Alternativo Indígena y Social (MAIS) y la Coordinadora Nacional de Cultivadores de Coca, Amapola y Marihuana (COCCAM), entre otras.

12 Esta óptica representa una problemática directa con el Estado, ya que por la implementación de los acuerdos de paz y las diferentes políticas de lucha contra las drogas, se constituye un hueco jurídico y una falta de reglamentación y regulación (Sarmiento, 2019).

glifosato en la región del Amazonas colombiano, la Corte Constitucional dejó en claro que no bastaba una remisión global a la convivencia pacífica y al orden público como bienes jurídicos de mayor rango para la limitación de derechos constitucionales<sup>13</sup>, lo que claramente pone en jaque al Estado colombiano.

Aquí podemos ver dos situaciones que se desenvuelven en una problemática arraigada. La primera se ve como el uso de dichos ideales en torno a las plantaciones ilegales, lo que termina por ser tergiversado y manipulado con fines económicos de trasfondo político para obtener un poder superior en pie de fuerza por parte de grupos al margen de la ley. En la segunda situación, el Estado queda en jaque por el marco judicial, normativo y legislativo que protege a los indígenas, puesto que el cambio del discurso afecta directamente los intereses de todos los que combaten la droga.

De esta manera, el neindigenismo se bifurca en momentos específicos, dadas estas dos facciones controversiales en la actualidad. Como se menciona anteriormente, se da lugar a un ideal que con el cambio del mismo discurso y desde una perspectiva ilegal se encuentra con una economía patrocinadora de la guerra. Esta última afecta otros escenarios que pueden ser factor de inestabilidad política: como ya es bien sabido, existe un idealismo de izquierda radical que se nutre de dicha economía y que no solo busca la fracturación del Estado sino el poder político y militar predominante.

Con la estructuración de movimientos indígenas que defienden y protegen dichos cultivos por medio de sus derechos constitucionales, podemos ver que este es el ambiente propicio para la tergiversación de los ideales indígenas en el territorio colombiano. Esto representa una problemática aún mayor, ya que por medio de estos lo que se busca es la monetización con fines de un patrocinio de lucro estandarizado y la continuación de una “lucha”<sup>14</sup> en ámbitos estratégicos como el dominio en escenarios políticos, económicos y sociales.

---

13 Sentencia Corte Constitucional N.º SU-383/03.

14 La continuación del conflicto armado en Colombia por medio de una narcoeconomía (Perafán, 1999).

Es de tener en cuenta la historia de un indigenismo que ha tenido su transversalidad coyuntural marcada por diversos factores que se consideran característicos de un nivel más profundo en la actualidad: un neindigenismo progresista que se fundamenta en la modernización de terminologías que demuestran un cambio en los intereses y un acoplamiento representado por acciones estales y decisiones que marcan puntos de inflexión en el Estado.

Sin embargo, desde otras perspectivas, la nueva ideología muestra un sentido sesgado, que se asume como el “ardor de una nueva fe, filósofos, sociólogos, historiadores, politólogos, editorialistas que, en vez de servir a la verdad objetiva con fundamentos y razones, se han vuelto los profetas del neindigenismo” (Krauze, 1998).

Esta tendencia surge en México, con fuertes y diversas ramificaciones en tierras europeas, que han ido constituyendo un sustento ideológico, lo que otorga cierta relevancia a México debido a su trabajo como un generador de conciencia o, como bien se ha denominado *México la capital mundial del “lavado de conciencia”*, en donde se pretende la “evocación del mundo indígena desde dentro, atendiendo más a razones culturales que de otra índole” (Alemany, 2013, p. 90).

En el caso colombiano, se insiste en un efecto de carácter político manifestado y evidenciado dentro de los movimientos sociales indigenistas, los cuales se han puesto en relevancia dentro de su propia literatura (Gros, 1991).

Es importante resaltar todo hecho activista en pro de una democracia a nivel continental, pues esto evidencia cómo la influencia de cada movimiento dentro del panorama regional de Colombia ha destacado e impulsado las culturas indígenas dentro de los escenarios académicos, intelectuales y políticos del país (Sarrazin, 2018).

Son muchos los rasgos que se analizan bajo el foco de la neutralidad, en el que la emancipación de la progresión en términos ideológicos representa funciones básicas que se mueven no solo por dichos intereses que constantemente cambian, sino que se tiene como principio el establecimiento de garantías que se buscan como métodos de adopción en la actualidad.

Para ser más claro, el neindigenismo no solo se puede tener en cuenta como una representación ideológica que se basa en la concentración de movi-

mientos indígenas dentro del territorio nacional, sino que también se debe tener como foco principal las derivaciones que se mueven en círculos oscuros<sup>15</sup>, por no decir que diferentes a los que se están viviendo en la actualidad. Como ya se ha mencionado anteriormente, la ideología en torno a la espiritualización de las costumbres indígenas representa en gran medida las nociones que se tienen de estos: la expresión de un realismo mágico y ancestral se hace evidente en cuestión de participación con muchos componentes que ayudan al discurso a traer a contexto su historia y su trascendencia.

Al analizar el cambio del discurso, nos damos cuenta de que esa espiritualización y ese trasfondo cultural y costumbrista que velaba por la conservación de tradiciones espiritualistas dentro un realismo mágico —que se adoptó desde años atrás en el movimiento indigenista— cambió en pro de un contexto que busca adentrarse en campos políticos y económicos. Este es un punto clave para diferenciar el manejo de la ideología en el neoindigenismo y evidenciar la transmutación al convertirse en un problemática que afecta directamente al Estado, lo que a su vez se convierte en una situación que genera una fluctuación de lo indígena en determinados territorios, pues termina por afectar a las comunidades mismas<sup>16</sup>.

En muchos casos, el neoindigenismo, desde un punto de vista ideológico, en Colombia representa una causa que defiende el medioambiente, vela por los derechos de los indígenas y promueve políticas de defensa de un patrimonio de la humanidad que se demuestra mediante su cultura y sus costumbres. Para muchos esta es una evolución en el discurso de método realista<sup>17</sup>, para otros es un punto de partida que se basa en la manipulación ideológica de muchos fundamentos de su especulación como garantes de una sociedad que es reconocida nacional e internacionalmente.

Como se mencionó anteriormente, la idea de un cambio discursivo enfocado en una retórica territorial con orientación política y económica representa medidas disuasivas para la reconfiguración de la agenda nacional

---

15 Ideologías externas al neoindigenismo, que manipulan intereses (Perry, 2013).

16 La concentración de cultivos ilícitos en los resguardos indígenas representa para muchos una economía que puede aprovecharse con otros fines (Tejada, 2019).

17 En un contexto nacional, dadas las problemáticas y la coyuntura nacional (Chavarochette & Demanget, 2009).

y los intereses en cuanto a un extractivismo activo de recursos naturales por parte de los indígenas.

Este argumento corresponde muy bien a lo que se ha venido tratando dentro del mismo esquema que caracteriza el movimiento neoindigenista en cuanto a su cambio del discurso y su manera de aplicar la multiculturalidad en un proceso de desarrollo actual, como parte de un todo que se desenvuelve en la máxima expresión de una corriente ideológica.

Desde un punto de vista accionario, se trata del uso de las facultades legales vigentes que le otorga el Estado colombiano a los indígenas para la reclamación de bastos terrenos con el fin de poder mantener sus “tradiciones y costumbres espiritualistas”, esto por vías de hecho constitucionales tales como la acción de tutela, entre otras.

En el siguiente apartado se explicarán más a fondo las conjeturas que impulsan directamente el manejo de la ideología en el neoindigenismo, con base en la administración de las teorías que influyen directamente en la problemática actual.

### **3. Teoría e ideologías transformadoras del discurso indigenista**

Para cumplir con el anterior objetivo, es preciso afirmar la existencia de un cambio en el sujeto político dentro de la visión neoindigenista, quien, desde allí, altera todo escenario cultural y político dentro de las comunidades indígenas. Para esto es importante analizar algunas propuestas sugeridas por pensadores políticos como José Carlos Mariátegui, quien propone colocar la transformación ideológica indígena en niveles distintos de aquellos en los que se había considerado hasta inicios del siglo XX.

Actualmente se considera que una transformación de carácter ideológico es un asunto a nivel social que se arraiga desde el reconocimiento de la dignidad y el derecho dentro de las comunidades indígenas, de tal forma que el destino de las comunidades étnicas dependan de sí mismas.

Hoy en día, además, es posible hablar acerca de cómo los indios pueden y han buscado caminos para luchar por sus derechos sin estar considerados

dentro de un proyecto de Estado nación, sin embargo, desde las épocas memorables de Mariátegui se consideró la capacidad de lucha de los indígenas, gracias a las cualidades y fundamentos históricos que estos poseían para figurar su propia historia y evolución (Mariátegui, 2010).

No obstante, el citado autor se apartó de su idealización del indio consagrado y autóctono del pasado (al que se le calificaba su estilo de vida como un símbolo total de respeto), para darle lugar a una nueva expresión y representación dentro del mundo moderno, que cambiaría la visión indigenista y se plantaría en la realidad actual y presente del mundo indígena. En el mundo actual, los escenarios indígenas se construyen bajo preámbulos de tensiones y conflicto que, en su gran mayoría, no se constituyen como un movimiento con la suficiente fortaleza como para engendrar y desarrollar un cambio en las estructuras del modelo económico vigente. En efecto, el objeto de este último gira en torno a y se alimenta de todas las diferentes circunstancias que ocasionan limitaciones para el desarrollo étnico de las regiones en general.

A partir de estos pequeños reconocimientos, se hace indiscutible que el presente indigenista colombiano ha logrado construir diferentes focos de resistencia, desde los cuales se logra combatir la degradación cultural que los persigue, a través de la movilización de diversos segmentos sociales y mediante un nuevo discurso y posición. No obstante, esto no ha logrado generar el impacto suficiente para aplacar las diversas políticas que limitan y restringen sus capacidades y recursos, tanto naturales como culturales, limitaciones de las cuales no se miden consecuencias y que representan un deterioro cada vez mayor de las poblaciones indígenas.

Es de esta manera como surgen las primeras formas de un nuevo sujeto político, reconocido por un importante segmento de la población colombiana y que forma parte en la actualidad de la sociedad globalizada: los indígenas. La nueva visión discursiva de lo que pretenden los nuevos grupos y movimientos sociales indigenistas hacen referencia a lo que en su momento Mariátegui propuso: los pensamientos y las formas de hacer políticas deben asentarse a partir de las colectividades y, por supuesto, en la capacidad de organización, de movilización y unión de fuerzas de cada una de estas comunidades.

Los supuestos políticos y los recursos organizativos esgrimidos por ellos recogen las herramientas necesarias para la constitución de un movimiento

social representativo: memoria histórica, alianzas estratégicas y organización de exigencias, a fin de resituirlas en dos coordenadas que dan firmeza al mapa de la movilización y la manifestación.

El caso más cercano presente en el territorio colombiano se originó en el departamento del Cauca, donde a través de la organización colectiva se logró una legitimación y vinculación con las estructuras políticas organizativas de Colombia, las cuales se han fundamentado en el territorio como un principio de vida que respalda el respeto por las normas naturales y todo ser vivo. Resguardados bajo sus principios espirituales y materiales, este grupo étnico promulga un discurso en el que se exige “respeto, apoyo y garantía al ejercicio pleno de la libre autodeterminación en la búsqueda de la permanencia según sus costumbres, como pueblos originarios de América” (Merchán, 2015).

Pese a esto, en la actualidad global hay confusiones discursivas según el contexto en el que se relacione la información, debido a la carencia de una aproximación certera de las diversas formas en las que un discurso se puede emplear y más si se forja bajo una pretensión política. No obstante, en el caso indígena y de acuerdo con Chang,

el indigenismo traduce un estado de conciencia moldeado por factores culturales y socio-económicos que cumple una misión histórica: preparar e incubar la revolución para la socialización del país. Es un movimiento de profundo significado porque traduce la ideología de la transformación nacional que persigue una obra política y económica de reivindicación y no de restauración ni resurrección. (2009, p. 111)

Ciertamente en esta propuesta discursiva se doblaga la percepción del indigenismo como un imaginario más socialista, en el que presuntamente se interpreta, desde una perspectiva marxista, todo el problema sobre los indios. En ella, la forma de enfrentar la modernidad es a través de una narrativa en la que prevalece una ruptura entre el tiempo y el espacio. A su vez, es importante ver cómo otros filósofos y analistas de los contenidos discursivos, como Foucault y Teun van Dijk, logran identificar una relación directa entre discurso y poder, en la cual “se establece una relación crítica sobre el uso del discurso como manipulación de masas, pero ya más profundamente como análisis crítico del discurso, establece otro tipo de normatividad” (Valencia, 2011).

Como bien lo plantea Van Dijk (2002) dentro de su propuesta metodológica sobre el análisis crítico del discurso (ACD), existen elementos como la ideología, el poder y la hegemonía, que alimentan un discurso, para cuyo análisis el “ACD resulta ser un instrumento metodológico, para el tratamiento del discurso recogido, además de diversas fuentes que permiten entender la forma en que las clases en el poder representan al indígena en Colombia” (Merchán, 2015, p. 144) o, en su defecto, ver cómo el indígena logra ser vocero frente a otros grupos, los cuales pretenden ejercer algún tipo de presión frente al Estado.

No obstante, se requiere más que solo una apreciación de una evolución discursiva a nivel regional dentro de los diferentes marcos para englobar el escenario discursivo de la política. También es importante considerar que la transformación del discurso es una herramienta muy válida y utilizada dentro del movimiento neindigenista en la situación actual como reforma de las igualdades y como resultado de una globalización que cada día emerge más.

En el caso específico de Colombia, “es un hecho que, gracias a la Constitución, los grupos étnicos (incluidas ‘las negritudes’) son reconocidos como sujetos políticos y tienen mayores posibilidades de interactuar con el Estado en favor de sus intereses” (Sarrazin, 2018, p. 2). Sin embargo, desde una nueva perspectiva cultural, existen elementos que fundamentan y posicionan a las colectividades indígenas en otro nivel, en el que desde las visiones discursivas que hoy por hoy representan la postura indigenista, se logra consolidar una serie de desafíos y presiones hacia el Estado. Esto es así, debido a que las comunidades indígenas buscan generar un refuerzo político que garantice la integridad tanto cultural como territorial, en contraste con un sinfín de vacíos que acompañan la legislación indígena colombiana y que, por ende, dejan en completa desprotección a todos los grupos indígenas del país, obligándolos a tomar medidas desesperadas que desentonan dentro de un diálogo con el gobierno.

Como efecto del proceso anterior, se ha logrado un indigenismo mucho más visible, que ha obtenido cambios culturales grandes, en los que incluso la migración del campo a la ciudad es mucho más frecuente y común gracias a una interculturalidad latente como producto de una globalización inevitable.

Esto ha permitido la organización de parámetros de comportamiento, que se puede traducir como un proceso revolucionario, fruto de una transformación cultural que, a su vez, genera cambios y desarrollo para un liderazgo representativo del pueblo indígena frente al Estado (Barabas, 2014).

El nuevo planteamiento discursivo indigenista colombiano no solo debe verse como un elemento transformador de la sociedad que deja a un lado ataduras pasadas, si no como la supervivencia dentro de la globalización, que da lugar a nuevos escenarios de participación activa dentro de una diversa gama de proyectos de todo tipo (incluyendo los políticos), desde una escala regional hasta el nivel nacional, y aun internacional.

Del mismo modo, es importante reconocer que la ideología siempre se ve imperante en cada uno de los discursos indígenas, pero también hace parte de la construcción narrativa propia en cada situación relacionada con sus intereses.

Los elementos discursivos indígenas del país surgen de un contexto social demarcado por las situaciones de las comunidades, en el cual, desde las diferentes antepasadas políticas, se permite visibilizar distintas relaciones de poder ajenas a las que comúnmente se trabajan desde la perspectiva de dignidad y hegemonía racial (Merchán, 2015).

En consecuencia, es relevante manejar dos aspectos dentro de esta evolución discursiva, en la cual los factores éticos y morales ocupan un importante lugar dentro de un eje multicultural. Este último está relacionado con muchos más aspectos, tales como una nueva adquisición de conciencia y de sapiencias, que incluyen desde derechos hasta deberes como comunidades indígenas. Sin mucho preámbulo, existe una culturización indígena frente a una sociedad moderna, solventando una evidente mutación del discurso indigenista generado por una evolución cultural que es producto de la modernidad. Sin embargo, la nueva retórica indigenista promulga un fin específico, que, si bien responde a un conflicto armado al interior del país —que por años ha determinado cada una de las características para los movimientos indígenas—, también repercute en su accionar, pues reiteradamente se ha visto condicionado por la forma en que el país ha dispuesto su artificiosa maraña política.

Históricamente, la imposibilidad que la guerra ha generado en el desarrollo social, civil y, por supuesto, de las comunidades indígenas no tiene

comparación. La inclusión política se ha visto restringida, debido a un fundamentalismo bipartidista cuyo alimento vital es el clientelismo político (Osorio, 2017). Este conflicto ha trabajado de forma estratégica en cada rincón de su ubicación, donde de forma privilegiada goza de riqueza enfrentada a la lucha social. La lucha del movimiento indígena se consolida bajo la premisa del territorio y el respeto a su autonomía, razones que chocan con diversos intereses de los sectores con potestad, ya que los indígenas “habitan territorios económica, política y militarmente estratégicos para los actores que están en confrontación en el conflicto colombiano” (Osorio, 2017).

En medio de este complejo escenario, el actor indigenista solo pretende interpelar su identidad, ligada a un territorio invadido y explotado. A partir de allí, trabaja en la construcción de una identidad de resistencia como respuesta a un modelo que se ha consagrado como saqueador, exclusivo y explotador, obligándolo a desdibujar una atmósfera de lucha en la que ofrece la oportunidad para una capacitación, para la construcción de modelos sociales que permitan una mejoría de las condiciones sociales y, por supuesto, políticas que honren su cultura y beneficien a la mayoría de comunidades y sociedades del país.

#### **4. Retos y líneas grises en el contexto institucional posacuerdo**

A efectos de evidenciar este punto, Javier Macías (2013) detalla lo siguiente:

Desde el momento en el que se hizo público el proceso de paz entre el Gobierno y las FARC-EP, los enfrentamientos armados en los territorios de los indígenas se intensificaron, lo que ha dejado, según la Organización Nacional Indígena Colombiana, ONIC, “un número lamentable de víctimas” que compromete no solo su seguridad sino la convención pacífica y bienestar.

En el informe presentado por la ONIC, en el 2012 hubo 104 homicidios “los cuales fueron el resultado de asesinatos selectivos, víctimas de minas antipersonal o municiones sin explotar, combates entre grupos armados legales e ilegales y otras razones” que comprometen igualmente a los resguardos indígenas.

A esta situación se suma el desplazamiento forzado, atribuido por la ONIC, a los combates entre la Fuerza Pública y grupos armados ilegales, “acciones violentas por parte de grupos paramilitares, bombardeos del Estado, presencia

y accidentes de minas antipersonal, restricciones a la libre movilidad, estigmatización e incursiones armadas”. Mientras que en el 2011 salieron de sus territorios 5327 personas, en el 2012 se desplazaron 12304.

El secretario de Gobierno de Toribio, Miller Correa, quien fue gobernador indígena, explicó que en los territorios el conflicto se ha agudizado y los más afectados son los niños y las mujeres.

Ante tan desolador panorama, es importante identificar cada uno de los factores que se involucran en tan difícil escenario: ni más ni menos, ha prevalecido una serie de situaciones a lo largo de los años dentro del territorio y la cultura indigenista, que, al día de hoy, sigue enfrentando retos y diferencias que incluyen la lucha por el respeto de los derechos humanos por parte del gobierno colombiano.

Es así como la comunidad indígena se defiende con un nuevo enfoque discursivo, que refleje una convicción diferente y defensiva de las comunidades, sin embargo, es preciso apreciar otros factores que influyen e inciden dentro de sus posiciones y que, a su vez, se conciben como factores para perturbar la convivencia social y civil indígena. No obstante, se han presenciado diversos cambios en las políticas del Estado hacia las poblaciones indígenas, las cuales se han manifestado de diversas formas en cuanto a su orientación general y sus prácticas. De este modo, se han consignado tres importantes etapas dentro de la política oficial de las comunidades indígenas (Jimeno, 2019).

En primer lugar, se puede indicar un momento efímero, resultado de guerras independentistas que dieron lugar a un reconocimiento formal de ciertos derechos indígenas. Seguidamente se presenció una ofensiva política contra los terrenos indígenas desde mitad del siglo XIX hasta mediados del XX, que afectó principalmente el área andina del país. Finalmente, se concibe el inicio de los años setenta, cuando surgen los movimientos campesinos a los que posteriormente se unirían los grupos indígenas (Santoyo, 2017).

La modernización del Estado colombiano en cuanto a ordenamiento económico y administrativo deja en la población indígena una serie de situaciones incongruentes, ya que una nueva fuerza ideológica tiende a rodear a los gobernantes políticos con el fin de combatir el atraso económico y social de las zonas rurales del país. Pero allí se reconocen las capas dominantes como los

causantes de las diferentes necesidades y pobreza dentro de las comunidades indígenas. Como bien lo explica la destacada antropóloga Myriam Jimeno:

Desde esta ideología se combatía el atraso económico y social de las zonas rurales del país y se identificaba a las capas dominantes, los terratenientes, como causantes de una situación de pobreza, carencia de tierras y sometimiento. Los terratenientes y las relaciones de servidumbre perdieron terreno político.

La política agraria desde 1961 se dirigió a crear nuevas condiciones en el campo, a través de una ley de reforma agraria y de un nuevo instituto, el Incora, para ponerla en marcha. A pesar de la precariedad de la política agraria para reestructurar la propiedad territorial y modificar su concentración, la ideología de la modernización cobró fuerza y con ella se hizo posible que en algunos sectores oficiales se abrieran reivindicaciones indígenas sobre legalización territorial. (Jimeno, 2019, p. 2)

Ante la presencia de una modernidad inevitable, se logra apreciar los primeros acercamientos a la globalización, que, si bien generan nuevas expectativas frente a la participación y desarrollo del Estado, también flaquean en particulares detalles que hoy en día representan el eje central de una nueva posición indigenista, con la reforma y constitución de una nueva estructura política, conformada por grandes grupos sociales, establecidos por el neoinstitucionalismo económico.

Es necesario esclarecer en este punto que, en la actualidad, la arquitectura global de la institucionalidad es la economía, gracias a su transformación como objeto central de la vida por su impacto en todos los aspectos concernientes a la sociedad. De este modo, se hacen visibles nuevos escenarios que abren paso a cada una de las problemáticas sociales que la globalización y su nueva estructura conformada por grandes grupos sociales han ido generando. Una nueva fenomenología se ha venido constituyendo con los grupos de presión económica, que se han ido involucrando en diferentes comunidades indígenas, representando así un elemento clave que se alimenta de la neoinstitucionalidad y que refleja un evidente cambio discursivo indígena, refugiado en una mezcla de política e ideología para presionar.

El panorama actual indígena se encuentra en una situación de desolación y quebrantamiento cultural e ideológico, por la falta de reconocimiento de

las autonomías indígenas, a raíz de lo cual se ha posicionado y proyectado su discurso desde otras perspectivas. A lo largo de la carrera por reconocer los derechos de las comunidades étnicas e indígenas, se han aceptado y cedido ciertas capacidades bajo los territorios sagrados de comunidades indígenas que, hoy por hoy, pueden conformar incluso un 30% del territorio nacional. No obstante, la retórica indigenista apela a una falta de reconocimientos en su autonomía y a la violación de los derechos que en su momento fueron concedidos.

El conflicto armado colombiano y el extractivismo hacen parte de algunos de los argumentos por los cuales los indígenas demandan el reconocimiento de sus derechos, no solo por parte del Estado, sino por parte de los diferentes grupos armados y reincidentes que rodean sus sectores y que arremeten de forma constante contra la integridad de sus comunidades.

En primer lugar, se han consignado diferentes políticas y entidades que han ido sustrayendo el alcance autónomo de los pueblos indígenas, ya que se manejan desde lógicas y visiones lejanas a las propuestas por las mismas etnias (ONIC, 1989). Así mismo, se han generado condicionamientos que restringen el alcance de los derechos de las comunidades indígenas, puesto que el gobierno mismo ha acusado a los participantes de los movimientos y líderes de conformar las filas de los grupos guerrilleros. En defensa del gobierno, se proyecta que “la autonomía plantea el riesgo de disminución de su poder sobre los indígenas y por esta razón ofrece la idea de que la pretensión de autonomía de los indígenas lesiona la unidad de la nación y el estado moderno” (Osorio, 2017, p. 111).

De otro lado, se encuentran las guerrillas y los diferentes grupos armados que hacen presencia dentro de los territorios indígenas, con el fin de buscar el control de los terrenos que inicialmente se consideran militarmente estratégicos y en los que se pueden apreciar diversidad y riquezas naturales (Gros, 1991). Sin embargo, la lógica subversiva de pretender ejercer todo tipo de control sobre las comunidades indígenas siempre va a verse sobrepuesta por los intereses de estos. La presencia del conflicto armado dentro del territorio indígena se ha podido manifestar en diversas formas de afectación.

La constante [...] de estos indígenas es plantear que hay acciones de guerra y de violación de derechos que afectan el proyecto de los pueblos indígenas. Algunos mencionan que ha habido momentos en que la insurgencia ha inter-

venido o ha querido intervenir en sus procesos y en su mayoría los líderes indígenas entrevistados declaran que, en aras de la autonomía, las guerrillas no deben intervenir en los procesos indígenas y no deben hacer presencia en el territorio. (Osorio, 2017, p. 113)

Pese a las problemáticas que se generan con la presencia de grupos armados y sus exigencias, y tras la rivalidad existente entre indígenas y guerrillas por el respeto a la autonomía indígena, existen dos realidades innegables que se deben considerar. La primera es que la insurgencia armada, involucrada en una guerra, hace presencia desde hace mucho tiempo en territorios indígenas. La segunda se plantea y se proyecta desde la retórica indigenista, esbozada desde una nueva visión discursiva según la cual esta insurgencia tiene un proyecto revolucionario que cuenta con el apoyo de muchos sectores de izquierda que no hacen parte de su estructura militar pero que sí se identifican con su proyecto político.

Frente al movimiento indígena, hay intentos de cooptación por parte de esta izquierda y hay claras experiencias de vinculación, tanto de indígenas a las filas de la insurgencia como de relaciones entre la insurgencia y algunas expresiones del movimiento indígena en niveles regionales. Por lo menos, esto evidencia los testimonios de algunos líderes indígenas (Osorio, 2017).

Ahora bien, desde algunos sectores de la izquierda se tiene la concepción de que existe una élite de dirigentes que poseen los conocimientos y las condiciones para la conducción del grueso del pueblo, de las masas, en el marco de la revolución. Desde esta lógica, no tienen cabida los mecanismos democráticos de base étnica de las comunidades indígenas (Gros, 1991). La definición de un camino propio, desde el énfasis en los elementos de identidad étnica, va a traer para esta organización señalamientos, acusaciones y rechazo por parte de diversos sectores de izquierda.

Es desde esta lógica que históricamente se ha intentado controlar el movimiento indígena, lo cual ha generado pugnas en su interior, divisiones, rupturas y, por esta razón, dificultades en su proyecto como movimiento social. Estos hechos acarrearón algunas dificultades para los indígenas al decidir hacer una organización con una propia identidad, con un planteamiento político ideológico, aunque coincidente en algunos aspectos, pero muy diferente a la

hora de la verdad. Tales desencuentros ideológicos han generado enemistades internas que se alegan traición y que se han vuelto inmanejables, incluso para el gobierno que es el responsable de no lograr un conjunto de garantías que preserven la integridad y la seguridad de las comunidades.

A pesar de que los grupos indígenas tienen ciertas afinidades con las tendencias izquierdistas que, en su momento, el mismo Estado no logra concebir, existen elementos determinantes para la definición de autonomía del movimiento indígena frente a las fuerzas de izquierda en el país, como el tema de la identidad propia, a partir del cual se derivan profundas diferencias. Por ejemplo, el tema de la voluntad de hacer un aporte significativo a la construcción de la democracia en Colombia sin supeditar este proyecto al direccionamiento de las fuerzas políticas de izquierda marca una distancia frente al uso de las armas y la imposición de una voluntad a los diversos sectores sociales a partir del uso de las mismas. Tampoco van con los principios de lucha de los indígenas, el ejercicio de la violencia y las violaciones de derechos humanos y el discurso con el cual se justifican por parte de la insurgencia armada y de los sectores políticos cercanos a su proyecto. Estas definiciones de parte de la ONIC van a traer nuevas acusaciones hacia ellos por parte de la izquierda e incluso divisiones y pugnas al interior del mismo movimiento indígena.

Por otro lado, existen otros factores que configuran grandes retos para las comunidades indígenas, uno de los cuales es el extractivismo. Es preciso recordar que en la década de los ochenta, los países latinoamericanos iniciaron el proceso de desmantelamiento de la estrategia de industrialización sustituyéndola por importaciones —proyecto liderado por los Estados—, en un enfoque de globalización que apunta a impulsar el mercado interno, privatizar los grandes activos y monopolios del Estado, desregular el sector privado y emprender diversas medidas para una mayor flexibilización del mercado laboral (Zabalo & Zurbano, 2011).

La adopción del sistema neoliberal profundizó la “heterogeneidad estructural”, la cual hizo que las economías se muevan en dos circuitos: el primero, impulsado por sectores competitivos y modernos de la economía, y el segundo, por sectores carentes de la tecnología necesaria para competir en el exterior (Sánchez, 2006). Como consecuencia, los países sacrifican su

capacidad industrial a medida que aumenta progresivamente su dependencia de las exportaciones de materias primas. En este contexto, tanto la vulnerabilidad como la volatilidad interna de las economías crecen, al estar expuestas a la volatilidad de los precios internacionales de las materias primas y a la demanda mundial.

Al mismo tiempo, las economías emergentes están subordinadas a la división internacional del trabajo, mediante la cual exportan grandes cantidades de recursos naturales e importan bienes manufacturados de alto valor agregado. Esto profundiza la dependencia tecnológica y financiera, y crea la “enfermedad holandesa”, es decir, la depreciación de la moneda local frente al dólar estadounidense, lo que reduce el precio de las importaciones y desestimula las exportaciones de los bienes que no están dentro del *boom* de las materias primas. De esta manera, se reproduce la lógica de la dependencia y el lugar subordinado en la economía y la geopolítica mundial (Gudynas, 2011).

En este contexto, es necesario distinguir dos tipos de extractivismo. El primero se origina en los sectores minero y energético: comprende la explotación de metales preciosos, petróleo, gas y minerales, que se destinan principalmente a la exportación. El segundo se genera en el sector agrícola: comprende extensas plantaciones de monocultivo, que suelen ser manejadas por grandes empresas (Ornelas, 2016).

En esta última categoría, suelen incluirse productos como la soya (o soja), el aceite de palma, los cereales y el banano, dado que se producen a gran escala, con un alto nivel de tecnología y para fines de exportación. El extractivismo agrícola incorpora tierras y recursos en este sector, lo que reduce la posibilidad de producir alimentos para el consumo local. En este escenario, los países se ven obligados a importar alimentos. Cuando el ciclo de las materias primas se deprime, las monedas locales se devalúan, la tasa de inflación sube y los alimentos básicos se vuelven más caros, debido a que los agricultores locales no pueden abastecer el mercado interno. Así, la recesión económica llega acompañada de la inflación, también conocida como la *estanflación*.

Para el caso colombiano, hay unas características semejantes a las de otros países como Perú y Bolivia, donde existe un discurso divergente del gobierno frente a las pretensiones no extractivistas perseguidas por las comunidades

indígenas. El Estado colombiano suele adherirse a un discurso neoliberal que le da prioridad a la apertura económica y al libre mercado por encima del intervencionismo estatal y la protección territorial que aguardan las comunidades indígenas.

Colombia sigue una política económica que prioriza la estabilidad macroeconómica sobre la industrialización. Esta política se centra en mantener tasas bajas de inflación, finanzas públicas equilibradas y la libre circulación de capitales y mercancías. En este escenario, la política industrial queda reducida a aquellas acciones que puedan generar un aumento de la competitividad del país, como la inversión en infraestructura, la simplificación administrativa y la reducción de impuestos, con el fin de atraer la inversión extranjera.

Más allá del dilema extractivista, existe una centralización política que determinan si los gobiernos locales bloquean o facilitan los avances en la economía extractiva, sin embargo, solo una fracción del total de regalías recibidas por la explotación minera y petrolera se asigna a las entidades territoriales donde se llevan a cabo las actividades extractivas, en su mayoría, comunidades indígenas. Estos pagos están pensados como una compensación por los daños económicos, sociales y ambientales.

Colombia está sumergida en largos procesos de descentralización económica y política, que se reflejan en los considerables recursos del sector extractivo que se ceden a todas las regiones, incluidas aquellas que no son productoras. Sin embargo, hay procesos de recentralización en marcha. No obstante, existen unos derechos étnicos que respaldan a las comunidades indígenas frente a las diversas situaciones generadas a raíz del extractivismo. Entre los derechos étnicos, se destaca el derecho a realizar consultas populares previas y a defender la propiedad comunal, así como el derecho a preservar las tradiciones, aspecto que el Estado ve con preocupación, por cuanto estas autonomías pueden convertirse en verdaderos problemas para los proyectos macroeconómicos y de choque con las comunidades.

Sin embargo, se considera a menudo que hay una relación distante entre el reconocimiento jurídico y la realidad política. En muchas ocasiones, las comunidades se han opuesto al extractivismo en sus tierras. Cuando la ley exige la consulta previa, las comunidades a menudo han solicitado que no se lleven a

cabo actividades extractivas en sus territorios. Sin embargo, como las consultas no son vinculantes, las autoridades, junto con las empresas extractivas, ignoran las opiniones de los pueblos indígenas y continúan sus proyectos.

Adicionalmente, dentro de este panorama también se incluye el conflicto interno. El dilema entre continuar la guerra o intentar un proceso de paz ha sido un factor determinante en cada una de las elecciones presidenciales colombianas desde los años setenta. Por esta razón, los movimientos sociales y étnicos no han tenido el mismo peso en las victorias electorales, en la conformación de los gobiernos y en las formulaciones de políticas públicas.

Álvaro Uribe ganó las elecciones en 2002 y en 2006, con la promesa de acabar con las guerrillas. Juan Manuel Santos ganó en 2010 con la promesa de que continuaría en la senda de la guerra, pero abandonó este compromiso a cambio de un proceso de paz que lo llevó a su reelección en 2014. Durante este lapso, se fortaleció la lucha indígena, a pesar de la violencia oficial y de la guerrilla que minaban su autonomía étnica. Sin embargo, las victorias han sido más de orden simbólico y cultural. Así, a medida que crece el apoyo público a las demandas étnicas, el gobierno realiza acuerdos y promete inversiones que generalmente no cumple, lo que desencadena movilizaciones posteriores de las comunidades que, una vez más, presionan a un Estado apático.

## Referencias

- Agredo, G. (2006). El territorio y su significado para los pueblos indígenas. *Revista Luna Azul*, 23, 28-32.
- Aleman, C. (2012). La narrativa sobre el indígena en América Latina: Fases, entrecruzamientos, derivaciones. *Acta literaria*, 47, 85-99. <https://doi.org/10.4067/S0717-68482013000200006>
- Barabas, M. (2014). La territorialidad indígena en el México contemporáneo. *Chungará (Arica)*, 46(3), 437-452. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-73562014000300008>
- Brubaker, R. (2002). Ethnicity without groups. *European Journal of Sociology*, 43(2), 163-189. <https://doi.org/10.1017/S0003975602001066>
- Chavarochette, C., & Demanget, M. (2009). Prólogo: reacomodos religiosos (neo) indígenas en el tercer milenio. *Trace*, 54, 3-10.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Legis Editores (42.ª ed., 2019).
- Cultivos de uso ilícito. (2013). OCHA Colombia. [https://wiki.salahumanitaria.co/wiki/Cultivo\\_de\\_uso\\_il%c3%adcito](https://wiki.salahumanitaria.co/wiki/Cultivo_de_uso_il%c3%adcito)
- El papa pide perdón por los crímenes de la Iglesia católica contra los pueblos indígenas. (2015). Survival International. <https://www.survival.es/noticias/10846>

- Drainin, T. (1998). Review [Review of the book *Mexico. Biography of power: A history of modern Mexico, 1810-1996*, by E. Krauze, & H. Heifetz]. *International Journal*, 53(2), 366-367. <https://doi.org/10.2307/40203308>
- Espinoza, M. (2007) *Memoria cultural y el continuo del genocidio: lo indígena en Colombia*. Universidad de los Andes.
- Giraldo, L., & Sánchez, J. (2008). *Neoindigenismo y movimientos indígenas en América Latina*. Universidad de Salamanca. Escuela de Estudios Hispano-Americanos.
- Gros, C. (2012). *Políticas de la etnicidad: identidad, estado y modernidad*. Instituto Colombiano de Antropología e historia. <http://biblioteca.icanh.gov.co/docs/MARC/texto/306.08998G877p.pdf>
- Gudynas, E. (2011). *Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: una breve guía heterodoxa*. Gudynas.com. <http://www.gudynas.com/publicaciones/capitulos/GudynasDesarrolloGuiaHeterodoxaFRLQuito11.pdf>
- Herrera, M. (2002). Los indígenas al tiempo de la Conquista. *Credencial Historia*, 146. <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-146/los-indigenas-al-tiempo-de-la-conquista>
- Horcajada, M. (2008). *Marco legal para los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*. Human Rights Everywhere (HREV).
- Huamán, P. (2006). *La cultura y la interculturalidad. América latina en movimiento*. Alainet. <https://www.alainet.org/es/active/14976>
- Jimeno, M. (2019). *Cultura y violencia: hacia una ética social del reconocimiento*. Universidad Nacional de Colombia. [http://www.humanas.unal.edu.co/2017/investigacion/application/files/1215/5735/2493/Pre-Cultura\\_y\\_violencia\\_hacia\\_una\\_etica\\_social\\_del\\_reconocimiento.pdf](http://www.humanas.unal.edu.co/2017/investigacion/application/files/1215/5735/2493/Pre-Cultura_y_violencia_hacia_una_etica_social_del_reconocimiento.pdf)
- Langebaek, C. (2016). Los sobrevivientes. *Semana*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/el-poder-de-las-razas-historia-de-comunidades-indigenas-de-colombia/480202>
- Macías, J. (2013). Indígenas en el país, en la mira del conflicto armado. *El Colombiano*. [https://www.elcolombiano.com/historico/indigenas\\_del\\_pais\\_en\\_la\\_mira\\_del\\_conflicto\\_armado-NBEC\\_242935](https://www.elcolombiano.com/historico/indigenas_del_pais_en_la_mira_del_conflicto_armado-NBEC_242935)
- Maldonado, L. (2012). ¿Cómo estamos los pueblos indígenas según el censo 2010? *Lalineadefuego.info*. <https://lalineadefuego.info/2012/03/06/como-estamos-los-pueblos-indigenas-segun-el-censo-2010-por-luis-maldonado-ruiz/>
- Manrique, M. (2003). *Los pueblos indígenas en Colombia: derechos, políticas y desafíos*. Unicef.
- Mariátegui, J. (2010). *La tarea americana*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20120611115450/Mariategui.pdf>
- Merchán, C. (2015). Sector rural colombiano: dinámica laboral y opciones de afiliación a la seguridad social. *Cultura Económica*, 45(2), 137-182. <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3165>
- Morales, J. (2019). Indígenas reclaman sus derechos en Colombia. *DW*. <https://www.dw.com/es/ind%C3%ADgenas-reclaman-sus-derechos-en-colombia/a-48267103>
- Morán, D. (2017). La riqueza latinoamericana: tres tradiciones indígenas aún vivas. *LatinAmerican Post*. <https://latinamericanpost.com/es/15759-la-riqueza-latinoamericana-tres-tradiciones-indigenas-aun-vivas>

- Organización Internacional del Trabajo. (1957). *Las actividades de la OIT en el mundo después de 1945 (Parte I: 1946-1959)*. <https://www.ilo.org/legacy/spanish/lib/century/content/1957.htm>
- Organización Nacional Indígena de Colombia. (s.f.). *ONIC - Quiénes somos*. <https://www.onic.org.co/onc/1188-quienes-somos>
- Ornelas, J. (2016). Sociedades posneoliberales en América Latina y persistencia del extractivismo. *Economía Informa*, 396, 84-95. <http://www.economia.unam.mx/assets/pdfs/econinfo/396/05ornelasdelgadook.pdf>
- Osorio, C. (2017). Autonomía indígena y democracia en Colombia. *El Ágora USB*, 17(1), 105-127. <https://doi.org/10.21500/16578031.2814>
- Perafán, C. (1999). *Impacto de cultivos ilícitos en pueblos indígenas: el caso Colombia*. Repositorio del Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/impacto-de-cultivos-ilicitos-en-pueblos-indigenas-el-caso-de-colombia>
- Perry, J. (2013). Indigenismo y patrimonio inmaterial: ¿La transformación de un concepto o la afirmación de la diferencia? *Baukara*, 3, 64-82.
- Restrepo, D. Peña, C. (2017) Territorios en disputa: Tensiones entre «extractivismo», derechos étnicos, gobiernos locales y medio ambiente en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, *International Development Policy | Revue internationale de politique de développement*, Recuperado de: <http://journals.openedition.org/poldev/2508>; DOI: <https://doi.org/10.4000/poldev.2508>
- Rubio, C. F. (2007). *La modernidad del pensamiento indigenista y el Instituto Nacional Indigenista de Colombia*. Universidad Nacional de Colombia.
- Samper, F. (2006). *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Riedberg; Goethe-Universität.
- Sarmiento, A. (2019). Cultivos ilícitos en territorios indígenas: un callejón sin salida. *Razón Pública*. <https://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/12221-cultivos-ilicitos-en-territorios-indigenas-un-callejon-con-salida.html>
- Sarrazin, J. P. (2017). La categoría indígena definida desde la hegemonía y sus alcances en la institucionalidad colombiana. *Justicia*, (32), 139-159. <https://dx.doi.org/10.17081/just.23.32.2909>
- Sarrazin, J. P. (2018). La “espiritualización” de los discursos neoindigenistas en Colombia. *Trace*, 54, 77-91.
- Tejada, C. (2019) La doble moral del Estado. *Semanario Voz*. <http://semanariovoz.com/la-doble-moral-del-estado/>
- Turner, G. (2003). *British cultural studies. An introduction*. Routledge.
- Valencia, C. (2011). Del análisis crítico del discurso y las ideologías. *Forma y Función*, 24(2), 145-169. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/formayfuncion/article/view/38475/41487>
- Van Dijk, Teun. (2002). El análisis crítico del discurso y el pensamiento social. *Athenea Digital*, 1, 18-24. <https://doi.org/10.5565/rev/athenead/v1n1.22>

# Harmonia com a natureza: um paradigma biocêntrico para o direito<sup>1</sup>

6

<https://doi.org/10.21830/9789585284845.06>

*Mariana Ribeiro Santiago*<sup>2</sup>

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

## Introdução

Desde que o direito ao desenvolvimento foi reconhecido na seara internacional como um direito humano inalienável, com ênfase para a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1986), intensificaram-se os estudos sobre a matéria, em diversas perspectivas, preponderando, na seara internacional, a visão do desenvolvimento sustentável (Relatório Brundtland, Rio 92, Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável, Rio+20 e Cúpula de Desenvolvimento Sustentável).

A proposta do presente trabalho é demonstrar, todavia, a insuficiência do discurso *mainstream*, da doutrina do desenvolvimento sustentável - focada, pela perspectiva antropocêntrica, na qualidade de vida da atual sociedade e gerações futuras -, para a efetiva proteção do meio ambiente.

O estudo justifica-se pela percepção da gravidade das questões ambientais que atingem a sociedade global na atualidade, o que implica na busca de

---

1 Este capítulo hace parte de los resultados del proyecto de investigación “La legitimidad de las Fuerzas Militares en la geopolítica nacional e internacional de Colombia” del Grupo de Investigación en Ciencias Militares, de la Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova” (ESMIC), registrado con el código COL0082556 de Minciencias. Los puntos de vista y los resultados de este artículo pertenecen a la autora y no reflejan necesariamente los de la ESMIC.

2 Pós-doutora em Direito pela Justus-Liebig-Universität Gießen (Alemanha). Doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Marília - UNIMAR. Editora-chefe da *Revista Argumentum*. Membro do Projeto Harmony with Nature, de iniciativa das Nações Unidas. Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7226-1021> - Contacto: [ppgd@unimar.br](mailto:ppgd@unimar.br)

soluções eficazes, partindo da percepção da necessidade de se conferir maior protagonismo à natureza em matéria de proteção ambiental.

Objetiva-se com o presente estudo confrontar as doutrinas do desenvolvimento sustentável e teorias de pós-desenvolvimento, expondo as críticas sofridas pelo discurso hegemônico, que apontam para uma adjetivação acerca do desenvolvimento que maquia a emergência de adoção de medidas mais concretas sobre o meio ambiente, verificando-se se é viável juridicamente à aplicação do paradigma biocêntrico ao tema.

Para tanto, abordar-se-á no primeiro tópico a teoria do desenvolvimento sustentável e a crítica do pós-desenvolvimento. Após isso, é realizada uma exposição sobre a doutrina relacionada aos direitos da Natureza, de perspectiva biocêntrica, e sua inserção na seara internacional e nacional.

Por fim, para a concretização da pesquisa observa revisão bibliográfica, com amparo na doutrina estrangeira e nacional, bem como análise de documentos. Na abordagem, utiliza-se o método dialético, partindo-se da análise de diferentes e conflitantes vertentes sobre o tema do desenvolvimento e o meio ambiente, em contraponto, para o aprofundamento da sua compreensão, bem como das rivais perspectivas antropocêntrica e biocêntrica.

## **1. Do desenvolvimento sustentável ao pós-desenvolvimento: uma análise dialética**

É cediço que a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, resulta de um esforço histórico e um consenso internacional, posteriores aos horrores da Segunda Grande Guerra, sobre a necessidade de promover a estabilidade e o bem-estar indispensáveis às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, inclusive pela via do desenvolvimento econômico.

A partir de então, o direito ao desenvolvimento foi objeto de inúmeros instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, com ênfase para a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (Resolução nº 41/128, da Assembléia Geral das Nações Unidas, 1986), que, em seu art. 1º, reconhece o desenvolvimento como um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento

econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados (United Nations, 2019b).

Posteriormente, em 1993, a Declaração de Viena, resultado da Conferência de Direitos Humanos, traz cinquenta e sete citações para a palavra desenvolvimento, incluindo a necessidade de promoção e o encorajamento do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, bem como do respeito pelo princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, da paz, da democracia, da justiça, da igualdade, do Estado de Direito, do pluralismo, do desenvolvimento, de melhores padrões de vida e da solidariedade (United Nations, 2019g).

Sob tal perspectiva, o desenvolvimento deve ser entendido como um processo global voltado à melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, de forma ativa, livre e significativa, cabendo ao Estado o dever de criar as condições favoráveis ao desenvolvimento supranacional e interno (Silveira & Napolini, 2013).

Paralelamente ao estudo e regulamentação do desenvolvimento como um direito humano, a questão ambiental foi objeto das atividades das Nações Unidas, já em 1972, resultando na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, que originou uma declaração reconhecendo a necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano. Dessa conferência também foi originado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (ONU Meio Ambiente), passando a coordenar os trabalhos acerca do meio ambiente global (Nações Unidas Brasil, 2019a).

A Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, de 1972, de fato, colocou a questão do meio ambiente na agenda internacional, tendo sido precedida pelo encontro Founex, de 1791, e de uma série de encontros e relatórios internacionais sobre o tema. Durante a preparação da Conferência de Estocolmo, duas posições se opunham: a que previa abundância (*the cornucopians*), considerando descabidas as preocupações com o meio ambiente, e os catastrofistas (*doomsayers*), com suas previsões sobre o apocalipse iminente decorrente do contínuo crescimento demográfico e econômico. Na Conferência de Estocolmo, ambas as posições extremas foram descartadas (Sachs, 2009).

Os temas do desenvolvimento e do meio ambiente ganham convergência em 1987, com o Relatório Brundtland (United Nations, 2019f), também conhecido como “Nosso futuro comum”, onde há menção ao desenvolvimento sustentável, como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades.

A partir desse marco, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também lembrada como a “Cúpula da Terra”, em 1992, no Rio de Janeiro, com a adoção da Agenda 21 (United Nations, 2019a), um documento assinado por 179 (cento e setenta e nove países, determinando, como áreas de ação: “proteger a atmosfera; combater o desmatamento, a perda de solo e a desertificação; prevenir a poluição da água e do ar; deter a destruição das populações de peixes e promover uma gestão segura dos resíduos tóxicos”, além de abordar questões como pobreza e a dívida externa dos países em desenvolvimento; padrões insustentáveis de produção e consumo; pressões demográficas e a estrutura da economia internacional.

O ideal do desenvolvimento sustentável repercutiu, ainda, de forma implícita na Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (1992), no Protocolo de Kyoto (1997), na Segunda Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos (Istambul, 1999), na Sessão Especial da Assembleia Geral sobre Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento (Nova York, 1999); na Cúpula do Milênio (Nova York, 2000) e na Reunião Mundial de 2005 (Nações Unidas Brasil, 2019a).

Contudo, é na Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável (2002) que se apresenta o tripé da sustentabilidade, quando os Estados-Membros concordaram em assumir “a responsabilidade coletiva de fazer avançar e fortalecer os pilares interdependentes e mutuamente apoiados do desenvolvimento sustentável - desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental - nos âmbitos local, nacional, regional e global” (United Nations, 2019e).

Em 2012, novamente no Rio de Janeiro, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, na qual destacamos o uso da expressão “Mãe-Terra”, de especial interesse ao presente

estudo. Também merece destaque a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável (New York, 2015), pela adoção da Agenda 2030 e dos novos objetivos do Desenvolvimento Sustentável-ODS: 1) erradicação da pobreza, 2) fome zero e agricultura sustentável, 3) saúde e bem-estar, 4) educação de qualidade, 5) igualdade de Gênero, 6) água potável e saneamento, 7) energia limpa e acessível, 8) trabalho decente e crescimento econômico, 9) indústria, inovação e infraestrutura, 10) redução das desigualdades, 11) cidades e comunidades sustentáveis, 12) consumo e produção responsáveis, 13) ação contra a mudança global do clima, 14) vida na água, 15) vida terrestre, 16) paz, justiça e instituições eficazes, e 17) parcerias e meios de implementação (Nações Unidas Brasil, 2019b).

No campo doutrinário, diversas teorias surgiram sobre o direito ao desenvolvimento, cada uma delas construída a partir de diferentes premissas, recebendo grande destaque as ideias do ganhador do Prêmio Nobel de Economia Amartya Sen (2000), o qual critica a economia descritiva, desligada da ética, por esta identificar as ideias de crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB) e desenvolvimento, e afirma que precisam ser considerados como indicativos do desenvolvimento também outros fatores, como educação, saúde e os direitos civis, influenciando, dessa forma, a criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que considera a renda, saúde e educação.

Na obra “Desenvolvimento como liberdade”, o referido autor afirma:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Apesar de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas - talvez até mesmo à maioria. (Sen, 2000, p. 18)

Numa outra vertente, ganha destaque na doutrina o ideal de desenvolvimento sustentável, tendo como paradigma os esforços empreendidos no âmbito das Nações Unidas, inicialmente na Comissão Brundtland, de 1987, que o definiu como aquele que deve atender às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de atendê-las no futuro, através da superação da pobreza e do respeito aos limites ecológicos, aliados a um aumento do cres-

cimento econômico, como condição de possibilidade para se alcançar uma maior sustentabilidade das condições de vida globais (Delgado, 2001; Payão & Santiago, 2018).

Sobre o tema da sustentabilidade, Juarez Freitas assevera:

trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento matéria e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. (2012, p. 41)

Na linha da mencionada Declaração de Joanesburgo, John Elkington (2001), autor da teoria *Triple Bottom Line*, afirma que a sustentabilidade deve abarcar não apenas o prisma ambiental, mas também as perspectivas econômica e social, todos intimamente interligados, implicando uma redefinição radical das novas visões de igualdade social, justiça ambiental e ética empresarial.

As ações da ONU e o ideal do desenvolvimento sustentável apresentaram resultados positivos no cenário internacional. Globalmente, o número de pessoas vivendo em extrema pobreza diminuiu mais da metade, visto que em 1990 eram 1,9 bilhão; a proporção de pessoas subnutridas em regiões em desenvolvimento caiu quase pela metade desde 1990, de 23,3% em 1990-1992 para 12,9% em 2014-2016; a cada dia, morrem 17 mil crianças a menos do que em 1990; a mortalidade materna caiu quase 50%, desde 1990; a matrícula na educação primária em países em desenvolvimento chegou a 91%; em 2015, 91% da população global já usava uma fonte de água potável aprimorada, comparado a 76% em 1990 etc. (Nações Unidas Brasil, 2019b).

Por outro lado, as questões ambientais seguem gerando grande preocupação. A população global deve chegar a 9,6 bilhões de pessoas até 2050. Seria necessário o equivalente a três planetas para prover os recursos naturais necessários para sustentar os estilos de vida atuais. Mais de 1 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à água potável. As emissões de gases de efeito estufa oriundos da atividade humana estão levando a mudanças climáticas, que alcançaram atualmente seu maior nível da história, aumentando quase 50% desde 1990. A energia é o principal contribuinte para as mudanças climáticas, sendo

responsável por cerca de 60% das emissões globais totais de gases do efeito estufa. As fontes renováveis de energia, como vento, água, sol, biomas e energia geotermal são inexauríveis e limpas, mas, atualmente, constituem apenas 15% do conjunto global de energia (Nações Unidas Brasil, 2019b).

Treze milhões de hectares de florestas estão sendo perdidos a cada ano. Cerca de 1,6 bilhão de pessoas dependem das florestas para sua subsistência. Isso inclui 70 milhões de indígenas. Florestas são o lar de mais de 80% de todas as espécies de animais, plantas e insetos terrestres. 2,6 bilhões de pessoas dependem diretamente da agricultura, mas 52% da terra usada para agricultura é afetada moderada ou severamente pela degradação do solo. Das 8.300 raças animais conhecidas, 8% estão extintas e 22% estão sob risco de extinção. 80% das pessoas vivendo em área rural em países em desenvolvimento dependem da medicina tradicional das plantas para ter cuidados com a saúde básica (Nações Unidas Brasil, 2019b).

No Brasil, especificamente, o plano ambiental foi marcado por episódios gravíssimos, como, por exemplo, o vazamento de óleo na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro (2000), o vazamento de óleo nos Rios Barigui e Iguazu, no Paraná (2000), o vazamento de barragem em Cataguases (2003), o rompimento de barragem em Mirai (2007), o vazamento de óleo na Bacia de Campos (2011), o incêndio na Ultracargo, no Porto de Santos (2015), o rompimento da barragem de Mariana, em Minas Gerais (2015), o rompimento da barragem de Brumadinho, em Minas Gerais (2019), o desmatamento e degradação ambiental na Amazônia (2019) e o óleo que atingiu recentemente a costa brasileira (2019) (Prado, 2019; Gagnani, 2019; Madeiro, 2019).

Os desastres e crises ambientais que afetaram o mundo nas últimas décadas e a forma como o discurso do desenvolvimento sustentável (entre outras teorias de desenvolvimento alternativo, que adjetivam a ideia de desenvolvimento) tem se mostrado lucrativo para determinados setores da economia, pela perspectiva antropocêntrica, eurocêntrica e economicista, têm levado alguns estudiosos a duvidarem da eficiência de tal teoria para a proteção do meio ambiente (Amaro, 2017).

De acordo com Ignacy Sachs (2009), um dos mais importantes teóricos sobre a matéria,

O desenvolvimento sustentável é um desafio planetário. Ele requer estratégias complementares entre o Norte e o sul. Evidentemente, os padrões de consumo do Norte abastado são insustentáveis. O enverdecimento do Norte implica uma mudança no estilo de vida, lado a lado com a revitalização dos sistemas tecnológicos. No Sul, a reprodução dos padrões de consumo do Norte em benefício de uma pequena minoria resultou em uma apartação social. Na perspectiva de democratização do desenvolvimento, o paradigma necessita ser completamente mudado. (p. 58)

A ideia de que o desenvolvimento econômico, como generalização, para todo o planeta, das formas de vida dos atuais povos ricos, é simplesmente irrealizável já consta na obra de Celso Furtado, para quem parece irrefutável que as economias da periferia nunca serão desenvolvidas, embora essa crença tenha sido de grande utilidade na mobilização dos povos da “periferia” do planeta a aceitarem enormes sacrifícios, legitimando a destruição de formas de cultura arcaicas e do próprio meio físico, para justificar formas de dependência que reforçam o caráter predatório do sistema produtivo (Furtado, 1974; Santiago & Andrade, 2018).

As críticas às teorias de desenvolvimento alternativo, que adjetivam a ideia de desenvolvimento, a exemplo da ideia de desenvolvimento sustentável, correspondem às chamadas doutrinas de pós-desenvolvimento. Nesse sentido é a lição de Rogério Roque Amaro 2017

Foi a partir de 1992 que a corrente do “pós-desenvolvimento” se afirmou, propondo o “fim da era do desenvolvimento” e o início de uma nova era, liberta das influências negativas de um conceito, dominado por “intenções geo-estratégicas de natureza capitalista, colonialista e patriarcal”

A partir de então, vários autores têm juntado as suas vozes a uma crítica contundente ao conceito de desenvolvimento. Entre eles, podem referir-se os nomes de Alberto Acosta, Arturo Escobar, Boaventura de Sousa Santos, Claude Alvares, Eduardo Gudynas, Gilbert Rist, Gustavo Esteva, Ivan Illich, Majid Rahnema, Serge Latouche e Wolfgang Sachs, entre muitos outros.

Teórico do decrescimento, o francês Serge Latouche (2009) é um crítico do conceito de desenvolvimento sustentável. Segundo o autor, afirmar que o crescimento infinito é incompatível com um mundo finito é evidência facil-

mente compartilhável e pouco significa se não se questiona de fato a lógica do crescimento sistemático e irrestrito (Santiago & Andrade, 2018).

Nas palavras do Latouche,

o desenvolvimento é uma palavra tóxica, qualquer que seja o adjetivo com que o vistam. Para realizar a quadratura do círculo, o desenvolvimento sustentável agora encontrou seu instrumento privilegiado: os “mecanismos limpos de desenvolvimento”, expressão que designa tecnologias poupadoras de energias ou de carbono, sob o manto da ecoeficiência. Continuamos na diplomacia verbal. As inegáveis e desejáveis performances da técnica não questionam a lógica suicida do desenvolvimento. (2009, pp. 8-9)

A bandeira do decrescimento reúne, assim, aqueles que procedem a uma crítica radical do desenvolvimento baseado no consumo e querem desenhar um projeto alternativo, uma política de pós-desenvolvimento, tendo como meta uma sociedade que viva melhor, trabalhando e consumindo menos, abrindo espaço para a inventividade a criatividade. Tal projeto envolveria a articulação sistemática de oito mudanças interdependentes: reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, realocar, reduzir, reutilizar e reciclar (Latouche, 2009; Santiago & Andrade, 2018).

Numa perspectiva de complexidade, sem descartar por completo a teoria do desenvolvimento sustentável, Edgar Morin faz a seguinte ressalva:

a idéia de “suportabilidade” (ou sustentabilidade) acrescenta ao desenvolvimento um conjunto de ações voltado à salvaguarda da biosfera e, correlativamente, à salvaguarda das gerações futuras. Essa noção contém um componente ético importante, mas não poderia aperfeiçoar em profundidade a própria idéia de desenvolvimento. Ela não faz senão suavizá-la, recobri-la com uma pomada calmante. (2013, p. 32)

O atual estado de coisas permite concluir que o fortalecimento de uma consciência e valores ecológicos impõe o reconhecimento de mais protagonismo para a Natureza e, conseqüentemente, a quebra do padrão antropocêntrico nascido da Revolução Industrial e da Revolução Francesa, em reação aos teocentrismos dominantes. Como características desse antropocentrismo estão a hiper valorização da liberdade, da razão, e o domínio utilitarista da Natureza (Amaro, 2017).

Nas palavras de Rogério Roque Amaro,

[...] ambos os modelos de referência, que se confrontaram na Modernidade, sobretudo na segunda metade do século XX – capitalismo e socialismo –, assumiram profunda e intrinsecamente uma natureza e um modo de exploração antropocêntrico, com graves destruições da Natureza e da Vida, em geral, no primeiro caso com foco no indivíduo (e na sua Liberdade), no segundo com foco no coletivo (e no enunciado da Igualdade): está-se assim em presença de dois antropocentrismos, um ideologicamente mais individualista, outro mais coletivista. (2017, pp. 75-111)

A quebra da visão antropocentrista implica em valorizar as sociedades tradicionais do Sul, seus conhecimentos ancestrais, mormente suas relações comunitárias e o respeito à Natureza, na busca de uma cosmovisão, na qual homem e Natureza dividem o protagonismo, como partes integrantes do mesmo planeta. É sobre essa cosmovisão e suas implicações na seara jurídica que se tratará a seguir.

## **2. A necessidade da quebra do paradigma antropocêntrico para a proteção dos direitos da natureza**

A Era Moderna, ao instrumentalizar o sentido das coisas, colocando o homem no centro axiológico do universo moral, promoveu o renascimento do antropocentrismo, acompanhado da laicização das mentalidades, desvalorizando perspectivas diversas. (Gordilho, 2008).

Sobre os abalos sofridos pela perspectiva antropocêntrica ao longo do tempo, enumera Heron José de Santana Gordilho:

Primeiro, quando Copérnico demonstrou que a terra não era o centro do universo, mas apenas um pequeno fragmento de um vasto sistema cósmico. Segundo, quando Charles Darwin provou que a espécie humana não surgiu pronta, como diz a *Bíblia*, e que ela possui um ancestral comum com os grandes primatas. E, por fim, quando o Freud demonstrou a irracionalidade humana e que o ego não é senhor dentro de sua própria casa, uma vez que a maior parte das nossas ações são inconscientes. (2008, p. 33)

Das vivências tradicionais das comunidades indígenas dos Andes, afirmou-se uma ideia de “Boa Vida”, de “*Buen Vivir*”, em harmonia com a natureza e outros que nos rodeiam, como tradução, em língua castelhana, de quatro expressões de povos locais: “*Sumak Kawsay*” (povo Quíchua, descendentes dos Incas, distribuídos por Equador, Bolívia, Peru, Argentina, Chile e Colômbia), no sentido de comunhão com a Mãe-Terra, a “*Pachamama*” ou “*Pacha Mama*”; “*Suma Qamaña*” (povo Aymará, presente na Bolívia, Argentina, Chile e Peru), também tem o sentido de “vida plena”, “boa vida”, “conviver”; “*Teko Porã*” (povo Guarani, na Bolívia, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), com o significado de “bem viver”; e “*Teko Kavi*” (também do povo Guarani), com o sentido de “boa vida” ou o “bom modo de ser e viver” (Amaro, 2017).

Não se deve olvidar, ainda, outros conceitos, também com origem em “Epistemologias do Sul”, como: “Felicidade” ou “Felicidade Interna Bruta” (Butão), assentada na conjugação de nove dimensões, de inspiração budista, quais sejam, bem-estar psicológico, saúde, uso equilibrado do tempo, vitalidade comunitária, educação, diversidade e resiliência cultural, diversidade e resiliência ecológica, boa governança e padrão de vida; “*Wellbeing*” / “Bem-estar” (comunidades indianas e oriundas da África do Sul), partindo das dimensões subjectiva ou psicológica, material ou objetiva e relacional; “Florescimento humano” (“*human flourishing*”), oriundo da Saúde Mental e da sua abordagem, a partir da Psicologia Positiva (ou Apreciativa), envolvendo o bem-estar emocional, bem-estar psicológico e bem-estar social ; e “Ubuntu” (povo xhosa, da África do Sul), assinalando a importância da interconexão dos seres humanos entre si, estando o bem-estar de um ligado ao bem-estar do outro; e *noflay* (língua autóctone wolof, do Senegal), que designa o equivalente senegalês ao conceito andino de “*buen vivir*”, ressaltando as perspectivas cultural, filosófica e moral da pessoa. Tais propostas enriquecem a reflexão por agregar não apenas a visão andina, mas uma visão plural do “Sul” (Amaro, 2017).

Em consonância com esse paradigma, em 2009, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua 63ª Sessão, proclamou 22 de abril como o Dia Internacional da Mãe Terra (A/RES/63/278), com o reconhecimento, pelos Estados Membros, de que a Terra e seus ecossistemas são nosso lar comum, sendo

necessário promover a Harmonia com a Natureza, a fim de alcançar um equilíbrio justo entre as necessidades econômicas, sociais e ambientais do presente e do futuro. No mesmo ano, a Assembléia Geral adotou sua primeira resolução sobre Harmonia com a Natureza (A/RES/64/196) (United Nations, 2019d).

A partir dessas discussões, em 2010 surgem as diretrizes para a criação do Projeto Harmony with Nature, incluindo a construção do *Website* e promoção dos Diálogos Interativos anuais sobre o tema, a partir de 2011. O primeiro Diálogo Iterativo, em 2011, discutiu maneiras de promover uma abordagem holística do desenvolvimento sustentável em Harmonia com a Natureza, além de compartilhar experiências nacionais sobre critérios e indicadores para medir o desenvolvimento sustentável em harmonia com a natureza (United Nations, 2019d).

O documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio + 20), em 2012, “O futuro que queremos”, dedicou o parágrafo 39 sobre Harmonia com a Natureza, com a seguinte redação (United Nations, 2019c):

Reconhecemos que o planeta Terra e seus ecossistemas são a nossa casa e que a Mãe Terra é uma expressão comum em vários países e regiões e notamos que alguns países reconhecem os direitos da natureza no contexto da promoção do desenvolvimento sustentável. Estamos convencidos de que, a fim de alcançar um justo equilíbrio entre as necessidades econômicas, sociais e meio ambiente das gerações presentes e futuras, é necessário promover a harmonia com a natureza.

Em 2016, o projeto se abre para a participação de experts, que atuam com a perspectiva biocêntrica, para o reconhecimento dos direitos da Mãe-Terra, a fim de inspirar cidadãos e sociedades a reconsiderar como eles interagem com o mundo natural para implementar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável em Harmonia com a Natureza, observando que alguns países reconhecem os direitos da natureza no contexto da promoção do desenvolvimento sustentável (United Nations, 2019d).

Desde então, Assembléia Geral adota as resoluções sobre Harmonia com a Natureza, num esforço de definir um relacionamento não antropocêntrico com a Natureza. A construção de um novo paradigma não-antro-

pocêntrico, parte da premissa de que a base fundamental para as ações em relação ao meio ambiente se baseia não apenas nas preocupações humanas (United Nations, 2019d).

No âmbito internacional, os países latino-americanos têm sido pioneiros no reconhecimento dos direitos da natureza, por diversas vias. Merece destaque o Equador, que em sua Constituição, de 2008, no art. 71, dispõe: “a natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos”.

A Constituição da Bolívia, de 2009, em seu preâmbulo, faz referência às expressões “Madre Tierra” e “Pachamama”, demonstrando uma visível quebra de antropocentrismo, ao estabelecer, em seu art. 33: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente” (Bolívia, 2019).

Além disso, a Lei Federal 071/2010, da Bolívia, também conhecida como Lei dos direitos da Mãe-Terra, enuncia, em seu art. 1º: “La presente Ley tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos” (Bolívia, 2019).

A Colômbia tratou o tema através de suas regulamentações locais. Em 2016, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu o Rio Atrato como sujeito de direito. Em 2017, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia estabeleceu que os animais são sujeitos de direitos. Em 2018, A Corte Suprema de Justiça outorgou direitos à região amazônica colombiana. No mesmo ano, o Tribunal Administrativo de Boyacá declarou o Páramo de Pisba como sujeito de direitos, e o Primeiro Tribunal Penal do Circuito de Cartagena ordenou ao Estado da Colômbia proteger e preservar a vida das abelhas como agentes plonizadores. Em 2019, o Tribunal Civil Municipal Colombiano de La Plata - Huila reconheceu o Rio La Plata como sujeito de direitos; o Tribunal Administrativo de Tolima reconheceu os rios Coello, Combeima y Cocora com a mesma condição; e igualmente ocorreu com o Rio Cauca, por determi-

nação do Tribunal Superior de Medellín. Também em 2019, o departamento de Nariño se converteu no primeiro do país a reconhecer a Natureza como sujeitos de direitos, pelo Decreto 348 (United Nations, 2019d).

No México, em 10 de junho de 2019, o Congresso do Estado de Colima aprovou uma emenda à Constituição Estadual que reconhece os Direitos da Natureza. Em 31 de janeiro de 2017, a nova Constituição da Cidade do México adotou os direitos da Natureza, em seu artigo 18. A Constituição do Estado de Guerrero, alterada em 30 de junho de 2014, reconheceu, em seu art. 2º, os Direitos da Natureza (United Nations, 2019d).

O Parlamento de Uganda reconheceu os direitos fundamentais da Natureza de ser, evoluir e regenerar na Lei Nacional do Meio Ambiente de 2019. Na Nova Zelândia, em março de 2017, o Rio Whanganui recebeu o status legal de pessoa, e, em julho de 2014, Te Urewera, anteriormente um parque nacional, foi removido do sistema nacional de parques e foi legalmente reconhecido como “entidade legal” com “todos os direitos, poderes, deveres e responsabilidades de uma pessoa coletiva”, gerenciado pelo novo Conselho de Te Urewera, responsável por agir em defesa e em nome de Te Urewera. A Austrália reconheceu por lei, em 1 de dezembro de 2017, o Rio Yarra como uma entidade viva indivisível que merece proteção. A lei também reconhece a conexão intrínseca dos proprietários tradicionais ao rio Yarra e os reconhece como os guardiões da terra e da hidrovia que eles chamam de Birrarung (United Nations, 2019d).

Na França, uma reforma constitucional para alterar a Constituição (1958) e a Carta do Meio Ambiente (2004) foi iniciada em 10 de julho de 2018, contendo mais de vinte alterações abordando, entre outros, os direitos de vida, bem-estar animal, bens comuns globais, o crime de ecocídio e o princípio da não regressão ambiental foram apresentadas pelos parlamentares, sinalizando uma tendência para um processo constitucional mais centrado na Terra (United Nations, 2019d).

Especificamente ao meio ambiente, a Constituição Federal dedicou o art. 225, pelo qual, em seu *caput*, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (Brasil, 1988).

Pela análise do mencionado art. 225, da Constituição Federal brasileira, resta claro que para o ordenamento brasileiro, o meio ambiente, é um direito sobre outro direito, ou seja, o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma sadia qualidade de vida, de interesse difuso, pertencendo a cada um e a todos ao mesmo tempo, sem identificação do seu titular ou passível de divisão. A perspectiva é, assim, antropocêntrica, calcada na dignidade humana, sem divisão do protagonismo (Gordilho, 2008).

Na perspectiva dos direitos da natureza, a legislação brasileira projetada merece destaque. No município de São Paulo, há o Projeto de Emenda à Lei Orgânica do Município 04-00005/2015, que propõe incluir na referida lei orgânica um dispositivo (180 A) “considerando que os membros da natureza possuem direitos intrínsecos à vida e à manutenção de seus processos ecossistêmicos, em interdependência com a vida digna dos cidadãos, com o objetivo de alcançar a sustentabilidade na cidade” (United Nations, 2019d).

Por sua vez, em 2017, o Município de Bonito, no Estado de Pernambuco, alterou a sua lei orgânica para reconhecer os direitos da Natureza, movimento seguido, em 2018, pelo Município de Paudalho, também no Estado de Pernambuco, também através de emenda à Lei Orgânica Municipal. Em março de 2018, foi apresentado projeto de lei que concede o reconhecimento dos direitos da Natureza, na Câmara Municipal de Fortaleza (United Nations, 2019d).

Um passo importante para o reconhecimento dos direitos da natureza no direito brasileiro ocorreu com o julgamento do Recurso Especial nº 1.797.175 – SP, pelo Superior Tribunal de Justiça, que teve como relator o Ministro Og Fernandes. O objeto de análise foi o caso de guarda de animal silvestre apreendido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, órgão responsável pela proteção da fauna brasileira.

O referido julgado aborda, em sua fundamentação, a perspectiva ecológica do princípio da dignidade da pessoa humana, defendendo a quebra do paradigma antropocêntrico kantiano, o que seria uma emergência, diante da crise ecológica (Sarlet & Fensterseifer, 2017).

O debate acerca dos direitos da Natureza, impulsionado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, culminou com a elaboração de uma proposta de

Declaração Universal dos Direitos da Mãe Natureza – aprovado pelo povo participante da *World People's Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth*, em abril de 2010, na Bolívia, documento este posteriormente levado à Rio+20. Não se observou, ainda, entretanto, o reconhecimento destes direitos de forma universal (Oliveira, 2016).

A necessidade de uma mudança de visão mais firme em torno na ecologia é bem retratada por Félix Guattari, ao afirmar que

Os movimentos ecológicos atuais têm certamente muitos méritos, mas penso que, na verdade, a questão ecosófica global é importante demais para ser deixada a algumas de suas correntes arcaizantes e folclorizantes, que às vezes optam deliberadamente por recusar todo e qualquer engajamento político em grande escala. A conotação da ecologia deveria deixar de ser vinculada à imagem de uma pequena minoria de amantes da natureza ou de especialistas diplomados. Ela põe em causa o conjunto da subjetividade e das formações de poder capitalísticos – os quais não estão de modo algum seguros de que continuarão a vencê-la, como foi o caso na última década. (2012, p. 36)

De fato, uma verdadeira resposta à crise ecológica deve se observar em escala planetária e envolve uma revolução política, social e cultural, reorientando a própria lógica da produção de bens materiais e imateriais, além dos domínios da sensibilidade, da inteligência e do desejo (Guattari, 2012).

## Conclusões

As ações da ONU e o ideal do desenvolvimento sustentável apresentaram resultados positivos no cenário internacional, mas por outro lado, as questões ambientais seguem gerando grande preocupação, especialmente diante dos recentes desastres ambientais que assolaram o Brasil nos últimos anos.

Os desastres e crises ambientais acabam por aclarar a forma como o discurso do desenvolvimento sustentável tem se mostrado ineficiente para alcançar os objetivos da proteção do meio ambiente, e, ao mesmo tempo, possibilitado o aumento do lucro de determinados setores da economia global, conforme apontado pelas doutrinas de pós-desenvolvimento.

A partir dessa constatação, pode-se afirmar que uma efetiva proteção do meio ambiente implica conferir maior protagonismo à Natureza, atribuindo-

-lhe direitos, numa quebra da visão antropocentrista. Isso implica em valorizar as sociedades tradicionais do Sul, seus conhecimentos ancestrais, mormente suas relações comunitárias e o respeito à Natureza, na busca de uma cosmovisão na qual homem e Natureza dividem o protagonismo, como partes integrantes do mesmo planeta.

A criação do Projeto Harmony with Nature, de iniciativa das Nações Unidas, tem impulsionado esse movimento. A Assembléia Geral tem adotado as resoluções sobre Harmonia com a Natureza, num esforço de definir um relacionamento não antropocêntrico com a Natureza, num novo paradigma fundado não apenas nas preocupações humanas.

No âmbito internacional, os países latino-americanos têm sido pioneiros no reconhecimento dos direitos da natureza, por diversas vias, merecendo destaque os casos de Ecuador e Bolívia, pelas suas respectivas constituições, embora o avanço já se note em diversos países. Há também um esforço internacional para a elaboração de uma Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra, que certamente levaria a questão a um patamar de maior destaque.

No Brasil, há projetos, leis municipais e decisão do Superior Tribunal de Justiça, no intuito de se conferir direitos à Natureza. Todavia, no seu art. 225, a Constituição Federal brasileira trata expressamente o meio ambiente como bem de uso comum do povo, ou seja, na perspectiva antropocêntrica, calcada na dignidade humana, sem divisão do protagonismo.

## Referências

- Amaro, R. R. (2017). Desenvolvimento ou Pós-Desenvolvimento? Des-Envolvimento e... Noflay! *Cadernos de Estudos Africanos*, 34, 75-111. <https://doi.org/10.4000/cea.2335>
- Bolívia. (2019). *Constitución Política del Estado*. [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)
- Brasil. (2019). *Constituição Federal*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- Delgado, A. P. T. (2001). *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Renovar.
- Elkington, J. (2001). *Canibais com garfo e faca*. Makron Books.
- Freitas, J. (2012). *Sustentabilidade: direito ao futuro* (2 ed.). Fórum.
- Furtado, C. (1974). *O Mito do Desenvolvimento econômico* (4 ed.). Paz e Terra.

- Gordilho, H. J. S. (2008). *Abolicionismo animal*. Evolução.
- Gragani, J. (2019). Essenciais para o planeta, manguezais no Nordeste são 'sufocados' por petróleo. *BBC News Brasil*. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50132770>
- Guattari, F. (2012). *As três ecologias* (21 ed.). Papirus.
- Latouche, S. (2009). *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. Martim Fontes.
- Madeiro, C. (2019). Desmatada e aquecida, Amazônia perde até 50% da capacidade de reciclar água. *UOL*. <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2019/09/05/desmatada-e-aquecida-amazonia-perde-ate-50-da-capacidade-de-reciclar-agua.htm>
- Morin, E. (2013). *A via para o futuro da humanidade*. Bertrand Brasil.
- Nações Unidas Brasil. (2019a). *A ONU e o meio ambiente*. <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>
- Nações Unidas Brasil. (2019b). *Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU*. <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>
- Oliveira, V. H. (2016). *Direitos da Natureza*. Lumen Juris.
- Payão, J. V., & Santiago, M. R. (2018). A função social e solidária da empresa no âmbito das relações de trabalho. *Revista Direito da Cidade*, 8(3), 1120-1136. <https://doi.org/10.12957/rdc.2016.22109>
- Prado, D. (2019). Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo. *Jornal da Unicamp*. <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2017/12/01/principais-desastres-ambientais-no-brasil-e-no-mundo>
- Sachs, I. (2009). *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Garamond.
- Santiago, M. R., & Andrade, S. L. (2018). A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. *Revista Brasileira de Direito*, 14(2), 180-197.
- Sarlet, I. W., & Fensterseifer, T. (2017). *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente* (5. ed.).
- Sen, A. (2000). *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia das Letras, 2000.
- Silveira, V. O., & Naspolini, S. H. F. (2013). Direito ao desenvolvimento no Brasil do Século XXI: uma análise da normatização internacional e da Constituição brasileira. In A. Monteiro & D. Abreu (Coords.), *Direito e desenvolvimento no Brasil no Século XXI*. Ipea: Conpedi.
- United Nations. (2019a). *Agenda 21*. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>
- United Nations. (2019b). *Declaration on the Right to Development*. <http://legal.un.org/avl/ha/drd/drd.html>
- United Nations. (2019c). *Future we want - Outcome document*. <https://sustainabledevelopment.un.org/futurewewant.html>
- United Nations. (2019d). *Harmony with Nature*. <http://www.harmonywithnatureun.org/>

- United Nations. (2019e). *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*. [https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POI\\_PD.htm](https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm)
- United Nations. (2019f). *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>
- United Nations. (2019g). *Vienna declaration and programme of action*. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>



## La tutela de derechos individuales y colectivos en el Estado de derecho

**E**n los últimos años se han observado algunos cambios importantes que han afectado ampliamente la cultura jurídica a nivel nacional e internacional, en particular, porque la visión para evaluar el marco de acción en el cual se tutelan derechos se ha judicializado. De este modo, la acción normativa que históricamente le ha correspondido al Estado sigue siendo exclusiva, pero ya no es la única vía para garantizar los derechos humanos, por cuanto la actividad jurisdiccional se ha constituido en una nueva fuente de acción de tutela, en especial, para el reconocimiento y el desarrollo particular de algunos derechos. Dado este escenario, este libro estudia a través de enfoques variados, las perspectivas para el respeto de las libertades personales y la protección de los derechos humanos en el contexto latinoamericano, ofreciendo reflexiones sobre los avances en el reconocimiento de la importancia del individuo y sus complejidades.



ISBN 978-958-52848-3-8

