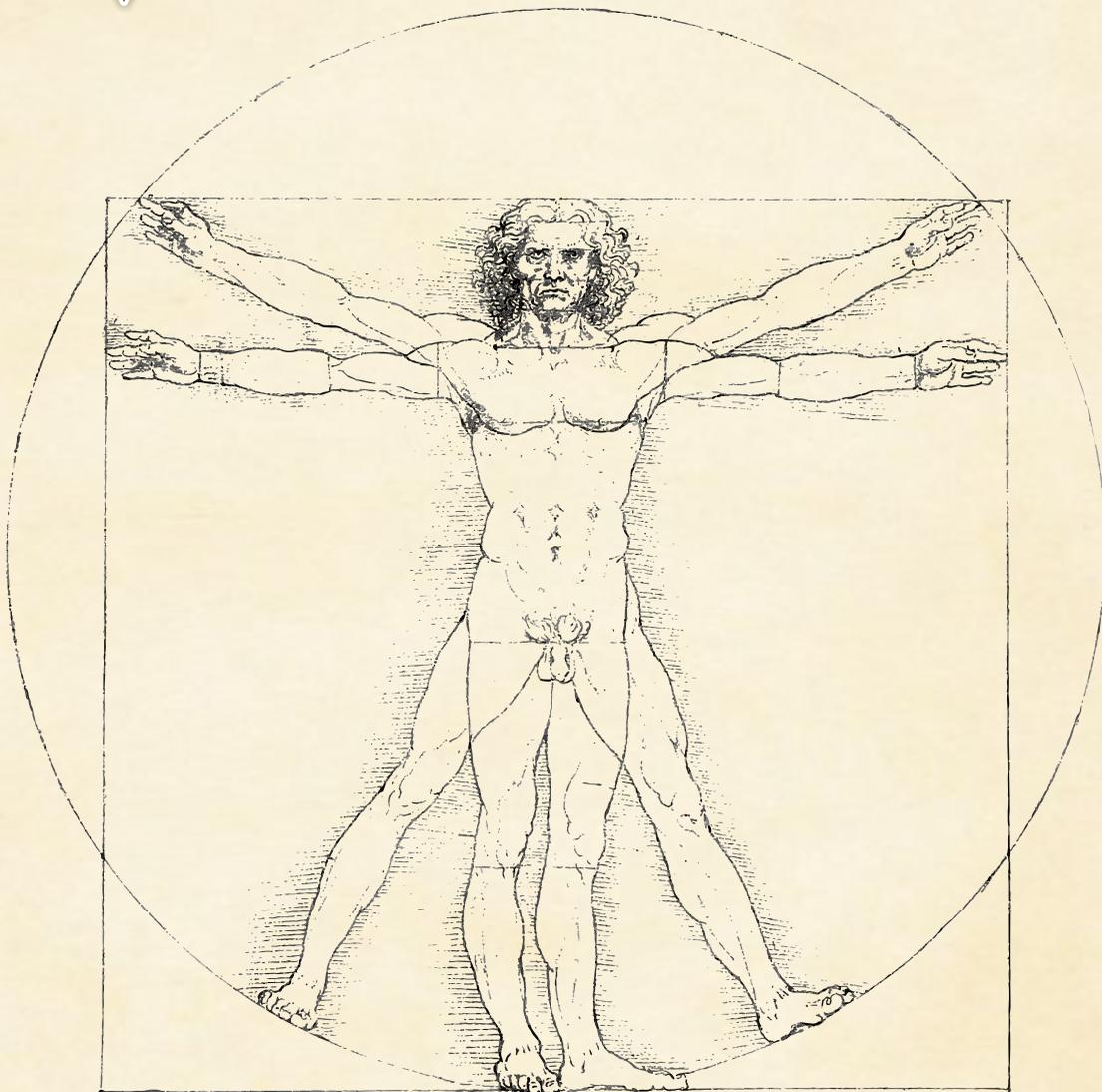


Vitruvio

Revista Caribe de Derechos Humanos y Derecho Internacional



PDHULBQ



Universidad Libre
Seccional de Barranquilla

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Tomo 002
Enero - Junio 2022

Vitruvio

**Revista Caribe de Derechos Humanos y
Derecho Internacional**

PDHULBQ

**Ramón Pacheco Sánchez
DIRECTOR**





**Universidad Libre
Seccional de Barranquilla
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Centro de Investigaciones JSJ
Programa de Derecho Humanos Universidad Libre Barranquilla PDHULBQ**

**Revista Caribe de derechos Humanos y Derecho Internacional "VITRUVIO"
Revista jurídica**

Apartado Aéreo 1752 Sede principal Seccional - K 7 Vía a Puerto Colombia, Distrito de Barranquilla.

© Autores varios del PDHULBQ

ISSN N° 2805-8801

Director y gestor PDHULBQ: Doctor Ramón Pacheco Sánchez

Diagramación en PDF para publicación virtual CTCI - PDHULBQ

Semillero de investigación Sociojurídicas en Derechos humanos y Derecho Internacional PDHULBQ

Centro de investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas Tel. 3854431 Ext. 320

Sede Centro: Consultorio Jurídico Sede Centro TEL 3854431 ext. 5040/41/42/42/43

Distrito de Barranquilla, Colombia, S.A.

La revista Vitruvio es una publicación semestral del PDHULBQ del Dr. RAMÓN PACHECO SÁNCHEZ, adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional de Barranquilla. Se publican artículos, textos, capítulos de investigaciones. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la revista ni a la Universidad Libre.

Las publicaciones de los artículos están sujetas a los criterios del Comité Editorial y a los conceptos de Pares científicos.

Se respeta la libertad de expresión, de ideas y teorías de sus autores o grupos de investigación académica.

Editorial: Centro Tecnológico de Copiado e Impresión - CTCI

Carrera 43 # 45 - 40, Local 5 * Tel.: 346 2085 - Cel.: 301 670 0085

Pág. Web: www.ctcibq.com - E-mail: ctciservicios@gmail.com

Diagramación: José Guerra Chavarriaga

Barranquilla, Colombia, S.A.

Directivos Universidad Libre

Directivos Nacionales

Presidente Nacional	:	Jorge Alarcón Niño
Vicepresidente Nacional	:	Jorge Gaviria Liévano
Rector Nacional	:	Edgar Sandoval Romero
Secretario General	:	Floro Hermes Gómez Pineda
Censor Nacional	:	Ricardo Zopo Méndez

Directivos Seccionales

Presidente Delegada y Rectora Seccional	:	Beatriz Tovar Carrasquilla
Censor Seccional	:	Patricia Olivares Molina
Decana Facultad de Derecho	:	Zhejer Gutiérrez González
Secretario Académico	:	Elvis Andrés Ruiz Viera
Directora Investigaciones Seccional	:	Wendy Rosales
Directora Centro Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas	:	Sandra Villa Villa
Directora Consultorio Jurídico	:	Nubia Pacheco Codina
Jefe Área Derecho Público	:	Magda Djanon Donado



COMITÉ EDITORIAL

Yolanda Fandiño Barros Mag.

Juan Pabón Arrieta PhD.

David Modesto Guette Haernández PhD.

Eduardo Pablo Cerra Nolasco Mag.

Milka Pacheco Gómez.

COMITÉ CIENTÍFICO

Mario de la Rosa PhD FIU Miami, USA

Eduardo José Sirtori PhD U Salamanca España

Luis Eduardo Cerra Jiménez Mag.

Juárez Freitas- Profesor Titular de la Pontifica Universidad Católica de Río Grande Do Sul. -Porto Alegre, Brasil.

COMITÉ ESTUDIANTIL

Alberto Andrés Pacheco Díaz

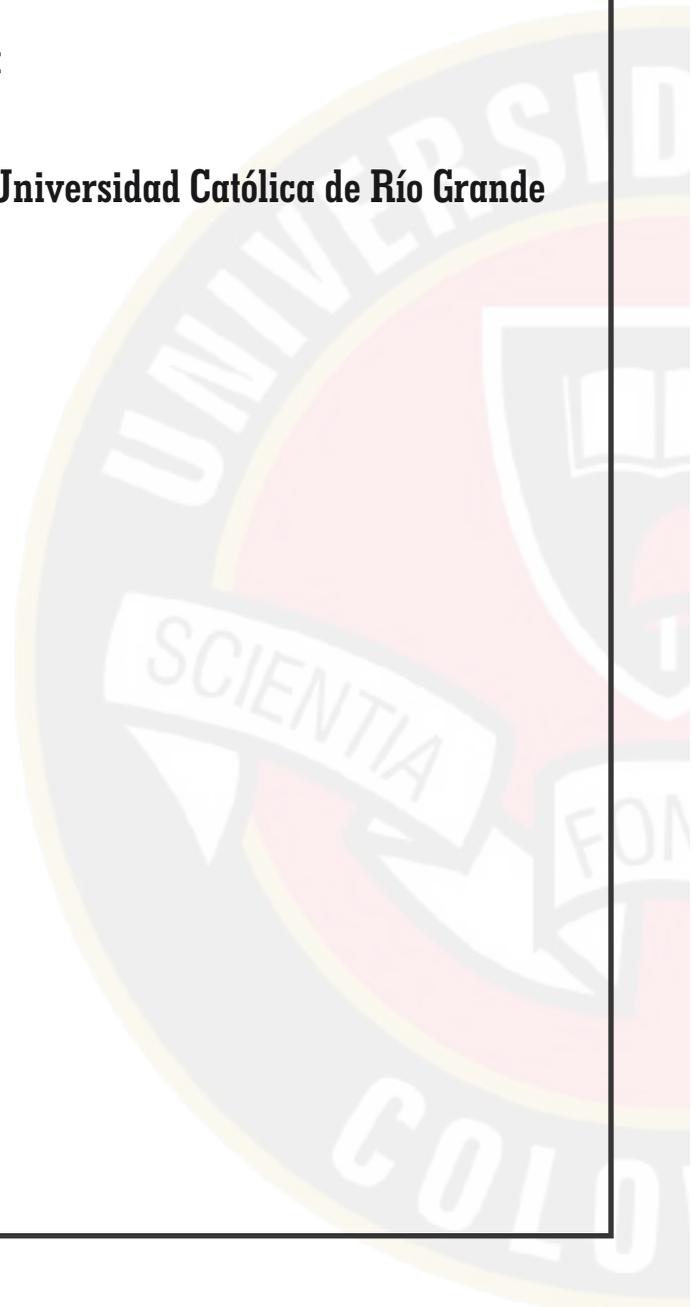
Clara Correa Banquez

Jessica Ximena Arevalo Triana

María Gabriela Mejía Gazabón

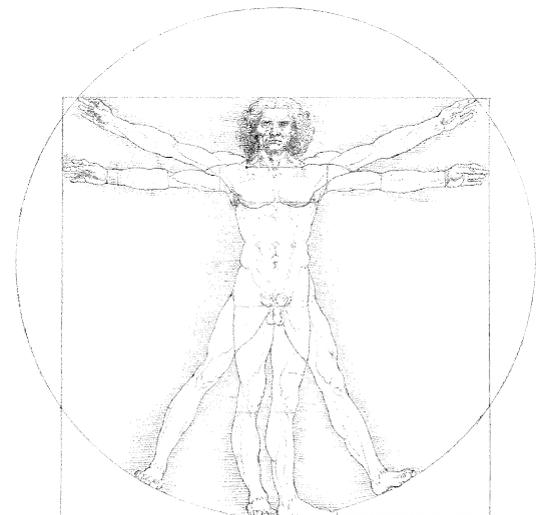
Santiago Dávila González

Ricardo Rodríguez García



CONTENIDO

PALABRAS EN HOMENAJE A LOS 100 AÑOS DE LA UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA Ramón Pacheco Sánchez	7
EL FUTURO DE LOS DERECHOS HUMANOS Ramón Pacheco Sánchez	13
LA CLONACIÓN TERAPÉUTICA Y EL PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA VIDA Santiago Dávila González	56
AUSENCIA NORMATIVA: LA INVESTIGACIÓN DEL GENOMA HUMANO, EL BIODERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS Jessica Ximena Arévalo Triana	89
DERECHO A LA VACUNACIÓN CONTRA EL VIRUS COVID-19 DE LA POBLACIÓN MIGRANTE IRREGULAR, DESIGUALDAD SISTEMÁTICA EN EL CASO COLOMBIANO Juan Pablo Sánchez Jiménez	121
LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO HERRAMIENTA PARA MITIGAR LA PORNOGRAFÍA CON MENORES DE 18 AÑOS Carlos Andrés Rolong Martínez	136
PESTE, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA Carlos Andrés Caballero Cañas y Clara Inés Correa Banquez	161



EN HOMENAJE A LOS 100 AÑOS DE LA UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA

Dr. RAMON PACHECO SANCHEZ¹

En este segundo número de VITRUVIO rendimos homenaje y conmemoramos desde este rincón del Caribe colombiano los 100 años de fundación de nuestra “alma mater” la Universidad Libre de Colombia, celebración que se realizó el pasado 28 de marzo del 2022 en el teatro Tolima de la ciudad de Ibagué, sitio en que se reunió la Convención del partido liberal y por iniciativa del General Benjamín Herrera aprobó por unanimidad el acuerdo # 6 que dispone dar apoyo a la fundación e inicio de operaciones de la Universidad Libre para educar a todos los jóvenes colombianos en los postulados de la sana y libre crítica, marcaría así la Universidad Libre un definido contraste con otras formas de educación que venían impartándose tradicionalmente en la nación colombiana. Claramente se excluiría de sus aulas todo sentimiento de sectarismo y se ceñirían invariablemente sus programas a la libre cátedra y a la libre investigación científica. Estuvieron presentes en la conmemoración de los 100 años, los doctores Álvaro Tirado Mejía, quien realizó una disertación sobre lo que fue la Convención Liberal de 1922; el doctor Jorge Gaviria Liévano, vicepresidente de la Universidad y director de los actos conmemorativos del centenario, quien realizó una importante semblanza sobre Darío Echandía, el doctor Miguel

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Barranquilla. Profesor investigador de derechos humanos y Derecho internacional público. Director del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre de Barranquilla (PDHULBQ). Director de la Revista Caribe de Derechos Humanos y Derecho Internacional, *Vitruvio*. Miembro de número y Director del capítulo de Barranquilla de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (ACJ). Correo electrónico: rpachecosanchez@hotmail.com



González Rodríguez, quien hizo un recorrido por la vida y obra de Benjamín Herrera Cortés y su esfuerzo denodado por fundar la Universidad Libre, el acto contó con la presencia del Ministro de Justicia, Wilson Ruiz egresado de la Universidad Libre de la Escuela de Derecho de la Seccional Cali, el Dr. Augusto Trujillo Muñoz presidente de la Academia colombiana de jurisprudencia, el Dr. Jairo Parra Quijano egresado y ex Rector de la Universidad Libre y fundador del Instituto colombiano de Derecho Procesal, magistrados de la altas Cortes y los altos directivos de la Universidad, entre ellos, los honorables miembros de la Sala General y la Consiliatura.

Se une la familia Unilibrista Caribe en homenaje a la celebración de los 100 años de existencia de la Universidad Libre de Colombia desde este campus de Barranquilla, en que cumple 66 años de operaciones de “*Facultad de Derecho de la Universidad Libre del Litoral Atlántico*” de nuestra alma mater que dio origen a nuestra Seccional de Barranquilla, como figuraba en la placa que se instaló en la sede de la avenida Veinte de julio con la calle Medellín (carrera 43 con la calle 44).

Refiere el historiador Doctor Julio Roberto Galindo en su obra ² (página 135) que en 1912, un grupo de distinguidos intelectuales liberales y miembros de la masonería constituyeron una sociedad jurídica con el fin de crear un amplio instituto nacional de educación y de instrucción superior y profesional, para enseñar libremente todas las tendencias filosóficas, por razones económicas y políticas era muy difícil su funcionamiento y solo tuvo posibilidades de *vida* cuando el General Benjamín Herrera obtuvo que la Convención Liberal reunida en Bogotá el 21 de octubre de 1921, dispusiera que el partido auxiliara a la fundación de la Universidad Libre.

² Benjamín Herrera Jorge Eliecer Gaitán Grandes Caudillos liberales Gestores de la Universidad Libre. Pag. 135.



La Convención reunida en el año siguiente en Ibagué bajo la presidencia del doctor Simón Bossa y por Acuerdo No. 6 dado en abril 3 de 1922, dispuso:

“Recordar a los liberales que en la medida que sus recursos presentes decido apoyo a la obra de la fundación de la Universidad Libre.”

Concluida la campaña por la presidencia en que el General Benjamín Herrera no logra ser elegido presidente, se dedica a la tarea de conseguir los medios económicos para la fundación e inicio de operaciones de la Universidad Libre a través de la contribución de las gentes, quienes el 2 de mayo de 1922 le tributa una manifestación multitudinaria que partió desde la plaza de Bolívar al Hotel Franklin-donde residía el General Herrera- ubicada en la carrera 7ª con calle 13 en Bogotá, allí el General Benjamín Herrera recibió a la juventud y en el discurso de respuesta manifestó lo siguiente, que se rigió como el pensamiento filosófico de la Universidad Libre:

“Quiero llamar la atención a la característica que debe singularizar este vasto establecimiento docente con que el liberalismo colombiano quiere dotar al país: la Universidad Libre no debe ser un foco de sectarismo ni una fuente perturbadora de la conciencia individual; ese moderno establecimiento debe ser una escuela universal, sin restricciones ni imposiciones; este hogar espiritual debe ser amplísimo templo abierto a todas las orientaciones del magisterio civilizador y a todas las sanas ideas en materia de educación, nada que ate la inteligencia ante los prejuicios y las preocupaciones, pero nada tampoco que atente contra la libertad ni la conciencia del individuo, No vamos a fundar una cátedra liberal, sino una amplísima aula en que se agiten y se muevan con libre libertad, los temas científicos y los principios filosóficos aceptados por la moderna civilización. Otra cosa estaría en pugna con la ideología del partido que se propone dotar a la Nación de algo que ella con urgencia necesita.”



La Universidad libre inicio labores el día 13 de febrero de 1923 con las Facultades de Derecho y Ciencias políticas, Literatura y filosofía, ingeniería y las Escuelas de Comercio, Artes y oficio y la Preparatoria (bachillerato). Para este momento y, después de 100 años de su fundación, la Universidad Libre tiene seccionales en Bogotá, Barranquilla, Cali, Pereira Cartagena y Socorro, mantiene sus principios fundacionales de *libertad de pensamiento, laicidad y apertura* a todos sin condición de raza, sexo o condición social, y una *filosofía pluralista y progresista* que le ha permitido pervivir en todos los momentos de la historia de nuestra Nación, planeándose con visión de futuro y perspectivas modernizadoras que la han llevado a consolidar su misión académica con 97 programas de pregrado a nivel nacional y un gran número de posgrados en todas las áreas del conocimiento. En 2021 recibió la renovación de la Acreditación de Alta Calidad Multicampus, otorgada por el Ministerio de Educación Nacional, evidencia aun mayor de su compromiso con la calidad en la educación.

Para el año de 1955 la Universidad Libre venía funcionando en Bogotá desde 1923, fundada por el General Benjamín Herrera, un grupo de Masones Abogados egresados de la Universidad Libre de la seccional de Bogotá doctores Julio Salgado Vásquez, Jeremías Flórez Romero, Carlos Gutiérrez Navarro y Dilio Donado Comas junto con Don Ramón Garavito quien puso varios de sus inmuebles al servicio de la Facultad de Derecho para facilitar su funcionamiento, se vincularon a tan importante proyecto los miembros del Partido Liberal Doctores Aquileo Hernández Barreto, Juan B. Fernández Ortega, Heriberto Ahumada y Mario Ceballos Araujo, la Consiliatura de la Universidad Libre acogieron el proyecto y comisionaron a los doctores Oswaldo Rengifo y Julio Salgado Vásquez para impulsar el proyecto.

El matutino “El Heraldo”, en su edición del 14 de enero de 1956, destaco la noticia de la develación de la placa del nacimiento de la “*Facultad de Derecho de la Universidad Libre del*



Litoral Atlántico” en una ceremonia con la presencia miembros de la Consiliatura los doctores Alberto Aguilera Camacho Presidente de la Conciliatura , Alfonso Meluk Sindico de la Universidad, además de los doctores Julio Salgado Vásquez, Carlos Gutiérrez Navarro, Hernando Mendoza Dávila y Francisco De La Hoz, y el Doctor DilioDonado Comas, el Doctor Heriberto Ahumada entre otros. La Facultad de Derecho inicia sus actividades *académicas en marzo de 1956* en la mansión que facilitó gratuitamente Don Ramón Garavito en la esquina de la avenida 20 de Julio(cra.43) con la calle Medellín (calle 43), fue su primer decano el Dr. JulioSalgado Vásquez y el Secretario Académico el Dr. Dilio Donado Comas, los docentes fueron los doctores Pedro Gómez Parra, Julio Salgado Vásquez, DilioDonado Comas, Víctor Gallardo Barros, Raúl Jurado, Néstor Madrid Malo (siendo Gobernador del Departamento del Atlántico), Francisco Posada de la Peña y Jacobo Henríquez Castañeda , el lunes 5 de marzo de 1956 se iniciaronclases, y fue el Dr. Jacobo Henríquez quien abre la puerta del saber académicocon la asignatura del Derecho Español e Indiano la jornada fue mixta en las horas de la mañana y de la noche. después tuvo varias sedes hasta que se estableció en 1974 la Sede principal en la avenida Olaya Herrera junto al parque de la paz y en 1995 comenzó operaciones de la Sede del K 7 de la vía a PuertoColombia.

¡Hora buena por los 100 años de nuestra alma mater la Universidad Libre!



Asistentes a la celebración de los 100 años en el teatro Tolima de la ciudad de Ibagué



(Tomada de la página de la Universidad Libre de Colombia)



EL FUTURO DE LOS DERECHOS HUMANOS**THE FUTURE OF HUMAN RIGHTS**Dr. RAMON PACHECO SANCHEZ³**Resumen**

Esta investigación busca analizar tres de los más importantes derechos de tercera generación, haciendo una retrospectiva de su origen histórico, precisando su tarea frente al futuro de los derechos humanos, bajo la lupa de un sistema organizado y globalizado de derechos humanos. Concretamente, se estudia el derecho al desarrollo sostenible, a la paz, al ambiente sano y su proyección con relación al futuro, al igual que sus dificultades. Se toma en cuenta, por un lado, la información colombiana del DNP sobre indicadores y metas desarrolladas en Colombia, el desafío global para la transparencia gubernamental, la agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la injerencia de la dimensión globalizada en los respectivos derechos. A partir de los conceptos de globalización, globalismo y los controles en el proceso de promoción y protección de los derechos humanos por parte de los órganos internacionales, también se analizan los controles globales a través del examen periódico universal (EPU), la jurisdicción interna del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como el control de convencionalidad, la noción jurisprudencial de *control de convencionalidad* y sus variantes concentrada y difusa sobre los

³ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Barranquilla. Profesor investigador de derechos humanos y Derecho internacional público. Director del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre de Barranquilla (PDHULBQ). Director de la Revista Caribe de Derechos Humanos y Derecho Internacional, *Vitruvio*. Miembro de número y Director del capítulo de Barranquilla de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (ACJ). Correo electrónico: rpachecosanchez@hotmail.com



derechos humanos de la Convención San José de 1969. El debido proceso en la defensa de los derechos humanos y finalmente, se llegan a unas conclusiones generales.

Palabras claves: futuro, derechos humanos, tercera generación.

Abstract

This research seeks to analyze three of the most important third generation rights, making a retrospective review of their historical origin, specifying their task in relation to the future of human rights, under the lens of an organized and globalized human rights system. Specifically, the right to sustainable development, to peace, to a healthy environment and their future prospects are studied, as well as their difficulties. It takes into account, on the one hand, Colombian information from the DNP on indicators and goals developed in Colombia, the global challenge for government transparency, the 2030 agenda of the Sustainable Development Goals (SDGs) and the interference of the globalized dimension in the respective rights. Based on the concepts of globalization, globalism and controls in the process of promotion and protection of human rights by international bodies, global controls are also analyzed through the Universal Periodic Review (UPR), domestic jurisdiction and the Inter-American Human Rights System, as well as the control of conventionality, the jurisprudential notion of control of conventionality and its concentrated and diffuse variants on human rights of the 1969 San José Convention. Finally, some general conclusions are reached.

Keywords: future, human rights, third generation.

1. La tarea frente al futuro de la humanidad

El futuro ha sido definido por la ciencia como aquello que “está dentro de la línea de tiempo



que inevitablemente viene después del presente, pero aún no ha ocurrido y el tiempo ha sido precisado como lo que se mide, la duración o separación de hechos en el espacio”.

En una entrevista publicada en 1935, el célebre inventor Nikola Tesla vaticinaba que, en el siglo XXI, “los robots tomarán el lugar de la mano de obra esclava de las civilizaciones antiguas [...] liberando a la humanidad para perseguir aspiraciones más elevadas”. Si bien Tesla realizó numerosas predicciones de este tipo, unas más acertadas que otras, no cabe duda que la capacidad de *visualizar el futuro y planificar nuestras acciones* es una característica que nos define como especie, casi tanto como los pulgares oponibles o el lenguaje. En ese marco es que vemos en el pasado la lucha de las gentes por reivindicar sus derechos, logrados progresivamente cuando el hombre se organizó en estado de sociedad, como el goce a la vida, a la libertad, al trabajo, a la salud, a la propiedad, a una vida digna para gozar de la felicidad y la seguridad suya y la de su familia en un ambiente sano, derechos que estimamos se han globalizado y que, en una u otra forma, los gobernantes de todas las naciones del planeta consideran que es su deber para con el pueblo de difundirlos, protegerlos y defenderlos.

Esto sería lo que en el presente vemos que son los compromisos de las recíprocas obligaciones y derechos de gobernantes y gobernados de todos los pueblos de la tierra, pero la realidad es otra, ya que mucho de los gobernantes no ha sido lo suficiente eficaces en su obligación de protegerlos y defenderlos, sino que, inclusive, han sido copartícipes en su complicidad en delitos contra los derechos humanos, a lo que hubo que establecer sistemas de amparo y protección mediante organismos y tribunales intencionales para vigilar y juzgar tales violaciones, tal y como por intermedio de la ONU se organizó un Consejo de Derechos Humanos para vigilar e impulsar la denuncia de sus violaciones en procura de su amparo y protección.



2. Resumen histórico de los derechos humanos

Hacemos una síntesis retrospectiva de los derechos humanos en la historia para ir avanzando en el desarrollo de los temas que nos hemos propuesto. La historia de los derechos humanos es, sin lugar a duda, una lucha por sus logros, por sus reivindicaciones, mostrada a través de una serie de episodios de la historia en varias latitudes de occidente especialmente. En muchas localidades del planeta, el ser humano vivió el sometimiento, la esclavitud, la opresión, la humillación y el dolor de las gentes, a quienes, un día les importó, hasta perder la vida, en busca de que cesara la horrible noche de opresión, de cadenas, humillaciones, vejámenes y dolor. Posiblemente, originado de la conquista de América, donde había que explotar minas de oro y la plata, entre otros, de explotación de la tierra con la devastación de las selvas, muchas de ellas vírgenes, para las siembras de cultivos y crías de: tabaco, café y algodón en especial, ganado. Se sometió a una cruel explotación a los aborígenes de América cuando esos colonos europeos cuando se dieron cuenta que los africanos eran más fuertes y resistentes a los climas, los cazaron como animales y los esclavizaron, siendo llevados encadenados en galeones en la forma más inhumana, cruel, despiadada y denigrante para ser vendidos en pública subasta en los principales puertos de las colonias españolas, inglesas, francesa y portuguesas de las Américas.

Han sido muchos los momentos que nos muestra la historia, para llegar a este instante de la vida, de la humanidad, en nuestro planeta, en que vio la necesidad de reivindicar los derechos fundamentales de las gentes del común, de todos los pueblos, nosin olvidar algunos documentos históricos sobre los derechos humanos: el Cilindro de Ciro en Babilonia ha sido calificado como la declaración de los derechos humanos más antiguo conocida, el Código de Hammurabi que data del siglo XVIII a C. que recoge la tradición centenaria de los pueblos de oriente medio, en uno de los apartes de su texto dice: “para que el fuerte no oprima al débil, para hacer justicia al huérfano



y a la viuda [...] para hacer justicia al oprimido he escrito mis preciosas palabras en una estela y la he levantado delante de mi estatua de rey de justicia” (Hammurabi, s.f., pp. 42-43). En igual sentido la Biblia, en el libro de Deuteronomio se refiere al liberto “a quien no se le dejará con las manos vacías sin que cargarás sobre sus espaldas a título de regalo una parte de tus propiedades”. También encontramos en Amos 9-7 y en Isaías 3-14 temas semejantes; el Corán cuando dice: “cuando juzguéis entre los hombres que juzguéis con justicia”, y después enseña: “Quien ha matado a un hombre, sea juzgado como si hubiera matado a todo el ser humano, mientras que quien le salvara la vida ha de ser recompensado como si salvara la de todo el género humano” (Biblia, s.f.).

Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, enseña que: “La justicia se da entre los hombres que participan de una vida común en orden a que, en el supuesto de que sean hombres libres e iguales, ¿su asociación les produzca un vivir en plenitud?”

Dante, en la *divina comedia*, nos enseñaba: “un corazón noble no puede sentirse a gusto/ ni conocer ningún placer /cuando le falta la libertad; porque ser libre/constituye el deseo supremo del hombre”.

En la edad media, en Europa sometían los señores feudales a los siervos de la gleba, era otra forma de explotación del *hombre por el hombre*. El 15 de junio del año 1215, en el Reino Unido, la nobleza inglesa hizo firmar al rey Juan sin tierra, así llamado porque a diferencia de sus dos hermanos no recibió una dote patrimonial de su padre el Rey Enrique II de Inglaterra, la *Carta magna*, este acuerdo con la nobleza afronta temas relacionados con *la libertad, la seguridad* y en el fondo el *bienestar* de sus súbditos en especial a los nobles y al alto clero. Como primer paso, intervenir el poder absoluto del rey mediante una *Commune Consilium* integrado por la nobleza y los altos eclesiásticos, el rey debe tener la aprobación de dicho cuerpo para decretar impuestos y



asuntos importantes del reino, se le recorta el vulnera sus derechos respetos a sus súbditos, los condes y los barones solo pueden ser juzgados por sus pares, los *freeman* u hombres libres se refieren a la gente del *común* o el pueblo llano (*villein*), se prohíbe que los nobles dispongan de los bienes de los vasallos, los mercaderes podrán viajar libremente por el interior del reino así como salir fuera de ella, en caso de un delito, la detención debe ser breve mientras se pone a la persona a disposición del juez, la justicia no se podrá ni negarse ni comprar. Después hubo en Inglaterra dos valiosos documentos: la *Petition of Rights* de 1628 y el *Bill of Rights* de 1689, En América como preámbulo a la revolución americana de las 13 colonias inglesas, con la influencia sociológica, política, religiosa de John Locke, surge la más importante declaración de los del "Derecho del buen pueblo de Virginia de 1776", la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 de la revolución francesa, y así hasta llegar hasta la declaración de derechos humanos de las Naciones Unidas de 1945 y las posteriores convenciones de los *Derechos civiles y políticos* y la de los *Derechos económicos y sociales* y finalmente la de llamada de *los derechos de tercera generación*.

3. Organización de sistemas globalizados y regionales de los derechos humanos

Para el siglo XX se organizaron sistemas regionales de los derechos humanos de carácter internacional, a fin de velar por ellos, en bloques de naciones y desarrollar su difusión, enseñanza, protección y su cumplimiento; se establecieron tribunales para juzgar las violaciones de los derechos humanos; la ONU a nivel global organizó un Comité y después un Consejo de Derechos humanos y la OEA creó el Sistema interamericano con una Comisión y un Tribunal, antes en Europa se había creado Sistema de derechos humanos que actualmente cuenta con una Corte; en África igualmente se crea una organización de las naciones africanas así como las naciones



Árabes crearon también su sistema regional. Se ve la necesidad de vigilar el desarrollo cumplimiento y protección de los derechos humanos ya que muchos Estados alegan que *su soberanía no era negociable*. Se crearon una serie de ONG dedicadas exclusivamente a observar denunciar y hacer seguimiento a las violaciones de los derechos humanos que han contribuido a que progresivamente se vaya haciendo conocer las violaciones de los Derechos humanos, en especial en los Estados más fuertes del planeta como lo son Estados Unidos de América, Rusia, China, Japón, India entre otras, estas últimas que no tiene una organización regional pan asiática y del pacífico que vele por derechos humanos. Esta sería la síntesis de la situación global de los derechos humanos.

¿Qué tan cierto es el futuro de los derechos humanos? Lo analizamos en una dimensión globalizada o universal, lo proyectamos en el marco regional del planeta, esto es en las naciones de América, Europa, África, naciones de Asia: Estados Árabes que tiene un sistema organizado, le ponemos la lupa a Europa del este y a los estados asiáticos, en especial de China, Mongolia, India, Paquistán y Estados del sudeste asiático, no sin dejar de ver qué nos depara los derechos humanos en Colombia.

4. Promoción y protección de los derechos humanos en forma globalizada

A nivel global, la ONU hace un seguimiento por intermedio del Consejo de los Derechos Humanos y el Alto comisionado de los Derechos Humanos, a nivel regional se producen los informes y se evalúa el avance de los Estados partes a través de la Comisión de Derechos Humanos de nuestro sistema Interamericano, no sin advertir que en Europa, África y el mundo Árabe también existen Sistemas de defensa de los Derechos Humanos que hacen seguimiento y evaluación de su progreso o de verificación de situaciones de atención en estas latitudes.



Nos cuenta la página de la Web de la ONU, que el Consejo de Derechos humanos (CDH) es un organismo colectivo conformado por 47 Estados Miembros de la ONU, elegidos en votación secreta por la Asamblea General por tres años; anualmente se renueva un tercio. La diversidad de sus integrantes se garantiza con un reparto equitativo por regiones: 13 de África, 13 de Asia y Pacífico, 8 de América Latina y Caribe, 7 de Europa Occidental y Otros Estados —incluido EE. UU.— y 6 de Europa Oriental. De los 193 miembros de Naciones Unidas, 103 han integrado ya el Consejo.

El Consejo se reúne en sesiones regulares (marzo, junio y septiembre) en Ginebra durante 10 semanas al año. También puede convocar reuniones urgentes si surgen crisis de derechos humanos; ha habido sesiones sobre Libia, Siria, República Centroafricana, sobre asuntos: iraquí del 'Estado Islámico', Gaza, Boko Haram, Burundi y Sudán del Sur. En los encuentros participan observadores (algunos no son Estados Miembros), organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales. El CDH ha adoptado desde 2006 más de 1.400 resoluciones, que no son jurídicamente vinculantes. El 80% se aprobaron por consenso.

Dentro del trabajo de la CDH de la ONU, está el examen periódico universal que permite revisar cada cuatro años y medio la situación de derechos humanos de los 193 Estados Miembros de la ONU. El Grupo de Trabajo del EPU se reúne tres veces al año, y cada Estado explica su cumplimiento de las obligaciones sobre derechos humanos, su progreso, sus limitaciones y retos. Cada año se 'examinan' 42 Estados, que reciben recomendaciones para mejorar sus políticas en la materia y a los que se ofrece asistencia técnica de otros Estados para conseguirlo. Cada Estado asume por su parte compromisos de buenas prácticas. Desde que comenzó en 2008, el EPU ha 'examinado' ya dos veces a los 193 integrantes de la ONU. El Comité Asesor funciona desde 2008 como *grupo de reflexión* del Consejo. Lo integran 18 expertos independientes, cuyo mandato de



tres años solo puede renovarse una vez. Se reúne dos veces al año durante una semana, y ha elaborado numerosos estudios temáticos. El Procedimiento de Denuncia, establecido en 2007, se centra en las víctimas y aborda las violaciones sistemáticas y comprobadas de derechos humanos y libertades fundamentales. Las denuncias proceden de individuos, grupos u organizaciones que alegan ser víctimas o tener conocimiento directo y fehaciente de tales violaciones. Dos Grupos de Trabajo examinan las denuncias recibidas (3.400 anuales), identifican casos de violaciones manifiestas y los someten a consideración del Consejo.

Relatores Especiales, Expertos Independientes y Grupos de Trabajo de cinco miembros forman los Procedimientos Especiales del CDH. Sus titulares, que presentan informes anuales al Consejo y a la Asamblea General, realizan visitas a los Estados, elaboran estudios temáticos, contribuyen a diseñar normativas internacionales de derechos humanos, asesoran sobre cooperación técnica y participan en tareas de promoción y sensibilización. Al acabar 2016 había 80 activos para 57 mandatos: 43 temáticos (agua y saneamiento, detención arbitraria, derechos de migrantes, violencia contra la mujer, tortura, trata de personas, etcétera) y 14 Estados como Corea del Norte, Eritrea, Irán y Myanmar. En 2016 hicieron 96 visitas a 65 países.

El CDH ha establecido Comisiones y Misiones de Investigación para responder graves violaciones del derecho internacional y el derecho humanitario. Su misión es recoger pruebas de crímenes de guerra y de lesa humanidad para evitar la impunidad y garantizar la rendición de cuentas. A finales de 2016 se habían creado 22, y tres (en Siria, Burundi y Sudán del Sur) permanecían activas. El Foro sobre Cuestiones de las Minorías promueve la cooperación en ese ámbito y aporta conocimientos útiles al Relator Especial. Todo ello para hacer realidad la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Sus reuniones anuales de dos días están abiertas a todos los grupos



interesados, incluidas ONG.

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas asesora al Consejo con estudios sobre la cuestión, y puede, previa solicitud de los Estados Miembros, proporcionarles asistencia y consejo técnico para desarrollar políticas nacionales. Lo integran siete especialistas independientes, tiene un mandato de tres años, y cada año informa al Consejo y presenta un informe de situación. El Foro sobre las Empresas y los Derechos Humanos, abierto a todos los interesados, busca promover el diálogo y la cooperación e identificar buenas prácticas en ese ámbito. El Foro Social es una reunión anual de tres días convocada por el Consejo sobre un tema concreto y en la que dialogan sociedad civil, representantes estatales y organizaciones intergubernamentales. Los asuntos analizados son muy amplios: erradicación de la pobreza, globalización, impactos de las crisis económicas y financieras, efectos adversos del cambio climático en los derechos humanos, derechos de personas mayores o con discapacidad, acceso a medicamentos... El Foro sobre Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, que se reúne semestralmente durante dos días, es el órgano subsidiario más reciente del CDH. Su misión es promover el diálogo y la cooperación, determinar mejores prácticas y analizar retos y oportunidades en esos ámbitos relacionado.

En igual sentido a nivel regional los Sistemas de promoción y protección de los derechos humanos reciben informes de los gobiernos de los Estados parte sobre los avances, logros, mejoramiento y proyectos para la protección de los Derechos Humanos.

5. Derechos humanos de tercera generación

Nos enfocamos en los derechos humanos de tercera generación en razón de su importancia por su situación de riesgo y peligro en el marco global, ya que corresponde, en especial, a los



Estados su mayor protagonismo en su promoción y protección. En los años 80 surgieron las primeras reivindicaciones de la protección del medioambiente, habida cuenta que para ese momento pocos Estados y ONG las habían tenido en cuenta, a pesar de que la Declaración de los derechos humanos del 10 de diciembre de 1948 se refiere a la salud prevista en el artículo 25.

Karen Vaask propuso por *une troisieme generation des droits del' homme de 1984*. En el contexto del globalismo surgen los derechos humanos de tercera generación, los que se catalogaron como una adición de la Carta de 1948, surgen como una serie de consideraciones de tipo global de finales del siglo XX y principios del XXI, hechos tales como el deterioro del medioambiente y sus efectos negativos con el planeta, toda clase de vida, y en especial en la calidad de vida de la gente, estos derechos han sido incorporados progresivamente en una lista tras numerosas cumbres o encuentros mundiales, como en Barcelona en 1992, se caracterizan por ser derechos propios de la *globalización son interdependencia* en un marco de la *solidaridad*, ya que solo se pueden realizar mediante la cooperación en el ámbito interno e internacional, su vigencia sociológicamente exige la concertación y el esfuerzo de todos los seres humanos, Estados, instituciones públicas y privadas, su escenario es individual y colectivo. Advertimos que estas categorías no son absolutas, están en permanente transformación, surgirán nuevos derechos en función de las preocupaciones mundiales de nuestro tiempo.

Las declaraciones y convenios internacionales incluyen el siguiente catálogo de derecho de tercera generación:

- *Derecho al desarrollo sostenible*: modelos y estructuras económicas que, además de generar beneficios propios, permitan el acceso a servicios básicos y garanticen la sostenibilidad del planeta.



- Derecho a la *autodeterminación de los pueblos*: el que tienen las naciones de determinar libremente su condición política y su modelo social y económico.
- *Derecho a la paz*: entendido no solo como ausencia de guerra, sino también como la puesta en marcha de procesos positivos que fomenten la participación, el diálogo, la inclusión, la cooperación y la superación de conflictos.
- *Derecho a la protección de los datos personales*: llama la atención sobre los eventuales peligros y abusos a los que se exponen las personas ante el cada vez más extendido proceso de informatización.
- *Derecho al patrimonio común de la humanidad*: alude al acceso a los bienes de tipo material e inmaterial que constituyen un legado de especial relevancia para comprender la evolución humana.
- *Derecho a gozar de un medioambiente sano*: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de ambientes sanos, limpios y sostenibles.

5.1 El derecho al desarrollo

Recordemos que los derechos humanos *son indivisibles, universales e interdependientes*. Si precisamos la importancia del derecho al desarrollo, diríamos que es un derecho transversal con relación a casi todos los derechos de primer y segunda generación. ¿Por qué priorizamos su estudio? Debido a que son necesario para la plena realización de casi todos los otros derechos humanos, tenemos el caso del derecho al trabajo, fundamental para coexistencia social y de la vida y demás derechos de primera y segunda generación, mediante *el trabajo* de las gentes se producen y transforman insumos de la naturaleza, básicos para el desarrollo social de las gentes.



El derecho al desarrollo prevé que *la persona humana* debe ser el sujeto central, y beneficiario del desarrollo, por lo que no solo es un derecho humano en sí mismo, sino que es básico para la plena realización de muchos de los otros derechos humanos, ya que exige, además, una distribución justa de los beneficios resultantes del desarrollo, cosa que vemos no se da en razón de que los actores de la ideología de la «*globalismo*» se adueñan de la explotación de los recursos de la naturaleza en su provecho, pero no podemos desligar *el trabajo, la salud, la seguridad, la alimentación* -atacada por fuertes hambrunas en las poblaciones más vulnerables del planeta-, el medio ambiente sano, sin un desarrollo sostenible y adecuado para todos los habitantes del planeta.

Según Publicación de febrero de 2018 por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el *derecho al desarrollo*, el Sr. Saad Alfarargi, en dicho documento nos ilustra que:

El "*derecho al desarrollo*" consiste en promover y proteger la capacidad de cada persona para participar en el desarrollo, contribuir a él y disfrutar de él, incluidos los aspectos económicos, sociales, culturales o políticos. Prevé que «*la persona humana*» debe ser el sujeto central, participante y beneficiario en el proceso de desarrollo. Por lo tanto, el derecho al desarrollo no solo es un derecho humano en sí mismo, sino que también es necesario para la plena realización de todos los otros derechos humanos, también exige una distribución justa de los beneficios resultantes del desarrollo.

El derecho al desarrollo es un derecho tanto individual como colectivo. Esto significa que las colectividades -Estados, naciones, pueblos y grupos sociales- también son beneficiarios del derecho al desarrollo. El derecho al desarrollo está profundamente enlazado con el derecho de los pueblos a «*la libre determinación*», y su derecho a ejercer



plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales. Por consiguiente, el derecho al desarrollo se aplica a todos los Estados y toda su población.

El derecho al desarrollo se consagró formalmente en la Declaración sobre el derecho al desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986. La Declaración reconocía el derecho al desarrollo como «un derecho humano inalienable» en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

El *derecho al desarrollo* ha servido desde entonces como «valor rector» de varias declaraciones y marcos internacionales, incluyendo la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, la Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible, el Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030, el Programa de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, el Acuerdo de París sobre cambio climático y una serie de resoluciones del Consejo de Derechos Humanos. También se menciona en los principales instrumentos regionales de derechos humanos de las Américas, África, Asia y en la Carta Árabe de Derechos Humanos."

En el capítulo sobre la globalización y el globalismo se harán algunas precisiones sobre el derecho al desarrollo como un derecho transversal.



5.2 El derecho a la paz

Es definido el Derecho a la paz: entendido no solo *como ausencia de guerra, sino también como la puesta en marcha de procesos positivos que fomenten la participación, el diálogo, la inclusión, la cooperación y la superación de conflictos mediante el uso de los mecanismos pacíficos de solución de controversias internacionales aprobados por todas las naciones y previstas en la carta de la Naciones Unidas, entre otros.*

En el ámbito internacional, la Declaración de Oslo sobre el Derecho Humano a la Paz, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura, en 29^a Celebrada en París del 21 de octubre al 12 de noviembre de 1997, expresa en su Art. 1° que: *“la Paz es un derecho humano, inherente a su dignidad, que excluye todo tipo de guerra y de conflicto armado y que se debe garantizar sin ningún tipo de discriminación”* (subrayado fuera de texto).

Recordemos que la paz es un derecho catalogado como un principio del derecho internacional y es catalogado como un *ius cogens*, esto es, ser una norma imperativa de derecho internacional general, por ser una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, prevista en el artículo 1° y 2° de la Carta de las Naciones Unidas ONU, que rezan:

Artículo 1. Los Propósitos de las Naciones Unidas son: 1. *Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales*



susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

Artículo 2-4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, *se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.*

La Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la: “Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”: *La amenaza o uso de la fuerza constituye una violación del Derecho Internacional y de la Carta de las Naciones Unidas y no se empleará nunca como medio para resolver cuestiones internacionales. Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad.* Conforme a los propósitos y principios de las Naciones Unidas, los Estados tienen el deber de abstenerse de propaganda a favor de las guerras de agresión.

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para violar las fronteras internacionales existentes de otro Estado o como medio de resolver controversias internacionales, incluso las controversias territoriales y los problemas relativos a las fronteras de los estados.

Asimismo, todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso



de la fuerza para violar las líneas internacionales de demarcación, tales como las líneas de armisticio, que se establezcan por un acuerdo internacional del que sea parte o que esté obligado a respetar por otras razones, o de conformidad con ese acuerdo.

Nada de lo anterior se interpretará en el sentido de que prejuzga las posiciones de las partes interesadas en relación con la condición y efectos de dichas líneas de acuerdo con sus regímenes especiales, ni en el sentido de que afecta a su carácter temporal. Los Estados tienen el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos aludidos en la formulación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia.

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado. Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza.

Hay una seria preocupación en todas las latitudes del planeta, por la guerra de agresión iniciada por el Jefe de Estado de la Federación Rusa Vladimir Putin contra la República de Ucrania, la invasión rusa a Ucrania es un episodio bélico en curso a gran escala que empezó el 24 de febrero de 2022 y forma parte de la guerra-ruso-ucraniana comenzada en 2014, es el mayor ataque militar convencional en suelo europeo desde las guerras yugoslavas. Cuentas las noticias de prensa que esta invasión bélica rusa sobre Ucrania está generando miles de víctimas mortales fuera del daño



a gran escala de las ciudades ucranianas, sus aeropuertos, industria en general, así como la mayor crisis de refugiados en el continente desde la segunda guerra mundial, con más de cuatro millones de ucranianos abandonando su territorio y siete millones de desplazados internos, el gobierno ruso la ha denominado la invasión como una *operación militar especial*, evitando los términos de *guerra o invasión*. numerosos medios y personas denominan la contienda como la *guerra de Putin*, personalizando la responsabilidad de su desencadenamiento en el presidente ruso Vladimir Putin.

En la carta de la ONU el artículo 23 y siguientes nos habla del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas, en el artículo 24 están las funciones y poderes del Consejo:

Artículo 24 1. A fin de *asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas*, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad *la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales*, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de *ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad*.

2. En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad *procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas*. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de *dichas funciones quedando definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII*.

3. El Consejo de Seguridad presentará a la Asamblea General para su consideración informes anuales y, cuando fuere necesario, informes especiales.

Con estupor se evidencia que lo que se idealizó cuando se suscribió la convención que creó la ONU y su Consejo de seguridad es letra muerta, desconocida por los Estados poderosos de acuerdo con sus intereses.



Originado de violar Bladimir Putin el derecho a la paz al invadir a Ucrania y después de haber hecho un recuento de las regulaciones internacionales consagradas en la Carta de las Naciones Unidas relacionadas con la paz, en una sesión extraordinaria de emergencia, la Asamblea General de la ONU aprobó el 2 de marzo de 2022 una resolución que condena la invasión rusa de Ucrania. El documento fue ratificado por 141 de los 193 Estados miembro de Naciones Unidas.

El texto dice que: *deplora* la agresión rusa contra Ucrania y *demand*a a Moscú que le ponga fin y retire inmediatamente y sin condiciones sus tropas del país vecino. Pero la resolución no tiene carácter vinculante.

Los cinco Estados que votaron en contra fueron: Rusia, Bielorrusia, Siria, Corea del Norte y Eritrea. Además, hubo 35 abstenciones, entre ellas las de cuatro países de América Latina: Argelia, Angola, Armenia, Bangladesh, Bolivia, Burundi, Rep. Centroafricana, China, Congo, Cuba, El Salvador, India, Irán, Irak, Kazajistán, Kirguistán, Laos, Madagascar, Mali, Mongolia, Mozambique, Namibia, Nicaragua, Pakistán, Senegal, Sudáfrica, Sudán, Sudán del Sur, Sri Lanka, Tayikistán, Tanzania, Vietnam y Zimbabue.

Doce Estados no participaron en la votación. Entre ellos estaba Venezuela, cuyo presidente, Nicolás Maduro, ha respaldado a Rusia en su operación contra Ucrania.

En el pleno de la Asamblea General, el resultado fue festejado por los presentes de pie y con aplausos.

Una resolución similar había sido bloqueada por Rusia en el Consejo de Seguridad de la ONU. En respuesta a ese veto, las naciones de Occidente acudieron a la Asamblea General -donde no hay vetos- para denunciar las acciones de Moscú. Para la aprobación, la resolución necesitaba el apoyo de dos tercios de los Estados miembro en la votación.



El Secretario general de la ONU, António Guterres, destacó que la Asamblea General ha enviado un “mensaje alto y claro: detengan las hostilidades en Ucrania ahora, silencien las armas ahora, abran la puerta al diálogo y la diplomacia ahora”.

No podemos ignorar que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes y los de tercera generación requieren el concurso de todas las naciones para que, *agarrados de las manos* -individual y colectivamente- busquemos soluciones para su mejor amparo y protección, ya que en especial *la paz, el medio ambiente* y el *desarrollo sostenible* no están solo amenazados sino que se ha dado un reciente y serio quebrantamiento a la paz; por la otra, los Estados desarrollados, durante muchísimos años, han incidido seriamente en el deterioro del *medio ambiente* y no han contribuido en el *desarrollo sostenible* de las naciones subdesarrolladas, si bien es cierto que a nivel universal la *globalización* como hecho socioeconómico necesario para superar las amenazas, el peligro, el daño a: "*el derecho al desarrollo*", "*derecho a la paz*" y "*el derecho a gozar de un medio ambiente sano*" en todas las latitudes del planeta, podríamos profundizar un estudio más profundo una valoración mediante el uso de una matriz FODA para verificar: *debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades* de estos derechos, cuyo estudio requiere precisar de las *fortalezas y debilidades* como factores internos de las naciones y las *oportunidades y amenazas* como factores externo, a fin de mejor catalogaren cada caso, estos principios de *derechos de tercera generación*, a "prima facie" concluimos, una verdad de Perogrullo, precisando que hay serias *amenazas y debilidades* «*a la paz*», «*al medio ambiente sano*» y «*al desarrollo sostenible*», las que se califican de graves.

Concluimos con relación a la *paz* en el campo del derecho internacional que la Carta de las naciones Unidas es un catálogo de buenas intenciones, los Estados de oriente y occidente, según momentos vividos de amenazas a la conveniencia pacífica, han violado el derecho a la paz, derecho



que, por ser *universal* requiere la participación colectiva de los Estados del planeta, el Consejo de seguridad no ha sido capaz de lograr de restablecer la paz, que a pesar de que, los Estados permanentes en el Consejo y poderosos con sus medios armamentísticos de agresión y defensa, que tienen el dominio para conservar la paz, no lo hacen, sino juegan con ella a su arbitrio o mejor conveniencia.

5.2.1 La paz en Colombia y sus dificultades

La paz en Colombia, según el Centro de memoria histórica de Colombia ha generado, por más de 60 años 262.917 muertos, 80.514 desaparecidos, víctimas de secuestro, 15.687 víctimas de violencia sexual, 17.894 menores reclutados por la guerrilla, a pesar de que se firmó la paz con la FARC/EP se ha recrudecido, incrementada por la guerrilla y grupos de delincuencia armada cultivadores de coca como el clan de golfo y otros grupos armados.

En el campo del ordenamiento interno colombiano, la Corte Constitucional, precisa que la paz se puede entender de diversas maneras: (i) como fin o propósito, tanto del derecho interno como del derecho internacional (ii) como estado ideal, (iii) como protocolo de actuación en medio de los conflictos, (iv) como derecho colectivo, (y) como derecho fundamental o subjetivo y (vi) como deber ciudadano o constitucional.

La doctrina de nuestro derecho interno nos asevera que esta clasificación no necesariamente está fundada en criterios hermenéuticos que permitan establecer la distinción entre unos y otros, al contrario, algunos podrían significar lo mismo y otros tendrían relaciones consecuenciales. Así, por ejemplo, la Paz es un «valor» que tiende hacia un estado ideal y es un derecho que prevé un deber correlativo, además de ser un

«principio» del ordenamiento internacional e interno de los Estados.



Es otro catálogo de buenas intenciones que se ha suscrito con la firma de la paz con las FARC/EP y con el ELN qué?, no podemos desconocer que fue un buen avance, pero falta mucha tela por cortar para lograr la paz en Colombia, esperamos, con buenos augurios que el gobierno que entra logre dar un salto en pos de la paz.

5.3 Derecho al medio ambiente sano, su prospección con relación al futuro

Se firmó en Francia los primeros acuerdos internacionales relacionado con la protección del *medio ambiente* y se suscriben las primeras iniciativas encaminadas a crear un comité permanente de supervisión internacional, en 1928 se realiza en Paris el I Congreso internacional para la protección de la naturaleza y en 1928 se crea la Oficina internacional de protección de la naturaleza. Las tendencias naturistas que aspiran a que se restauren de formas naturales de vida agredidas por el desarrollo económico, esto es por los gestores del globalismo.

En 1972 se firmó la declaración de Estocolmo, se aprobó por unanimidad el principio: “*el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar el bienestar por lo que debe defender y mejorar el medio ambiente humano para la presente y futuras generaciones*”. El ambiente sostenibilidad ecológico tienen una relevancia tal que merecen y deben ser abordados como violaciones de derechos fundamentales del género humano conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU entre otros. *Justicia ecológica* denominación que las ONG’s defensoras de los derechos humanos y el medio ambiente le han dado a la hora de denunciar hechos relacionados con la degradación y daño al medio ambiente.

Si nuestra casa grande «la tierra» no se le pone orden, el futuro de la vida y de nuestra



especie y nuestro planeta no es promisorio, el orden se debe poner a través del buen manejo de un medio ambiente sano, aunado con el *desarrollo sostenible* que todos queremos, haciendo una gran pedagogía universal a todas las gentes de todos los pueblos en una gran cruzada por una acción colectiva para la recuperación de nuestro planeta conforme la declaración de Estocolmo y los documentos internacionales posteriores entre ellos el de París, que contiene 26 principios y colocó las cuestiones ambientales en primer plano de las preocupaciones internacionales y marcó el inicio de un diálogo entre los estados industrializados y en desarrollo sobre el vínculo entre el crecimiento económico, la contaminación del aire, el agua y los océanos y el bienestar de las gentes del planeta, se convino un plan de acción de tres tipos de acciones: 1. El programa global de evaluación del medio humano -vigilancia mundial-. 2. Las actividades de ordenación del medio humano y 3. Las medidas internacionales auxiliares de la acción nacional e internacional de evaluación y ordenación, y se dieron 109 recomendaciones. Se dio la creación del Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA)

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Ratificada por los 33 países de América Latina y el Caribe, la Convención entró en vigor en marzo de 1994, su objetivo es *lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático*. La Convención establece un marco general para los esfuerzos intergubernamentales para hacer frente los desafíos provocados por el cambio climático.

Referente a la Declaración de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano –declaración de Estocolmo– de 1972, y la declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo, de 1992, el profesor Günter Handl de Eberhard Deutsch de Derecho Internacional Público Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane nos ilustra referente a las



declaraciones de Estocolmo de 1972 y de Río de Janeiro afirmando que:

Ambas declaraciones muestran un enfoque claramente antropocéntrico. El Principio 1 de la Declaración de Río plantea sin ambages que “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible”, en tanto que la Declaración de Estocolmo, en los Principios 1, 2 y 5 y en varios párrafos del preámbulo postula un enfoque análogo de instrumentalización del medio ambiente. La Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, de 2000 (resolución 55/2 de la Asamblea General), también adopta una perspectiva antropocéntrica sobre el respeto de la naturaleza. Sin embargo, el énfasis de las dos declaraciones contrasta, por ejemplo, con la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 (resolución 37/7 de la Asamblea General) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (primer párrafo del preámbulo), en los que los principios relativos a la conservación están inspirados en el “valor intrínseco” de todas las formas de vida, independientemente de su valor para los seres humanos. En la actualidad, a medida que mejora nuestra comprensión de otras formas de vida y que los científicos piden que se reconozca a ciertas especies, como los cetáceos, como merecedoras de algunos de los derechos de los seres humanos, el enfoque antropocéntrico de las dos declaraciones parece haber perdido actualidad.

En el informe del Secretario general de Naciones Unidas para el año 2015 sobre el seguimiento y logros de las estrategias para afrontar los problemas relacionados en el medio ambiente y el desarrollo relacionados con las metas previstas en la “Declaración del Milenio, en su informe referente al “Objetivo 7” que se refiere a la sostenibilidad del medio ambiente, se concluyó que:



Para el año 2015 tenemos la siguiente información procedente de la ONU:

Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente.

- 1.900 millones de personas han logrado desde 1990 tener acceso a agua potable suministrada por cañería 2.300 millones 4.200 millones 1990 2015. Se eliminó el 98% de las sustancias que agotan la capa de ozono desde 1990 2.300 millones 4.200 millones 1990 2015.
- Prácticamente se han eliminado las sustancias que agotan la capa de ozono desde 1990, y se espera que la capa de ozono se recupere a mediados de este siglo.
- Las áreas terrestres y marinas protegidas en muchas regiones han aumentado sustancialmente desde 1990. En América Latina y el Caribe, la cobertura de áreas terrestres protegidas aumentó de 8,8% a 23,4% entre 1990 y 2014.
- En 2015, 91% de la población mundial utiliza una fuente de agua mejorada, en comparación al 76% en 1990.
- Desde 1990, de los 2.600 millones de personas que obtuvieron acceso a fuentes de agua potable mejorada, 1.900 millones lo hicieron a través de agua potable suministrada por cañería hasta su propio hogar. Más de la mitad de la población mundial (58%) ahora disfruta de este nivel más alto de servicio.
- En todo el mundo, 147 países han cumplido con la meta del acceso a una fuente de agua potable, 95 países han alcanzado la meta de saneamiento y 77 países han cumplido ambas.



- A nivel mundial, 2.100 millones de personas han obtenido acceso a saneamiento mejorado. El porcentaje de personas que defecan al aire libre se ha reducido casi a la mitad desde 1990.

- La proporción de población urbana que vive en barrios marginales en las regiones en desarrollo bajó de aproximadamente 39,4% en el 2000, a 29,7% en 2014.

Objetivo 8: Fomentar una alianza mundial para el desarrollo
Asistencia oficial para el desarrollo \$81.000 millones 2000 \$ \$135.000 millones 2014 \$ 2000 6% 2015 43%
Penetración de Internet en el mundo \$81.000 millones 2000 \$ \$135.000 millones 2014 \$ 2000 6% 2015 43%.

- La asistencia oficial para el desarrollo por parte de países desarrollados aumentó en un 66% en términos reales entre los años 2000 y 2014, alcanzando 135.200 millones de dólares.

- 2014, Dinamarca, Luxemburgo, Noruega, Suecia y el Reino Unido continuaron superando las metas de asistencia oficial para el desarrollo de las Naciones Unidas del 0,7% del ingreso nacional bruto.

- En 2014, el 79% de las importaciones provenientes de los países en desarrollo hacia países desarrollados fueron admitidas libres de aranceles, en comparación al 65% del año 2000.

- El servicio de la deuda externa como porcentaje del ingreso por exportaciones en los países en desarrollo cayó del 12% en el año 2000 al 3% en 2013.

- Al 2015, 95% de la población mundial tiene cobertura de señal de telefonía



móvil.

- El número de suscripciones a la telefonía móvil ha aumentado casi diez veces en los últimos 15 años, de 738 millones en el año 2000 a más de 7 mil millones en 2015.

- La penetración de Internet ha crecido de sólo un poco más de 6% de la población mundial en el año 2000, a 43% en 2015. Como resultado, 3.200 millones de personas están conectadas a una red global de contenido y aplicaciones.

6. Información colombiana del DNP sobre indicadores y metas desarrolladas en Colombia

En Colombia, referente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio conforme la Declaración del Milenio aprobada el 8 de septiembre de 2000, por los 189 Estados miembros de las Naciones Unidas, se reafirmó el propósito de tener un mundo pacífico, más próspero y más justo para todos los habitantes. Bajo los valores de libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto por la naturaleza y responsabilidad común; se acordaron ocho (8) objetivos claves, conocidos como los *Objetivos de Desarrollo del Milenio – ODM*.

El Departamento Administrativo de planeación nacional Colombia DNP ratificando lo acordado en la Cumbre del Milenio, desarrolló el documento CONPES SOCIAL 91 de 2005 *Metas y Estrategias para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio–2015*, el cual fue modificado por el CONPES SOCIAL 140 de 2011, en lo concerniente a la inclusión de nuevos indicadores y ajuste en las líneas de base y metas de algunos de los indicadores inicialmente adoptados, en que muestran los avances logrados hasta ese momento así:



Objetivo 7. Garantizar la Sostenibilidad del Medio Ambiente. I) Meta Nacional: Reforestar 23.000 hectáreas anualmente. Indicadores y metas: 1. Mantener 23.000 hectáreas por año, de superficie reforestada. II) Meta Nacional: Eliminar el 10% de la línea de base Hidroclorofluorocarbonos Indicadores y metas: 1. Eliminar el 10% de la línea base de HCFC. III) Meta Nacional: Consolidar las áreas protegidas del SPNN, incrementando la superficie de áreas protegidas del SPNN en 1.0000.000 Has y formularlos planes de manejo para la totalidad de las áreas. Indicadores y metas: 1. Aumentar al 6.57% la proporción de la superficie total protegida por el Sistema de Parques Nacionales Naturales - SPNN. 2. Alcanzar el 100% de la proporción de áreas protegidas que cuentan con planes de manejo formulados y actualizados. IV) Meta Nacional: Incorporar a la infraestructura de acueducto a por los menos 5.9 millones de nuevos habitantes urbanos y 1.4 millones de habitantes rurales a una solución de abastecimiento de agua. Indicadores y metas: 1. Aumentar al 99.20% la proporción de la población con acceso a métodos de abastecimiento de agua adecuados. cabecera. 2. Aumentar al 78.15% la proporción de la población con acceso a métodos de abastecimiento de agua adecuados. Resto. V) Meta Nacional: Incorporar 7.7 millones de habitantes a una solución de alcantarillado urbano y 1 millón de habitantes a una solución de saneamiento básico, incluyendo soluciones alternativas para las zonas rurales. Indicadores y metas: 1. Aumentar al 96.93%, la proporción de la población con acceso a métodos de saneamientos adecuados. cabecera. 2. Aumentar al 72.42%, la proporción de la población con acceso a métodos de saneamiento adecuados. Resto. VI) Meta Nacional: Disminuir el número de hogares que habitan asentamientos precarios. Indicadores y metas: 1. Disminuir al 4% en 2020, la proporción de hogares que habitan en asentamientos precarios.



7. El Desafío Global para la Transparencia Gubernamental: La Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)

En 2015, 195 naciones acordaron con las Naciones Unidas que pueden cambiar el mundo para mejor. Esto se logrará reuniendo a sus respectivos gobiernos, empresas, medios de comunicación, instituciones de educación superior y ONG locales para mejorarla vida de las personas en su nación para el año 2030.

Esta es la Agenda 2030: eliminar la pobreza, borrar el hambre, establecer la buena salud y el bienestar, brindar educación de calidad, hacer cumplir la igualdad de género, mejorar el agua limpia y el saneamiento, cultivar energía limpia y asequible, crear trabajo decente y crecimiento económico, aumentar la industria, la innovación y la infraestructura, reducir la desigualdad, movilizar ciudades y comunidades sostenibles, incidir en el consumo y la producción responsables, organizar la acción climática, desarrollar vida debajo del agua, avanzar la vida en la tierra, garantizar la paz, la justicia y las instituciones sólidas, construir alianzas para los objetivos.

8. Injerencia de la dimensión globalizada en los derechos a la paz, el desarrollo sostenible y derecho a un buen ambiente sano.

Todos estos derechos de tercera generación: *derecho al medio ambiente, el derecho al desarrollo sostenible y el derecho a la paz* confluyen en el *globalismo* y la *globalización*. Cuando nos referimos a la dimensión *globalizada* o universal precisamos que la *globalización* es un hecho socioeconómico en tanto que el *globalismo* es una ideología, un paquete de estrategias. el Maestro Rodrigo Borja y otros expertos, han definiendo el «*globalismo*» como una construcción ideológica, una elaboración conceptual que exalta la excelencia, defiende los logros, impulsa las estrategias y difunde las virtudes de la «*globalización*», sin lugar a dudas el globalismo obedece a



intereses dominantes, en este caso de los Estados desarrollados, tienen su staff de ideólogos, sus mecanismos de resonancia y sus dispositivos propagandísticos, defiende las estrategias de dominación de las naciones industrializadas, pone de relieve la libertad de comercio, impulsa el flujo libre de los factores de producción, excepto de la mano de obra, a la que somete a muchas restricciones, propugna por el desmantelamiento del Estado e implanta la monarquía del capital, promueve el uso de las tecnologías, defiende la sociedad consumista. Los ideólogos del globalismo no ven con buenos ojos, para sus intereses, la defensa de los derechos humanos, ya que hay la creencia de que inciden negativamente en sus intereses de dominación en especial cuando se trata de amparar el derecho al trabajo y sus derechos conexos.

Para fines de análisis de las asimetrías de la globalización económica podrían desagregarse sus principales componentes, como lo hace el profesor Vicenc Navarro de la Universidad Pompeu Fabra, y podría hablarse de la *globalización del comercio*, la *globalización del capital productivo* y la *globalización del capital financiero*.

Al hacerse esta desagregación, lo primero que puede observarse es que la globalización comercial es un fenómeno totalmente dispar. Aproximadamente el 94% del comercio internacional se realiza entre los países desarrollados -es un intercambio intra- OCDE-, de modo que las compras a los países subdesarrollados alcanzan porcentajes muy pequeños, que en su mayor parte corresponden al sudeste asiático y cuyos principales rubros son bienes primarios y manufacturas fabricadas en ellos por sucursales de las propias casas matrices del primer mundo.

Eso significa que el flujo de bienes de los países pobres hacia los ricos es muy pequeño y en general contiene poco valor agregado. El profesor norteamericano Paul Krugman señalaba en 1997 que los productos manufacturados procedentes de los países subdesarrollados apenas



representaban el 1,2% del producto nacional de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En cambio, las exportaciones con que éstos invaden los mercados de los subdesarrollados, destruyen sus puestos de trabajo y comprimen los salarios están compuestas por bienes de un gran valor agregado.

Por lo que las balanzas de comercio difícilmente pueden ser positivas para los países del tercer mundo. En cuanto al segundo componente de la globalización, las inversiones productivas de los países desarrollados en el mundo subdesarrollado han sido muy reducidas y no han mostrado tendencias a incrementarse a pesar de los esfuerzos realizados por los países pobres para atraerlas por medio de la disminución de las cargas fiscales y de la baja de los salarios. Y la mayor parte de esas inversiones se ha dirigido hacia los dragones asiáticos. Esta es también otra asimetría. Bajo la enseña de la globalización, el abrumador porcentaje del capital productivo ha ido a parar a los propios países desarrollados. El líder socialdemócrata alemán Oskar Lafontaine, en un libro que lleva el paradójico título de *No hay que tener miedo a la globalización*, pero que contiene agudas críticas al sistema, publicado en 1998, señala que:

[...] el 70% del conjunto mundial de las inversiones directas se concentra en Europa occidental, los Estados Unidos y Japón. Estos son también los Estados de los que procede el capital: los cinco más importantes son los Estados Unidos, Gran Bretaña, Japón, Alemania y Francia. En lo esencial, pues, existe una interpenetración de las economías de los Estados Unidos, Japón y Europa occidental».

Y en cuanto a su país agrega que: “la economía alemana no constituye una excepción a este monopolio. Una pequeña cantidad, el 4% de la inversión bruta, se dirige hacia los Estados en vías de desarrollo, concentrándose en Hong Kong, la India, Turquía,



Singapur y Malasia”.

Los estados gestores industrializados del *globalismo* han impulsado y defienden su accionar el que han atentado y atentan gravemente contra el *desarrollo sostenible*» y el «*medio ambiente*, por la forma desmedida como han agredido a la naturaleza explotándola.

9. Controles en el proceso de promoción y protección de los derechos humanos por parte de los órganos internacionales

9.1 Controles globales s través del examen periódico universal (EPU)

Examen Periódico Universal (EPU) DEL Consejo de derecho humanos de la ONU. Las Naciones Unidas ha organizado el Examen Periódico Universal (EPU), es un procedimiento que incluye un examen de los expedientes de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. El EPU es un proceso dirigido por los Estados con el auspicio del Consejo de Derechos Humanos, que ofrece a cada Estado la oportunidad de declarar qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el Estado y para cumplir con sus obligaciones que voluntariamente se ha propuesto. Como se observa en el ámbito de las Naciones Unidas no se da una competencia jurisdiccional en sus órganos para lograr coercitivamente que los Estados se obliguen en proteger los derechos humanos, pero si esos informes tienen una connotación política ya que los Estados en su estudio o solución se fijan metas para su cumplimiento, esos avances, sin lugar a duda, han sido progresivos y su seguimiento, es importante para la mejoría esperada muy propia del futuro de los derechos humanos.

9.2 Jurisdicción interna y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En cuanto al proceso, el maestro Perfecto Andrés Ibáñez se refiere al tema de la jurisdicción



como institución para garantizar los derechos humanos y argumenta que el tema encaja claramente en el marco del *garantismo*, en el marco del derecho adjetivo, entendido como *sistema de garantías al derecho sustantivo en su aplicación* y desarrollo jurisdiccionalmente sobre una relevancia extraordinaria en la obra de Ferrajoli, pero antes que esto, es el constitucionalismo moderno en el marco de los ordenamientos jurídicos de cada estado. Montesquieu concibe al juez con un poder equilibrador en aquel momento del conflicto, el juez como garantía de los derechos demanda a un juez sometido al imperio de la ley, una ley adecuada a la Constitución que antes de ser aplicada debe ser sometida a un tamiz crítico realizado por el propio juez quien puede poner en marcha el mecanismo de control de constitucionalidad, tanto el juez como los otros poderes deben estar sometidos a la constitución, el juez goza de una independencia interna y externa no está sometido a una estructura jerárquica vertical.

En América se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pactode San José de Costa Rica) de 1968 la llamaremos *la Convención* o el Sistema IDH y cuando nos referimos a sus órganos los llamaremos *la Comisión* (CIDH) o “la Corte,” el artículo 33 de la convención estipula que son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Al referirnos a la competencia de la Comisión (CIDH), conforme el artículo 35 de la Convención la Comisión representa *a todos los miembros que integran la Organización* de los Estados Americanos, por lo que estamos en presencia de un mandato de los Estados partes de la Convención e cabeza de la Comisión; precisamos que es un órgano creado para *promover la observancia y defensa de los derechos humanos*, es de orden *cuasi-jurisdiccional*, ya que recibe



denuncias, las tramita, las investiga, profiere varios tipos de informes e incluso pueden aprobar acuerdos de soluciones amistosas mediante el mecanismo de conciliación, la doctrina nos dice que además es un órgano *cuasi-político* porque al carecer de obligatoriedad muchos de sus informes y resoluciones, necesitan el apoyo y voluntad política de los estados partes interesados para alcanzar sus metas, lo que permite concluir que el efecto de sus pronunciamiento se circunscribe a la publicación de informes, entendido como una pena de índole ético o mora. Se estima que las recomendaciones de los informes pueden generar obligaciones para los Estados, pese a que algunos sostienen lo contrario, teniendo en cuenta que hay unos informes que tienen fuerza vinculante, tales como: el informe anual, los informes generales, informes temáticos.

La Corte del SIDH fundada en la voluntad de los Estados Partes de constituir esa jurisdicción y someterse a sus decisiones, para lo cual debieron declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, para lo cual tiene **competencia jurisdiccional**, para decidir si hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Dentro de marco de la **función consultiva** los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires; podrá, a solicitud del estado parte interesado, emitir **opiniones** acerca de la compatibilidad



entre cualquiera de sus leyes internas (de los Estados Partes) y los mencionados instrumentos internacionales en la Convención americana sobre derechos humanos,

Dentro del marco de la Convención o Pacto San José de 1969 y conforme los artículos 1º y 2º incorpora el deber de los Estados partes de respetar los derechos protegidos por la convención y adoptar disposiciones de derecho interno conforme su constitución y la convención, para lograr las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades y prevé que si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Así hemos enunciado brevemente las competencias de la Comisión de la Corte, que derechos ampara y con qué fundamentos lo realiza estos órganos que componen el Sistema interamericano de derechos humanos, advirtiendo que conforme su competencia la Corte desarrollo se ha concebido un medio para que los Estados partes y la Corte, con el concurso de la Comisión encargada de promover la observancia y defensa de los derechos humanos se logre una mayor eficacia de la efectividad de los derechos y libertades, es el Control de convencionalidad ideado por la jurisprudencia de la Corte IDH.

9.3 Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos

La jurisprudencia de la Corte IDH institucionalizó el *control de convencionalidad* como un novedoso mecanismo para que *todas las autoridades* de los Estados Partes, bajo una interpretación sistemática armonizada en los artículos 1º y 2º de la Convención y en concordancia con lo



dispuesto en el artículo 8° de la misma, que prevé que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para *la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*, conforme lo previsto en la Convención u otros tratados conexos aplicables sobre DD HH, con el objeto de aplicar *prevalentemente* la Convención u otro tratado de DD HH, mediante confrontación normativa con el derecho interno o de decisiones de las autoridades estatales (de las ramas u órganos del poder público) con la Convención americana de DD HH, en un caso concreto, quienes tienen *poder jurisdiccional*, dictando una sentencia judicial o una decisión administrativa expresa u ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de *la persona humana*, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana sobre DD HH.

9.3.1 Fundamentos normativos del control de convencionalidad

El control de convencionalidad tiene su fundamento en los artículos 1°. 2° , 8° y la competencia de la Corte, en que los Estados Partes en la Convención se han comprometido en respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, advirtiendo que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.



9.3.1.1 Noción jurisprudencial de control de convencionalidad

El *control de convencionalidad* establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo la Corte) en sentencia del 26 de septiembre del año 2006 en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. A partir de la cual se establece *el control de convencionalidad*, dispone que los jueces nacionales deben reputar inválidas las normas internas (incluida la Constitución) opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la interpretación dada a esta por la Corte Interamericana. Es un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales. Su éxito dependerá del acierto de las sentencias de la Corte Interamericana y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales que ha previsto la Corte IDH.

El *control de convencionalidad* es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en caso de que el derecho interno de los Estados Partes, ya sea la constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, *prácticas administrativas o judiciales, etc.* sean incompatibles o contrarios con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la llamaremos CADM o la Convención) u otros tratados conexos aplicables sobre DD HH, con el objeto de aplicar *prevalentemente* la Convención u otro tratado de DD HH, mediante confrontación normativa con el derecho interno o de decisiones de las autoridades estatales (de las ramas u órganos del poder público) con la Convención americana de DD HH, en un caso concreto, quienes tienen *poder jurisdiccional*, dictando una sentencia judicial o una decisión administrativa expresa u ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de *la persona humana*, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana sobre DD HH. Por primera vez es manifiesta en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre del



2006 de la Corte IDH.

9.3.1.1.1 Control concentrado y difuso de convencionalidad

La jurisprudencia y la doctrina del D.I. sobre los DD.HH de la Corte IDH clasifica el *control de convencionalidad* en *concentrado* y *difuso*, sosteniendo, como ya dijimos, que es *concentrado* cuando lo aplica la Corte IDH, la cual tiene efectos *erga omnes* por tratarse del máximo intérprete de los DD HH conforme la Convención Interamericana de DD HH, al ser su origen de carácter convencional aplica el *pacta sunt servanda* para todos los Estados Partes que la han aceptado la jurisdicción de la Corte (21 Estados), es además la convención la organizadora del “Sistema interamericano de Derechos humanos (Corte IDH. Caso Cabrera García y Manuel Montiel Flórez vs. México noviembre del año 2010).

10. El debido proceso como garantía del amparo de los derechos fundamentales y el derecho de amparo o tutela.

En cuanto al proceso, preciamos que es una garantía fundamental del amparo y protección de los derechos humanos, ya nos referimos a la jurisdicción de los tribunales internacionales de algunas regiones del planeta, en especial la americana, la europea, la africana y la de las naciones árabes que tienen sus tribunales que impulsan el amparo y la protección de los derechos humanos, el proceso tiene su fundamento en el debido proceso, el derecho fundamental de acceso a la justicia, y para el caos interamericano se abre la puerta al “control de convencionalidad” que deben ejercer todas las autoridades judiciales o administrativas, para ello, inclusive, si es necesario, debe reformar la constitución o la ley, si es necesario, conforme lo prescrito en el Pacto interamericano de derechos humanos.



La Convención Americana instituye el derecho a una garantía judicial específica, destinada a proteger de manera efectiva a las personas frente a la violación de sus derechos humanos. Básicamente, el artículo 25 del instrumento consagra el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos, para la tutela de “derechos fundamentales” contenidos en la Convención, en la Constitución o en la ley; b) exige que el recurso sea efectivo; c) estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo; d) exige al Estado asegurar que el recurso será considerado; e) señala que el recurso debe poder dirigirse aún contra actos cometidos por autoridades públicas, por lo que el recurso también es susceptible de ser dirigido contra actos cometidos por sujetos privados; f) compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial; y g) establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso.

El sistema europeo de derecho humanos contempla la acción de tutela en el “Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”



11. Conclusión

De este sencillo examen histórico y descriptivo del estudio normativo de la jurisprudencia y la doctrina concluimos lo siguiente: Visualizando el futuro de los derechos humanos a nivel universal, vemos que el Consejo de derechos humanos de la ONU puede recibir denuncias las que son comunicadas a los Estados partes afectados a fin de que se busque soluciones a los casos denunciados , pero no se observa que el Consejo de Derechos Humanos de la ONU *tenga dientes* para lograr la efectividad de lassoluciones esperadas; los Estado partes deben enviar un informe anual sobe el adelanto sobre los derechos humanos, sus metas y soluciones, se conocen los informes con las respectivas recomendaciones para todos los Estados del planeta, pero su cumplimiento a las recomendaciones se requiere la voluntad política y los medios de los Estados de cumplir y mejorar sus estándares sobre la efectiva protección, esto en cuanto a los derechos humanos de primera y segunda generación, en cuanto a los de tercera generación recordemos que son globalizados, derechos de una doble dimensiones *individuales* y *colectivos* e impera el derecho de *solidaridad* y *la cooperación intencional* para su realización.

El derecho al desarrollo sostenibilidad, el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la paz, incidente seriamente con el futuro de los derechos fundamentales de derechos humanos de primera y segunda generación, en razón de que se ha afectado la vida de muchas gentes en muchas latitudes, ha originado el cambio climático emisión degases que ha originado el efecto invernadero, que ha causado muchos daños al planeta, daños en la salud por el deterioro de un ambiente sano, la extinción de muchas especies animales, el daño a la flora y la fauna, el serio daño de los bosques, el daño en la capa de ozono, la contaminación de las aguas de mares y ríos, y la falta de agua potable en muchísimas regiones del planeta, el calentamiento global y sus efectos, son causadas por los estados industrializados y la tolerancia de sus gobierno que no han tenido voluntad política



generalizada de los Estados de los industrializados de ponerle freno a una serie actividades de explotación de la tierra generadoras de circunstancias negativas para un mejor ambiente sano. Los tratados sobre medio ambiente y desarrollo sostenible son instrumentos que contiene una serie de acciones que no obligan a los Estados industrializados a disminuir los efectos negativos generados de sus industrias, hay una serie de promesas que no vemos fácil de cumplir, fuera del daño causado a la naturaleza de los Estados pobres para la racionalización de la explotación minera, por ejemplo. En cuanto a la paz, vemos como se ha destacado una guerra de agresión por parte de Rusia sobre Ucrania, siendo Rusia uno de los miembros permanentes del Consejo de seguridadde la ONU.

En cuanto al proceso, precisamos que es una garantía el amparo y protección de los derechos humanos, ya nos referimos a la jurisdicción de los tribunales internacionalesde algunas regiones del planeta, en especial la americana, la europea, la africana y la de las naciones árabes que tienen sus tribunales que impulsan el amparo y la protección de los derechos humanos, fundamento del *debido proceso* y su amparo es imperativo por serun “jus cogens”, tiene su fundamento en el amparo a los derechos humanos y el derecho de acceso a la justicia, por ello la importancia de que las autoridades administrativas y judiciales nacionales *haciendo uso de su control difuso*, entienda y apliquen el objeto y fin de los derechos que deben amparar y tenga en cuenta que las decisiones sean esencialmente humanas teniendo en cuenta los cambios sociales.



12. Bibliografía.

ARISTOTELES: -Ética a Nicómaco, libro V, capítulo VI.

CADH Pacto San José de Costa Rica 1969.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia del 26 de septiembre del 2006.

Democracia, Derechos humanos y derecho internacional Humanitario. Compilador: RUJANO QUINTERO, Miguel, Publicación Universidad Libre Bogotá. autores: FERRAJOLI, Luigi. Guerrero, Julia. y otros. Editorial Kimpres Ltda. Febrero 2000.

GONZALEZ, Nazario, Los Derechos humanos en la historia. ALFAOMEGA Editores, México. 2001-

ONU. Carta 1945. Competencias: Consejo de seguridad, Funciones: Consejo de derechos humanos de la ONU <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/hlog/historia/articulo/consejo-de-derechos-humanos-el-organismo-de-la-onu-para-su-proteccion-global/flmsclkid.4f8e67decef81lec8efbaecb06dfbb03>

ONU. Declaración universal de derechos humanos del 10 de diciembre de 1948.

ONU. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

ONU. Publicación el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el *derecho al desarrollo*, el Sr. Saad Alfarargi. Publicación de febrero 2018.

ONU. Asamblea General. aprobó el 2 de marzo de 2022 una resolución que condena



la invasión rusa de Ucrania. El documento fue ratificado por 141 de los 193 Estados miembro de Naciones Unidas.

ONU. Objetivos del desarrollo sostenible

<https://worldtop20.org/global->

[movement?gclid=CjwKCAjwtcCVBhA0EiwAT1fY7_j2_6KHFzcADTiyFHbHxQWD2](https://worldtop20.org/global-movement?gclid=CjwKCAjwtcCVBhA0EiwAT1fY7_j2_6KHFzcADTiyFHbHxQWD2)

[HO6_PAofx3L81fAW_eGoarRkLGy_hoCwPEQAvD_Bw](https://worldtop20.org/global-movement?gclid=CjwKCAjwtcCVBhA0EiwAT1fY7_j2_6KHFzcADTiyFHbHxQWD2)

ONU: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático 2016

ONU. Declaración de Estocolmo de 1972

ONU. Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo, de 1992,

OSSET, Miguel. Más allá de los derechos humanos. Romanyá/Valle S.A. Barcelona

Primera edición mayo 2001

República de Colombia. Gobierno nacional. DNP. Sobre indicadores y metas desarrolladas en Colombia; el desafío global para la Transparencia Gubernamental, la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)

VAASK, Karen. Propuso por *"une troisieme generation des droits del' homme de 1984"* En el contexto del globalismo surgen los derechos humanos de tercera generación, los que se catalogaron como una adición de la Carta de 1948



LA CLONACIÓN TERAPÉUTICA Y EL PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA VIDA

Santiago Dávila González⁴

Sumario

1. Conceptos generales sobre la clonación y sus clases. 2. Bienes jurídicos implicados en la clonación humana. 3. La clonación terapéutica. 4. Referencias normativas internacionales con relación a la clonación humana 5. Clonación terapéutica y Derechos humanos. 7. Conclusiones

Resumen

Dentro de la agenda bioética, la clonación humana es uno de los temas que vuelve a despertar reflexión sobre el inicio de la vida; también, sobre el valor que tiene esta para cada ser humano, comprendiéndola como la piedra angular sobre la que descansa los derechos fundamentales. Esta investigación estará compuesta por un análisis profundo relacionado con generalidades de la clonación y su clasificación. Posteriormente se identificarán qué bienes jurídicos se encuentran implicados en el desarrollo de las diferentes técnicas de clonación para dar paso a la clonación terapéutica, como instrumento a través del cuál habrá lugar a la cura de diferentes enfermedades. Por último, un paralelo entre el tema objeto de investigación y los derechos humanos, permitirá

⁴ Estudiante de 5° año del programa de Derecho de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. Miembro del Semillero de Investigación Poder Público y Ciudadanía en la Línea de Derechos Humanos, Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario adscrito al centro de Investigaciones jurídicas y socio Jurídicas. santiago-davilag@unilibre.edu.co



inferir un número de conclusiones, enmarcadas dentro del gran avance científico que podría significar darle luz verde a la clonación terapéutica propiamente dicha.

Palabras clave: Clonación, embrión, células totipotenciales, transferencia nuclear, tejidos, enfermedades degenerativas.

THERAPEUTIC CLONING AND THE PRINCIPLE OF THE INVOLABILITY OF LIFE

Abstract

Within the bioethical agenda, human cloning is one of the topics that reawakens reflection on the beginning of life; also, on the value that this has for every human being, understanding it as the cornerstone on which fundamental rights rest. This research will be composed by a deep analysis related to generalities of cloning and its classification. Subsequently, it will be identified which legal goods are involved in the development of different cloning techniques to give way to therapeutic cloning, as an instrument through which there will be a cure for different diseases. Finally, a parallel between the subject of research and human rights will allow inferring a number of conclusions, framed within the great scientific advance that could mean giving the green light to therapeutic cloning itself.

Key words: Cloning, embryo, totipotent cells, nuclear transfer, tissues, degenerative diseases.



CAPÍTULO I - CONCEPTOS GENERALES

Dada la complejidad del estudio, es imperioso detallar algunas generalidades acerca de la clonación, de ahí que en el desarrollo de esta investigación no queden dudas sobre la semántica de algunos términos.

1.1. Nociones básicas sobre la clonación.

Las diversas formas de clonación no son algo nuevo, de hecho, desde hace más de veinte años se conocen, al derivarse estas de las técnicas de fecundación in vitro. Ahora bien, antes de adentrarnos en detalles, es importante tener en cuenta la definición de ciertos conceptos claves que se mencionaran en el desarrollo de esta investigación. El primero en ser definido será el de clonación.

El termino clonación proviene del griego “klon”, que quiere decir: brote, vástago o retoño. En conceptos actuales, se conoce como “un conjunto de células o población de individuos originados de una sola célula o individuo al que son genéticamente idénticos.”⁵ En ese mismo orden de ideas, también resulta conveniente dar a conocer especificaciones con respecto a los diferentes tipos de clonación.

1.1.2. Tipos de clonación en seres vivos

A. Clonación natural: es aquella que se da por medio de la reproducción asexual.

Un claro ejemplo de ello, son los microorganismos que dada sus condiciones utilizan este tipo de reproducción para generar más organismos de su especie a través de un proceso

⁵ Muñoz, G. L. E., Ángeles, L. O., & Moreno, C. V. María de Jesús Laura Casteñeda Partida lauracp@campus.iztacala.unam.mx



llamado mitosis.⁶

B. Clonación artificial: es aquella en la cual hay una intervención voluntaria del hombre cuyo móvil es lograr un objetivo determinado a través de su aporte externo, emulando un proceso natural en, por supuesto, condiciones controladas, escogidas y preparadas.⁷ Dentro de esta, están las conocidas como técnicas de clonación:

- Gemelación artificial: este procedimiento es similar a la gemelación natural. De acuerdo con Sánchez Pacheco (2019) esta técnica ha sido empleada hace más de veinte años en producción de animales para mejoras ganaderas. De igual forma, Ciccone, afirma que ese proceso se debe a “provocar artificialmente la aparición de gemelos, separando una de las células del embrión original.”⁸

Conviene destacar que, los individuos creados a partir de esta técnica son iguales entre sí, dado a que comparten el mismo material genético. No obstante, son diferentes a sus progenitores, toda vez que han obtenido la mitad de su material genético de cada uno de sus padres.

- Transferencia nuclear de células somáticas: es el que se conoce como clonación propiamente dicha, dado que, el núcleo procede de un individuo nacido, este se transfiere

⁶ Sánchez Pacheco, L. F. (2019). Alcances biojurídicos sobre la clonación terapéutica en seres humanos y su incidencia en el derecho peruano.

⁷ *Ibidem*. P.15.

⁸ CICCONE, L., Bioética. Ediciones Palabra, Madrid, 2006, 2ª ed., p. 170



a un óvulo o cigoto enucleados, y el embrión se implanta en el útero⁹

A su vez, esta técnica se realiza a través de dos métodos: la Electrofusión, que es “la fusión con el óvulo enucleado mediante choque eléctrico”.¹⁰ Y la Microinyección, que se hace “introduciendo el núcleo directamente en el citoplasma del óvulo enucleado (...) requieren de dos a seis horas para que el óvulo se active”¹¹

- Clonación reproductiva: dentro de los objetivos de este procedimiento, está la de crear un sujeto idéntico al clonado, en palabras sencillas: idéntico a quien aportó el patrimonio genético.

Con respecto a este tipo de técnica en especial, la comunidad jurídica internacional, ha demostrado su oposición en diversos convenios, acuerdos y tratados internacionales, en razón a su alta peligrosidad con relación al desconocimiento que trae consigo. En efecto, como se citó en el trabajo de Sánchez (2019), dentro de los aspectos para tener en cuenta están: 1) la alta tasa de pérdidas embrionarias, abortos y nacidos muertos. 2) malformaciones y anomalías en el desarrollo, etc.¹²

- Clonación terapéutica: dentro de las ventajas de esta técnica, se encuentran la evitación de extracción de óvulos por parte de la persona gestante o parejas que recurren al procedimiento de fecundación in vitro, y por supuesto, la alta posibilidad de realizar

⁹ LÁÑEZ, E., Clonación: aspectos científicos, Departamento de Microbiología e Instituto de Biotecnología, Universidad de Granada, <https://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/Clonacion.html>.

¹⁰ A.A. Dilemas actuales: respuestas humanas. P. 77. Editorial LID, México D.F., 2013

¹¹ *Ibidem*, p. 77

¹² A.A. Dilemas actuales: respuestas humanas, p. 78,79



diagnósticos de implante para determinar futuros riesgos o prevenir algunas enfermedades a futuro.

De esta última, es sobre la cual girará el objetivo general de esta investigación y conforme a lo expuesto a continuación, se pondrán de manifiesto las diversas razones de por qué deberíamos ir abriendo, paulatinamente, la puerta a este gran avance para la humanidad.

CAPITULO II

BIENES JURÍDICOS IMPLICADOS EN LA CLONACIÓN

Hablar sobre la clonación es importante dado a que es un proceso biotecnológico complejo. Su uso, potencialmente, representa un gran impacto tanto positivo como negativo y parece que el debate parte de una base ética delimitada por la finalidad con que se lleva a cabo este tipo de técnicas de biología molecular.

A la vista de los más recientes acontecimientos científicos, el simple hecho de clonar embriones sea con una finalidad reproductiva o no, ha generado una reacción contraria lo suficientemente amplia como para que la comunidad científica y jurídica, considere manifestar su perspectiva frente a este tema en especial, pero lo realmente llamativo es, que no existe un punto de encuentro entre los argumentos que han venido afirmando ambas comunidades.

Por su parte, la dignidad humana, ha venido siendo el recurso más frecuente dentro de estas discusiones con relación a las técnicas de clonación. Toda vez que, se da lugar a la cosificación o instrumentalización de embriones. En efecto, pese a cuán avanzadas están estas



técnicas, no se ha profundizado aún, de manera suficiente, en la afectación concreta a la dignidad humana y si se debe proteger es la de los embriones, o de los seres nacidos.

Por todo lo anterior, resulta relevante en este momento de la investigación, que se proceda a identificar cuáles son los bienes jurídicos que ameritan ser protegidos y, por lo tanto, se opondría la clonación en sus diferentes tipos.

1. En la clonación humana reproductiva

1.1. Vida e integridad personal

Al no ser una técnica del todo terminada, esta podría dar lugar a numerosos fracasos. Dentro de estos, se encuentran el nacimiento de seres con graves anomalías y malformaciones. Por su parte, Carlos Romeo advierte que, estas técnicas están lejos de ser controladas y de prevenir efectos secundarios no previstos, cuyas manifestaciones podrían no ser detectables in vitro ni durante el curso del embarazo.

Por lo tanto, la interrupción del embarazo no sería, pese a su gran trascendencia jurídica con respecto a la vida, una opción disponible. El sujeto en este caso de protección son los niños y niñas nacidos por medio de esta técnica. Sin embargo, de acuerdo con el autor citado inmediatamente en líneas anteriores, esta objeción grave podría ser circunstancial, una vez se logre superar los riesgos con procedimientos absolutamente fiables y seguros.

1.2. Identidad e irrepetibilidad del ser humano

Dentro de los intereses del que está por nacer afectados por la clonación reproductiva, se encuentran la identidad genética nuclear y su irrepetibilidad. Con respecto a este último, existe la premisa de que todo ser humano es único e irrepetible. De esta manera, De Montera (2003)



manifiesta que la clonación no permite la conservación de la identidad individual porque, pese a que esta se compone de varios elementos¹³, la identidad genética juega un papel supremamente importante.

En ese mismo orden de ideas, como es citado en el trabajo de Santiago Calise (1998) argumentan de que el poder de decisión con el cual cuentan los padres va más allá de las relaciones de influencia reciproca que existen entre los individuos en una sociedad humana. También, que es una forma de intrusión del otro en la identidad de la persona y, por último, que se le niega al niño o la niña, un futuro abierto e indeterminado. Por lo tanto, también se estaría atacando su dignidad, porque una de las bases de esta es la autonomía, *su irreductibilidad a la voluntad de cualquier otro*.¹⁴

1.3. Variabilidad genética

La variabilidad genética es una medida de la tendencia de los genotipos de una población a diferenciarse.¹⁵ Este fenómeno ocurre por mutaciones, recombinaciones y alteraciones en el cariotipo (el número forma, tamaño y ordenación interna de los cromosomas). En este mismo orden de ideas y en concordancia con el tema objeto de investigación, la diversidad genética contribuye a la supervivencia y preservación de la especie humana frente a *agentes externos a las que podría ser vulnerable una determinada configuración genética*¹⁶ De lo anterior podemos

¹³ Identidad genética, epigenética y la vivencia del individuo mismo.

¹⁴ Calise, S. G. (2015). La clonación humana y el problema de la identidad. *Isegoría*, (53), 697-710.

¹⁵ Biodiversidad Mexicana. Variabilidad Genética. Sitio web. 2020.
<https://www.biodiversidad.gob.mx/genes/vargenetica>

¹⁶ Casabona, C. M. R. (2000). Bienes jurídicos implicados en la clonación. *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, (2), 145-168.



concluir que, si se hace uso de la clonación, creando individuos idénticos, se estaría vulnerando el principio de la evolución y variabilidad del género humano.

CAPITULO III

LA CLONACIÓN TERAPEUTICA

Con relación a la clonación, su utilidad reproductiva no ha sido la única sugerida, de hecho, la terapéutica ha despertado una discusión con amplias perspectivas. Es así como en 1998, la revista *Science* publica un trabajo, fruto de dos laboratorios: Dr. Thomson en la Universidad de Wisconsin (Estados Unidos) y el de Dr. Itzkovitz, en el Centro Médico Nacional de Haifa (Israel). Ese escrito, pone de manifiesto la posibilidad de una clonación con fines terapéuticos.¹⁷

Los estudios cuyo objetivo principal era el terapéutico, tomaron como punto de partida los embriones fecundados para técnicas de fecundación in vitro, de esta forma, no habría lugar a la incursión de la creación de embriones para investigaciones, conducta que en muchos Estados hoy en día aún es delito. Ejemplificando lo mencionado: los investigadores de la Universidad de Wisconsin y del Centro Médico de Haifa procedieron de la siguiente manera:

El óvulo fecundado in vitro con el espermatozoide se ha cultivado en el laboratorio hasta el estadio de trofoblasto. En este punto del desarrollo embrionario, las células del embrión poseen todavía su capacidad totipotente, es decir, pueden aún generar todas las estructuras del cuerpo humano. Es justamente en este punto donde los investigadores han intervenido en el desarrollo

¹⁷ Barahona, M. L. (2000). Clonación humana reproductiva y terapéutica. *Cuadernos de bioética*, 3, 4.



embrionario in vitro tomando algunas de las células del embrión y cultivándolas en una placa Petri con la consiguiente muerte del embrión.¹⁸

Desde luego, como forma de atenuar los juicios morales con respecto a la utilización de embriones humanos para investigaciones y procesos genéticos terapéuticos, se ha propuesto la utilización de embriones sobrantes de la fertilización in vitro, claro, siempre que medie consentimiento informado de las personas donantes. Sin embargo, esta propuesta no parece suficiente al hacer un paralelo entre esta forma de emplear esta técnica y el potencial derecho a la vida el embrión.

A consecuencia de esto, si en algún momento la posibilidad de generar tejidos de la forma descrita en líneas anteriores, éstos, según la Dra. Mónica López Barahona¹⁹, seguirían presentando problemas de rechazo que habría que solventar con técnicas de ingeniería genética. En efecto afirma que:

Bastaría con tomar el DNA de una célula somática e introducirlo en un óvulo anucleado, continuar la fecundación in vitro de este embrión hasta el estado de trofoblasto, tomar parte de las células totipotentes con la consecuente muerte del embrión, y dirigir su diferenciación hacia el tejido requerido.²⁰

En este sentido, existen otras iniciativas que, definitivamente, evitan emplear embriones humanos pero que cuentan con el mismo objetivo. Sírvase de ejemplo, los experimentos publicados en febrero de 1999 por la revista *Science*, creando una revolución en el campo de la

¹⁹ Directora de Bioquímica del Centro Universitario Francisco de Vitoria, Madrid.

²⁰ *Ibid.*, p. 343.



biología celular, en el que se tuvo como material de estudio a ratones adultos. Es así como los investigadores tomaron células pluripotentes del SNC en el cerebro de una estirpe de ratón, “estas células, poseen la capacidad de generar células del tejido nervioso.”²¹ Como resultado se obtuvo que, al inyectar neuroblastos en la médula ósea de otra estirpe de ratón, han generado células de la línea hematopoyética.

En paralelo con la idea que se está desarrollando, otro equipo de investigadores suecos, publicaron en la misma revista, un artículo que menciona la capacidad de obtener diferentes tipos de células de distintos tejidos a partir de células madre del sistema adulto en ratón.¹⁹ En definitiva, estos resultados abren una posibilidad hacia una diferenciación dirigida de células pluripotentes no embrionarias. Que, en palabras de la directora de Bioquímica del Centro Universitario Francisco de Vitoria: “El problema ético quedaría así resuelto, pues no sería necesario sacrificar ningún embrión para obtener tejidos in vitro.”

Por otro lado, con respecto a las reacciones inmunológicas, el debate tiene un horizonte mucho más reducido al momento en que la salud se encuentra implicada y que, por lo tanto, se considera mucho más el dejar a un lado un juicio moral, por el beneficio de la humanidad. Ahora bien, el rechazo inmunológico, es un mecanismo que usa el cuerpo, generalmente, para protegerse de agentes nocivos como microorganismos, toxinas y, en algunas veces, de células. Esto ocurre porque el sistema inmunitario de la persona detecta que los antígenos en las células del órgano o del tejido son diferentes o no son compatibles. En efecto, una de las consecuencias sería: posibles infecciones o, aún más grave, la pérdida del órgano o tejido trasplantado. De ahí, que es necesario

²¹ Ibid., p. 344.



una técnica de terapia genética que evite complicaciones, en el mayor los casos, un rechazo como del que se habló en líneas anteriores.

La clonación terapéutica, según Merchant:

(...) se trata de clonar células y no individuos. Es decir, aprovechando la capacidad que tiene el ovocito de reprogramar al genoma de una célula somática, es posible obtener células con la misma identidad genética de un paciente que requiera reemplazar un tejido dañado.²²

De hecho, la razón principal que sustenta la necesidad de utilización de esta técnica es la falta de compatibilidad entre los donadores de órganos y los receptores. Aunado a esto es ilógico no pensar en emplear este proceso, en mejorarlo y perfeccionarlo, para asistir a aquellas personas que se encuentren en largas listas de espera para un trasplante.

Dentro de este marco, en el más reciente trabajo del grupo de Woo Suk Hwang, publicado también en *Science*, los investigadores obtuvieron células troncales a través de la transferencia de núcleos que provenían de células sanas de la piel de personas que padecían enfermedades como la diabetes, lesión de médula espinal o alguna enfermedad del sistema inmunológico. Las líneas celulares obtenidas, de acuerdo con el Dr. José Luís Torres Cosme²³ pueden considerarse como gemelos idénticos de los pacientes que donaron células, es decir “que, si los pacientes enfermos que donaron células de su piel requirieran reemplazar algún tejido dañado, éste se podría obtener

²² Merchant, H. MERCHANT, H., Clonación humana: implicaciones biológicas y éticas. México, 2008. Op. Cit.,p.72.

²³ Investigador Asociado Subdirección de Investigación en Salud Pública del INPer



de las líneas celulares troncales desarrolladas, sin que ocurrieran los problemas de rechazo que se presentan en los trasplantes”

Atendiendo a estas consideraciones, resulta conveniente resaltar que, científicos estadounidenses demostraron que son capaces de crear las neuronas deseadas y dirigir las a la zona afectada, de ahí que enfermedades que en su momento parecían incurables como el Parkinson, hoy en día haya una esperanza. De hecho, el nuevo procedimiento ha permitido una producción mucho más selectiva de células nerviosas, dando lugar a neuronas de distintas zonas cerebrales. Las evidencias anteriores, se constatan en su publicación en Nature Biotechnology, en donde demostraron la eficacia de los dos tipos de células nerviosas a la hora de generar importantes cantidades de dopamina.

En virtud de los aportes mencionados a lo largo de este capítulo, se concluye que, pese a los juicios morales que en principio fue víctima la clonación terapéutica, los investigadores que se han encargado de estudiarla y de defenderla, han hecho frente a cada una de las críticas. Por tal razón, la que tuvo mayor apoyo en su momento fue la prohibición en razón a la cosificación del embrión al terminar con su vida durante el proceso, empero, esta no resultó razón suficiente para restringir su aplicación en las investigaciones, grupos de científicos como los mencionados en líneas anteriores demostraron que no era necesario la utilización de embriones como en un momento se creía, en efecto, el Dr. José Luíz Torres Cosme, en su investigación pone de manifiesto el proceso mediante el cual se obtiene células troncales a través de la transferencia de núcleos que provenían de células sanas de la piel de personas. En definitiva, esta técnica no representa vulneración mayor por la cual deba ocultarse ni mucho menos prohibirse, por esa razón, diferentes Estados han optado por su legalización como lo veremos en el capítulo siguiente, en donde se hará



un análisis de Derecho Comparado y se expondrán las diferentes tratados y convenciones internacionales.

CAPITULO IV

REFERENCIAS NORMATIVAS INTERNACIONALES CON RELACIÓN A LA CLONACIÓN HUMANA

Antes del desarrollo de lo concerniente a este capítulo, es necesario dejar en claro que, con relación a los instrumentos del derecho internacional, existen dos denominaciones: el *soft law* y el *hard law*. Estas categorías responden a, si el instrumento perteneciente a esta área del Derecho es vinculante o no. En ese orden de ideas, si el instrumento del que se trata es vinculante, corresponderá al *hard law* como, por ejemplo: tratados, convenios, pactos o acuerdos internacionales. Por el contrario, si no cuentan con esa vinculatoriedad, harán parte del *soft law*. Como, por ejemplo: declaraciones, recomendaciones y resoluciones. Que, a su vez, suministran pautas y principios, así como la posibilidad de imponer obligaciones morales²⁴ En efecto, como se citó en la investigación de Sánchez Pacheco (2019) “Algunos de ellos incluso pueden llegar a ser 'semi-vinculantes', como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) adoptada en 1948.”²⁵

²⁴ Sánchez Pacheco, L. F. (2019). Alcances biojurídicos sobre la clonación terapéutica en seres humanos y su incidencia en el derecho peruano.

²⁵ *Ibíd.*, p.28.



En otro orden de ideas, la aceptación de los desarrollos de la ciencia, la medicina y la tecnología depende de cuánto promueven el beneficio con respecto a la salud del ser humano, siempre y cuando se respeten principios como la dignidad y la integridad física de las personas, desde su nacimiento, hasta el momento en que sus funciones vitales cesen. No obstante, en forma paralela a los avances, también han tenido lugar ciertos experimentos que, desafortunadamente no representan ninguna conveniencia para la humanidad. Un claro ejemplo de esto son los experimentos realizados por Josef Mengele²⁶ en Auschwitz, cuya finalidad era “determinar cómo las diversas razas soportaban las diferentes enfermedades contagiosas.”²⁷ De estos actos inhumanos se desprenden ciertas consecuencias, como lo fue el rechazo de la comunidad internacional, materializado en la creación de un tribunal (el de Nuremberg) cuya jurisdicción fue estipulada en el Estatuto de Nuremberg. Este estaba facultado para juzgar y castigar a las personas que, actuando en interés de los Estados del Eje europeo, hubiesen cometido crímenes contra la paz, entre ellos, el de “planear, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales”²⁸

Ahora bien, se procederá a realizar un análisis de ciertos documentos internacionales que cuentan con gran relevancia jurídica y que, además, muestran cómo en el avance de los tiempos,

²⁶ Obsesionado por mejorar la raza aria, el médico nazi Josef Mengele realizó crueles y espantosos experimentos en su laboratorio del campo de exterminio de Auschwitz. Su frialdad y falta de compasión le valieron el sobrenombre de El Ángel de la Muerte. Para más información, consultar: Sadurní, J. (2022). Josef Mengele, el cruel médico Nazi de Auschwitz. Sitio Web National Geographic.

²⁷ VARIOS, United States Holocaust Memorial Museum. Washington, Estados Unidos. Recuperado el 2 de junio de 2018, de Experimentos Médicos Nazis: <https://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007227>

²⁸ Naciones Unidas. (2002). Examen histórico de la evolución en materia de agresión. Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional.



la ciencia, la tecnología y la biotecnología deben estar al servicio de la humanidad.²⁹ Antes de iniciar, conviene resaltar que el documento que dará apertura a este análisis será el Código de Núremberg luego, de forma cronológica se avanzará hasta terminar con la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos.

1. El código de Núremberg

El consentimiento informado como proceso en el que se le proporciona a las personas en calidad de pacientes, información importante: como los riesgos y beneficios de un tratamiento médico, prueba genética o ensayo clínico, cumple una función muy importante; es la de permitirle a los pacientes decidir si en realidad se quieren someter a dichas pruebas. Tanta es su trascendencia que fue uno de los principios más relevantes constatados en diferentes documentos internacionales, sobre todo en el Código de Núremberg, promulgado el 20 de agosto de 1947 por el Tribunal Internacional de Núremberg sobre Ética Médica. En él, se ponen de manifiesto principios cuyo objetivo es orientar la actividad científica con seres humanos. Esto, en razón a las condiciones experimentales infrahumanas en las que fueron sometidas las personas recluidas en los campos de concentración.³⁰ Dichos principios son los siguientes:

1. El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona afectada deberá tener capacidad legal para consentir; deberá estar en situación tal que pueda ejercer plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, intimidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza;

²⁹ Sánchez Pacheco, L. F. (2019). Alcances biojurídicos sobre la clonación terapéutica en seres humanos y su incidencia en el derecho peruano. P. 30.

³⁰ Sánchez Pacheco, L. F. (2019). Alcances biojurídicos sobre la clonación terapéutica en seres humanos y su incidencia en el derecho peruano. P. 31.



y deberá tener información y conocimiento suficientes de los elementos del correspondiente experimento, de modo que pueda entender lo que decide (...)

2. El experimento debería ser tal que prometiera dar resultados beneficiosos para el bienestar de la sociedad, y que no pudieran ser obtenidos por otros medios de estudio. No podrán ser de naturaleza caprichosa o innecesaria.

3. El experimento deberá diseñarse y basarse sobre los datos de la experimentación animal previa y sobre el conocimiento de la historia natural de la enfermedad y de otros problemas en estudio que puedan prometer resultados que justifiquen la realización del experimento.

4. El experimento deberá llevarse a cabo de modo que evite todo sufrimiento o daño físico o mental innecesario.

5. No se podrán realizar experimentos de los que haya razones a priori para creer que puedan producir la muerte o daños incapacitantes graves; excepto, quizás, en aquellos experimentos en los que los mismos experimentadores sirvan como sujetos.

6. El grado de riesgo que se corre nunca podrá exceder el determinado por la importancia humanitaria del problema que el experimento pretende resolver.

7. Deben tomarse las medidas apropiadas y se proporcionaran los dispositivos adecuados para proteger al sujeto de las posibilidades, aun de las más remotas, de lesión, incapacidad o muerte.

8. Los experimentos deberían ser realizados sólo por personas calificadas científicamente. Deberá exigirse de los que dirigen o participan en el experimento el grado



más alto de competencia y solicitud a lo largo de todas sus fases.

9. En el curso del experimento el sujeto será libre de hacer terminar el experimento, si considera que ha llegado a un estado físico o mental en que le parece imposible continuar en él.

10. En el curso del experimento el científico responsable debe estar dispuesto a ponerle fin en cualquier momento, si tiene razones para creer, en el ejercicio de su buena fe, de su habilidad comprobada y de su juicio clínico, que la continuación del experimento puede probablemente dar por resultado la lesión, la incapacidad o la muerte del sujeto experimental.³¹

De acuerdo con Sánchez (2019) este documento internacional es importante porque durante la realización de esos experimentos y pruebas en seres humanos, la autonomía de los pacientes quedó *postergada y olvidada*. De ahí que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América, Francia y la Unión Soviética, mediante un acuerdo firmado en Londres el 8 de agosto de 1954, decidieron crear un tribunal que juzgue con base a las violaciones con respecto a estos principios que tuvieron lugar durante la existencia de los campos de concentración en Alemania. Esta intervención internacional fue respaldada por la comunidad internacional.

Como consecuencia de lo anterior, el respeto frente a dignidades propias de las personas ha tomado un papel protagónico dentro de la investigación. Por tal motivo, en concordancia con la clonación terapéutica, esta supone reevaluar el quinto principio, es decir, que en medio del experimento se provoque la muerte o la lesión irreparable del embrión.

³¹ Universidad de Navarra. (2013) El Código de Núremberg. Material de bioética.



2. Convención Europea para la protección de los Derechos humanos y de la Dignidad del Ser Humanos frente a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina (Convención de Oviedo)

Firmado el 4 de abril de 1997, al Convenio de Oviedo se adhieren los Estados parte de la Unión Europea, cuyo objetivo principal es la protección del ser humano y su dignidad en todos los ámbitos. Lo anterior, en aras de que se garantice un acceso justo e igualitario a los descubrimientos científicos, siempre que estos representen notables mejoras en las condiciones de salud y vida del ser humano. De ahí que, en su artículo primero se contemplen las siguientes particularidades:

Artículo 1. Objeto y finalidad. Las Partes en este Convenio protegerán la dignidad e identidad de todo ser humano y garantizarán a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina. Cada parte tomará, en su ordenamiento interno, las medidas necesarias para llevar a cabo lo previsto en este convenio.

De tal artículo se desprenden las obligaciones que asumirán aquellos Estados que ratifiquen este convenio y, a su vez, generará responsabilidad internacional para aquellos que incumplan dichas prestaciones.

Por otro lado, si bien el desarrollo y la innovación de las nuevas tecnologías hacen un poco más fácil la vida de las personas, esta de igual forma, propicia un costo del cual muchos no son conscientes. Costos que, intentan ser atenuados a través de normas como la contemplada en el Art. 13 relacionado con intervenciones en el genoma humano:



Artículo 13. Intervenciones en el genoma humano. No podrá realizarse intervención alguna sobre el genoma humano si no es con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos y a condición de que no tenga por objetivo modificar el genoma de la descendencia.

En ese sentido, el informe explicativo del Convenio para la protección de los Derechos humanos y de la dignidad del ser humano frente a las aplicaciones de la biología y de la medicina, sostiene que “el progreso de la ciencia ha abierto perspectivas muy positivas, pero también interrogantes e incluso grandes temores... su empleo abusivo puede poner en peligro no solo al individuo, sino a la especie en sí misma”³²

Como consecuencia de todo lo anterior, este documento está revestido de gran importancia dado a que es el primer documento dentro de la Comunidad Europea e Internacional que versa de forma exclusiva sobre aspectos relacionados con la Biología y Medicina en concordancia con los Derechos Humanos y su debido respeto.³³ De ahí que, uno de los puntos que más sobresalen luego del análisis sobre este documento, es la prohibición de crear embriones para investigar.

3. Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos

La Unesco (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) nació en consecuencia a un conflicto mundial enmarcado por la violencia racista y antisemita. En efecto, el

³² AA. VV., Informe explicativo del Convenio para la protección de los Derechos humanos y de la Dignidad del Ser Humanos frente a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, fuente http://www.chospab.es/comite_etica/documentos/DOCUMENTOS_INTERNACIONALES/Informe_Explicativo_Convenio_Oviedo.pdf, última revisión 05 de marzo de 2019

³³ Sánchez Pacheco, L. F. (2019). Alcances biojurídicos sobre la clonación terapéutica en seres humanos y su incidencia en el derecho peruano. P. 38.



deber de esta organización es reafirmar las misiones humanistas de educación, ciencia y cultura.³⁴

Debido a que la diversidad cultural “está bajo ataque y nuevas formas de intolerancia, rechazo de hechos científicos y amenazas a la libertad de expresión desafían la paz y los derechos humanos.”³⁵

Conforme a esto, se aprueba la declaración universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Por su parte, esta declaración, reconoce la importancia de la investigación en temas de salud y de acuerdo con la cita que hace Lizeth Sánchez, en su investigación:

“es el documento más importante que en materia de bioética se haya dictado y, si bien no tiene un carácter vinculante, es la base jurídica internacional en la que deberán apoyarse los estados miembros cuando quieran contemplar en su legislación nacional reglas en materia de Derecho Genético.”³⁶

De ahí que, su objetivo principal sea delimitar el marco ético de las actividades relacionadas con el genoma humano, “a fin de que no se vulneren los derechos humanos ni se limiten las investigaciones biocientíficas.”³⁷ En palabras sencillas: se promueven las investigaciones científicas, pero sin dejar de asegurar el respeto de las garantías mínimas de las personas. Dado lo anterior, en su artículo primero reza lo siguiente:

³⁴ Portal de la UNESCO <https://en.unesco.org/about-us/introducing-unesco>, última revisión 15 de enero de 2019.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Sánchez Pacheco, L. F. (2019). Alcances biojurídicos sobre la clonación terapéutica en seres humanos y su incidencia en el derecho peruano. P. 39.

³⁷ VARSI, E., Bioética, Genoma y Derechos Humanos: efectivizando la protección de la humanidad, IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, N°. 21, 2000, págs. 264-280



Artículo 1: El Genoma Humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

De este artículo en específico, se infiere que lo que prevalece es la *diversidad intrínseca* en cada persona, *dada por el aporte de los progenitores que al combinarse generan un nuevo ser con sus propias características*. Eso quiere decir que, si el patrimonio genético es considerado patrimonio de la humanidad, entonces su preservación es un deber de toda la humanidad. Su explicación, según Sánchez (2019) se encuentra en la tesis de Huguet donde manifiesta que:

“(…) la reproducción sexual daría lugar a una generación continua de variabilidad genética y también se evitará la acumulación de mutaciones deletéreas que podrían llevar a la extinción en linajes asexuales. Además (...) surge un nuevo ser vivo cuya dotación genética es única y diferente a la de sus progenitores, cosa que no ocurre en la reproducción asexual.”³⁸

Aunado lo anterior, con la importancia de este documento internacional, se concluye que, pese a que no cuenta con una fuerza vinculante, cumple un papel fundamental dentro de las tareas de la Unesco con relación a la promoción de la paz, determinando la comunidad internacional a asumir un compromiso de tipo moral.

4. Protocolo adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano.

³⁸ HUGUET, P., Clonación Humana: Aspectos bioéticos y legales, Madrid, 2004



Los acuerdos internacionales existentes para el año de 1998, aparentemente, no eran suficientes para lograr una consciencia sobre el respeto de la vida en el desarrollo de experimentos científicos. Por tal razón, la Comunidad Europea necesitaba ejercer mayor presión sobre los Estados que la conformaban, sobre todo, sobre aquellos procedimientos clonatorios. Es así en donde no solo se hace un llamado con respecto a la clonación con mamíferos, sino también a la humana. De ahí que el Consejo Europeo haya afirmado que este tipo de prácticas “es contraria a la dignidad humana y constituye, así, un abuso de la biología y la medicina.”³⁹ Como consecuencia de lo anterior, se promulgó el artículo siguiente:

Artículo 1

1. Se prohíbe toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto.
2. A los efectos de este artículo, por ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano se entiende un ser humano que comparta con otro la misma serie de genes nucleares

Se infiere entonces, que el principal móvil que impulsó a la creación de este protocolo adicional fue evitar la creación de seres humanos que tengan el mismo patrimonio genético en sus células *de forma premeditada*. Prohibición fundamentada en la dignidad, que se encontraría en riesgo, toda vez que “la persona pasaría de ser un sujeto de derecho a un mero objeto de estudio, un producto sobre el cual se creador sería quien posee control absoluto y la sentencia final respecto

³⁹ Protocolo al convenio de derechos humanos y biomedicina, sobre prohibición de clonar seres humanos, París, 12 de enero de 1998, obtenido de, última entrada 28 de julio de 2018



de su desarrollo.”⁴⁰ De esta forma, se le niega la oportunidad a un principio que propicia la supervivencia humana: la variabilidad genética.

En definitiva, este documento considerando su fuerza vinculante, es importante porque permitió la redacción de un informe explicativo que amplió el horizonte sobre aquello que se debe tener en cuenta cuando se trata la clonación: dignidad del ser humano y la cosificación del mismo. Este informe, a diferencia de los que se redactaron con anterioridad, ahonda exclusivamente la prohibición de clonar seres humanos.⁴¹

5. Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia

Pese a que esta convención no representa mayor desarrollo con respecto al tema objeto de estudio, debido a que su enfoque va dirigido hacia problemáticas históricas de racismo, en su Capítulo III manifiesta:

xiii. La realización de investigaciones o la aplicación de los resultados de investigaciones sobre el genoma humano, en particular en los campos de la biología, la genética y la medicina, destinadas a la selección de personas o a la clonación de seres humanos, que prevalezcan sobre el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana, generando cualquier forma de discriminación basada en las características genéticas.⁴²

⁴⁰ Sánchez Pacheco, L. F. (2019). Alcances biojurídicos sobre la clonación terapéutica en seres humanos y su incidencia en el derecho peruano. P. 44.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 44.

⁴² Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia. Disponible en



Esta convención, coloca sobre la mesa un nuevo debate sobre la clonación, en este caso entorno a los temas de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia. Debido a que si en este tipo de procedimientos, las circunstancias correctas no median, podrían ocasionar una dominación de una raza, sobre otra. Algo similar a lo que sucedió en la segunda guerra mundial.

Por otro lado, esta convención deja en libertad la decisión de cada Estado de regular la clonación, en efecto utiliza cuatro verbos rectores: prevenir, eliminar, prohibir y sancionar. Y al final, deja constancia que, dependiendo de la normativa de cada Estado.

Para mayor ilustración, a continuación, se expondrá a través de una tabla, los instrumentos internacionales que fueron objeto de análisis en este capítulo.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES				
CÓDIGO DE NÚREMBERG	CONVENCIÓN DE OVIEDO	DECLARACIÓN UNIVERSAL DEL GENOMA Y LOS DERECHOS HUMANOS	PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO	CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA.

<http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp>. Consultado el 30 de



abril de 2022.



SOFT LAW	SOFT LAW	SOFT LAW	HARD LAW	HARD LAW
Establece principios	Establece principios	Establece principios	Aplicación exclusiva para aquellos Estados que ratifiquen el convenio.	Aplicación exclusiva para aquellos Estados que ratifiquen la convención

CAPITULO V

CLONACIÓN TERAPEUTICA Y DERECHOS HUMANOS

En este capítulo se evaluará en qué medida, los derechos humanos, tienen lugar en las cuestiones fundamentales que la biomedicina moderna pone sobre la mesa y, en concreto, cuál es el alcance de la teoría moderna de los derechos humanos fundamentales en la clonación terapéutica.

Por su parte, las normas de Derecho Internacional marcan una serie de pautas que, a su vez, sirven de principios,⁴³ los cuales ayudan a resolver cuestiones que surgen en el desarrollo de la actividad biomédica. De ahí que esta actividad debe estar en plena concordancia con aquellas disposiciones internacionales en razón a su vocación universal. Esta vocación, implica el reconocimiento expreso de la mayoría de los Estados al llegar a un mínimo acuerdo moral y, por



⁴³ Gómez, A. G. (2005). La clonación a la luz de los derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*, (6), 303-334.



ende, reconocer también que una de las formas de garantizar ciertas dignidades, es a través de la Teoría de los derechos humanos.

En ese sentido, considerando la definición de derechos humanos como un “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”⁴⁴ Se determina que, están compuestos por dos dimensiones: la ética y la jurídica. Es ética porque su contenido y alcance se enlaza ineludiblemente a cuestiones y exigencias de esta misma naturaleza.⁴⁵ De las cuales, deben beneficiarse todos los seres humanos. Por lo tanto, de acuerdo con Alberto García Gómez⁴⁶ “no son simplemente una serie de pautas morales —más o menos genéricas— ni pueden reducirse a una simple formulación positiva susceptible de ser o no reconocida por las normas jurídicas, en función de la cambiante voluntad legislativa.”

Atendiendo a líneas anteriores, a través de los derechos fundamentales, se han instrumentado los medios políticos y jurídicos adecuados para garantizar el respeto y promoción de los derechos humanos en general. Esto, en virtud de la amplia vinculatoriedad que tienen los textos constitucionales que, “por propia vocación dotan de especial fuerza jurídica a tales derechos, garantizando así una mayor realización efectiva.”⁴⁷ En palabras de Gómez (2005) “los derechos

⁴⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 46.

⁴⁵ Gómez, A. G. (2005). La clonación a la luz de los derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*, (6), 303-334. p.,4.

⁴⁶ Miembro del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa Investigador del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense

⁴⁷ Gómez, A. G. (2005). La clonación a la luz de los derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*, (6),303-334. p.,11.



humanos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos y no simples juicios de valor o meras indicaciones morales”, a través de ellos, los seres humanos tienen la posibilidad de exigir el cumplimiento de una obligación al Estado⁴⁸, a quien en principio le corresponde protegerlos.

Para finalizar, nos detendremos en la textura abierta propia de los derechos humanos.

Se habla de textura abierta porque su contenido se va descubriendo, integrando y concretando conforme pasa el tiempo y las circunstancias lo permitan. En este proceso de evolución, toman importante participación distintos factores sociales y culturales, en los que se desarrollan la vida humana. De forma aclaratoria, conviene afirmar que, con respecto al nacimiento de muchos derechos algo que tienen en común es que, por medio de ellos se buscaba proteger a seres humanos que se encontraban en una situación de debilidad y vulnerabilidad manifiesta. En palabras sencillas: los derechos humanos son reconocidos por normas jurídicas en tiempos históricos determinados, cumpliendo con las exigencias de dignidad, libertad e igualdad. De ahí que estos, no se consagren como un concepto acabado o *perfectamente definidos*, de tal suerte que, su contenido es una tarea inacabada.⁴⁹

Retomando la concordancia entre la actividad biomédica y las normas de carácter internacional reguladoras de esta materia, la clonación terapéutica, cumple con aquellos requisitos a partir de los cuales se aprueba una técnica de biomedicina. Anteriormente, este tipo de clonación representaba uno de los mayores debates en materia genética porque implicaba quitarle la vida a un embrión, de esa forma, se discutía acerca de que ninguna vida es más importante que otra, algo

⁴⁸ BALLESTEROS, Jesús, Sobre el sentido del derecho, Tecnos, Madrid, 1994, p

⁴⁹ Gómez, A. G. (2005). La clonación a la luz de los derechos humanos. *Anuario de derechos humanos*, (6), 303-334. p.,20.



parecido a lo que sucede con el aborto. Hoy en día, la clonación terapéutica no se ejecuta a través de embriones sino de células encontradas en tejidos. Así como se explicó en líneas anteriores. Por tal razón, no se encuentra ningún argumento bajo el cual deba prohibirse la clonación terapéutica.

Conclusiones

A manera de reflexión, se concluye lo siguiente:

Hasta la fecha, es evidente que ciertos instrumentos internacionales no están ajustados a la realidad actual. En efecto, se han identificado un número de deficiencias que responden al avance que hemos tenido como humanidad. En el caso concreto de la clonación, las declaraciones, convenciones y tratados tuvieron su auge en la década de los noventa. Hoy en día, las técnicas se han perfeccionado hasta el punto de no afectar los bienes jurídicos que eran afectados en ese entonces. Por lo tanto, si se busca prohibir la clonación debe ser mediante otros argumentos y no por medio de aquellos que no están en concordancia con los aportes más recientes.

Con relación a la clonación terapéutica, no es lógico que reciba algún tipo de prohibición. Por años se ha demostrado su potencial contribución en la cura de enfermedades que aún parecen incurables, y, amparar dicha restricción bajo juicios morales resulta inadecuado, toda vez que ya no es necesario el uso de embriones para lograr su finalidad terapéutica, que no hay lugar a la cosificación de este. Para ampliar este horizonte, el Dr. José Luís Torres Cosme, en su investigación aclara que el proceso mediante el cual se obtiene células troncales a través de la transferencia de núcleos proviene es de células sanas de la piel de personas.



Las Ciencias Biomédicas, pese a que pertenecen a otras disciplinas del conocimiento con relación al Derecho, cumplen una labor fundamental en la evolución de este. Los debates que pone sobre la mesa invitan a cuestionarnos una vez más sobre el ser humano, cuándo es este considerado una persona y también si su derecho a la vida es absoluto. Estos fenómenos son el reflejo de la necesidad de crear nuevos instrumentos jurídicos que estén en concordancia con los aportes más recientes.

Considerando que los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados, es imperioso que sean reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional, a fin de dotarlos de las garantías jurídicas necesarias para su efectividad universal. En ese orden de ideas, resulta menester que la clonación terapéutica sea regulada a través de una norma que permita su aplicación y tenga como valor principal, el respeto por una vida digna, toda vez que nadie está obligado a soportar enfermedades degenerativas cuando la ciencia ha demostrado que hay vías para atenuarlas o curarlas.

La textura abierta de los derechos humanos amplía el margen de aplicación y protección, por eso, al irse descubriendo, integrando y concretando conforme pasa el tiempo y las circunstancias lo permiten, su composición no es rígida. En ese sentido, cerrarse a la posibilidad de crear nuevos derechos humanos que defiendan la clonación terapéutica no es algo alejado de la realidad ni mucho menos amenazante. Una de las finalidades de esta investigación es permitir que se hable sobre este tema, que se de luz verde a nuevas técnicas de clonación y que se deje a un lado aquellos juicios de valor que, a la postre, terminan quitando la oportunidad de una evolución propia de la naturaleza del ser humano.



Referencias bibliográficas

Naciones Unidas. (2002). Examen histórico de la evolución en materia de agresión.

Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional.

Muñoz, G. L. E., Ángeles, L. O., & Moreno, C. V. María de Jesús Laura Casteñeda Partida
lauracp@ campus. iztacala. unam. Mx

Sánchez Pacheco, L. F. (2019). Alcances biojurídicos sobre la clonación terapéutica en seres humanos y su incidencia en el derecho peruano.

A.A. (2013) Dilemas actuales: respuestas humanas. p. 77. Editorial LID, México D.F.

Láñez, E. (s.f.) Clonación: aspectos científicos, Departamento de Microbiología e Instituto de Biotecnología, Universidad de Granada.

Casabona, C. M. R. (2000). Bienes jurídicos implicados en la clonación. Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas. p. 145-168.

Barahona, M. L. (2000). Clonación humana reproductiva y terapéutica. Cuadernos de bioética, 3, 4.

Merchant, H. (2008) Clonación humana: implicaciones biológicas y éticas. México. La clonación terapéutica, una solución para el Parkinson. Sitio web ELMundo.es. 2003

Sadurní, J. (2022). Josef Mengele, el cruel médico Nazi de Auschwitz. Sitio Web National Geographic.



Biodiversidad Mexicana. Variabilidad Genética. Sitio web. 2020

<https://www.biodiversidad.gob.mx/genes/vargenetica>

Universidad de Navarra. (2013) El Código de Núremberg. Material de bioética.

AA. VV. (s.f.), Informe explicativo del Convenio para la protección de los Derechos humanos y de la Dignidad del Ser Humanos frente a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina.

Portal de la UNESCO <https://en.unesco.org/about-us/introducing-unesco>, última revisión 15 de enero de 2019.

Varsi, E. (2000) Bioética, Genoma y Derechos Humanos: efectivizando la protección de la humanidad, IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, N°. 21. p. 264-280.

Huguet, P. (2004) Clonación Humana: Aspectos bioéticos y legales, Madrid.

Protocolo al convenio de derechos humanos y biomedicina, sobre prohibición de clonar seres humanos, París, 12 de enero de 1998, obtenido de, última entrada 28 de julio de 2018.

Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp.

Consultado el 30 de abril de 2022.

Gómez, A. G. (2005). La clonación a la luz de los derechos humanos. Anuario de derechos humanos, (6), 303-334.



Pérez, A. (2004). Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid. p. 46. Ballesteros, J. (1994) Sobre el sentido del derecho, Tecnos, Madrid. p. 101. Ciccone, L. (2006) Bioética. Ediciones palabra, Madrid. 2da ed. P. 170.

Calise, S. G. (2015). La clonación humana y el problema de la identidad. *Isegoría*, (53), 697-710.



AUSENCIA NORMATIVA: LA INVESTIGACIÓN DEL GENOMA HUMANO, EL BIODERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS.

Jessica Ximena Arévalo Triana⁵⁰

“Antes creíamos que nuestro futuro estaba en las estrellas. Ahora sabemos que está en nuestros genes”.

James Dewey Watson⁵¹

Sumario: 1. Introducción. 2. El Genoma Humano, el puente entre la Bioética y el Bioderecho. 3. La investigación Genética y los Derechos Humanos. 4. Derecho comparado: Regulación normativa del genoma humano. 5. Ausencia normativa del Genoma humano en Colombia. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo expone la trascendencia que tiene la investigación del genoma humano en el derecho y la relación que tiene con una de las nuevas áreas desarrolladas en la actualidad conocida como el Bioderecho. Aunado a lo anterior, se desarrolla un análisis y estudio en derecho comparado sobre la normatividad existente a nivel internacional sobre el genoma

⁵⁰ Estudiante de Tercer (3°) año de Derecho calendario A de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, adscrita al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, miembro del Semillero Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (PDHULBQ). Jessicax-arevalot@unilibre.edu.co

⁵¹ Bioquímico y genetista estadounidense considerado uno de los padres de la biología molecular. Recibió el premio Nobel de Fisiología y Medicina de 1962 por el descubrimiento de la estructura molecular en doble hélice del ácido desoxirribonucleico (ADN) y de su funcionamiento como molécula trasmisora de la herencia biológica. Dirigió el Proyecto Genoma Humano desde 1988 hasta 1992, año en el que renunció como protesta a la posibilidad de que se patentasen los genes.



humano y, asimismo, la falta de un ordenamiento jurídico respecto al tema del genoma en el Estado Colombiano.

Palabras Claves: Genoma, Bioderecho, Normatividad, Proyecto, Bioética, Investigación.

NORMATIVE ABSENCE: HUMAN GENOME RESEARCH, BIOLAW AND HUMAN RIGHTS.

Abstract: The present work exposes the impact that human genome research has on the law and the relation it has with one of the new areas currently developed, which is bio-legal. Additionally, a brief analysis and comparative law review is developed on the existing international regulations on the human genome and the lack of a legal system about the genome issue in the Colombian State.

Key words: Genome, Biolaw, Normativity, Project, Bioethics, Research.

1. Introducción.

¿De dónde proviene el ser humano? Es un interrogante que se hace el hombre desde que este obtuvo conciencia y razón, de esta manera, emprendió a buscarle respuesta a esta pregunta generando avances en cuanto a la historia de la evolución humana se trata. Estos descubrimientos se generaron de forma simultánea en que la tecnología fue evolucionando, en donde gracias a estos se pasa de ser *Australopithecus*⁵² a ser *Homo sapiens sapiens*, de morir “naturalmente” a descubrir y diagnosticar enfermedades, de no saber nada acerca de la composición del cuerpo humano a conocer que se compone de millones de células que contienen el material genético del

⁵² Los australopitecos son un género extinto de primates homínidos.



hombre conocido como ADN.

No obstante, la sociedad, al ser cambiante en su economía, cultura, política, y el derecho al ser dinámico, debe de ir implementando la debida normatividad según las nuevas demandas y necesidades sociales. El genoma humano no es la excepción y es que por ser un asunto que gira en torno a la biología, no quiere decir que su estudio no sea de vital importancia, siendo este un tema inherente al ser humano, además de producir impacto en algunos derechos primordiales de este.

Debido a lo anteriormente expuesto, es que surge esa necesidad de exponer y compararla normatividad que han creado varios Estados con el fin de proteger los derechos humanos y ponerle un límite a la investigación científica del genoma humano.

2. Genoma Humano, el puente entre la Bioética y el Bioderecho.

Desde un tubérculo hasta el ser humano están compuestos por millones de células, las cuales contienen un conjunto de instrucciones conocido como genoma. Se podría decir que el genoma es el libro de la vida debido a que contiene toda la información del ser y es el que hace que una papa sea más grande que otra, que un gato nazca con heterocromía o que algunos seres humanos presenten condiciones genéticas de albinismo.

En esta disertación, la investigación girará en torno al genoma del ser humano, definido de forma sencilla como:

El conjunto de instrucciones genéticas que se encuentra en una célula. En los seres humanos, el genoma consiste en 23 pares de cromosomas, que se encuentran en el núcleo, así como un pequeño cromosoma que se encuentra en las mitocondrias de las



células. Cada conjunto de 23 cromosomas contiene aproximadamente 3,1 mil millones de bases de la secuencia de ADN. (Instituto Nacional de Investigación del Genoma Humano, s/f)

En otras palabras, el genoma es la unidad funcional del ácido desoxirribonucleico que contiene las instrucciones del ser humano que sirve para poder transcribir o copiar la relacionada información con el fin de producir diferentes tipos de proteínas; este ADN se identifica por cuatro bases denominadas adenina (A), timina (T), citosina (C) y guanina (G) las cuales al juntarse crean la estructura de la doble hélice del ácido que fue descubierta por James Watson y Francis Crick en 1953. Un ejemplo es la de una hélice de secuencia TGAATTGCCGCCCGATAT tendrá como complemento una hélice de secuencia ACTTAACGGCGGGCTATA con el fin de que al complementarse el ADN se pueda duplicar de manera correcta.

Es fundamental comprender la envergadura que tiene el genoma humano para el análisis de la evolución humana debido a que identifica las características tanto de una población determinada como de un aspecto más específico de cada ser humano. Por esta razón, Colombia es una de las naciones más fructíferas al momento de realizar un análisis e investigación sobre la trascendencia de la genética y es que cabe recordar esa mezcla de ancestros y culturas que generaron nuevos cambios genéticos sin precedentes contenidas en el ADN, es decir, esta nación es una población con exorbitante diversidad genómica que permite estudiar y tener conocimiento sobre los antecedentes de la humanidad.

Además, una peculiaridad que tiene el genoma humano es que en cada mil bases de secuencia de ADN aparece un *single nucleotide polymorphism* (SNP) o conocido en el habla



hispana como el polimorfismo de un solo nucleótido,⁵³ es una diferencia que se presenta en un bloque de creación del ADN. Estudios indican que la especie actual del hombre, *Homo sapiens sapiens*, tiene una similitud homogénea entre estos mismos del 99% y la similitud genética altísima que existe entre un ser humano y un chimpancé es al rededor del 98% (Kornblihtt, 2017).

Se hace necesario resaltar la similitud de la especie actual de los seres humanos, debido a que, al no existir una división o diferenciación de uno a otro, el término de clasificación de “razas humanas” no existe en la actualidad porque lo que existe es la raza humana siendo una unidad. Una frase acertada sobre el estudio genético de la humanidad es el que realiza el genetista brasileño Sergio Pena (2017): “No es que seamos todos iguales, sino que somos todos igualmente distintos”. Atendiendo a estas consideraciones se expone una declaración importante realizada en torno al contenido, denominándose: *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, aprobada en 1997, la cual define el genoma humano como el patrimonio de la humanidad en donde a cada individuo se les respeta los derechos fundamentales, su cultura y diversidad, evidenciando la trascendencia del tema.

Aunado a lo anterior, y como consecuencia de los avances tecnológicos y progresivos del ser humano, surgió la necesidad de establecer pautas morales y deberes para quienes se dedican al uso de los progresos para investigar en su totalidad el genoma humano, proyectándose una rama de la ética denominada Bioética. Este término fue introducido primeramente por el científico Van

⁵³ Son un tipo de polimorfismo que producen una variación en un solo par de bases. Los científicos están estudiando cómo los polimorfismos de nucleótido único, o SNPs (pronunciado "snips"), en el genoma humano se correlacionan con enfermedades, con la respuesta de los fármacos, y con otros fenotipos. Polimorfismos de nucleótido único (SNPs) | NHGRI (genome.gov)



Rensselaer Potter⁵⁴ al titular uno de sus libros “*Bioethics: Bridge to the future*” en el año 1971, pero planteándolo en el ámbito ecológico.

La Bioética podría definirse de una manera sencilla como una rama de la ética que estudia los aspectos éticos que implican los avances de la biología y la medicina, y su relación con la vida, la salud y la integridad humana. Otros autores también han dado su concepción acerca del tema, entre estos, un reconocido cardenal italiano presidente de la Academia Pontificia para la vida, la cual se encarga de estudiar y formar los conflictos que surgen en la medicina y en el derecho promoviendo y protegiendo la vida humana; en uno de sus textos expreso lo siguiente:

Elio Sgreccia (1986) nos dice que la Bioética es la parte de la filosofía que considera la licitud o ilicitud de las intervenciones sobre la vida del hombre y, de modo particular, de las intervenciones en relación con la práctica y el desarrollo de las ciencias médicas y biológicas (pág. 43).

Por otra parte, se entiende la Bioética como “el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, examinada a la luz de los valores y de los principios morales” (Encyclopedia of Bioethics, 2014). Estas son algunas de las concepciones que se encuentran referente al tema de la Bioética.

Algunas características principales que tiene la Bioética, según Rospigliosi (2010) son: se cimienta en los derechos humanos y en los derechos individuales fundamentales de cada persona;

⁵⁴ fue un bioquímico estadounidense, profesor de oncología en el Laboratorio McArdle de Investigaciones sobre Cáncer de la Universidad de Wisconsin-Madison por más de 50 años.



nace en un ámbito científico que tiende a limitarse con el fin de proteger la vida y el medio ambiente; establece unos principios (autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia) y valores que comprenden los problemas que surgen en la profesión científica y médica; traza límites al actuar científico y al orden social de las ciencias y las tecnologías (págs.7-8).

Por lo general, todo aspecto ético que tenga trascendencia en el derecho llega a constituirse como problema jurídico, norma reguladora o hasta un principio. A causa de la gran incidencia que ha tenido la Bioética en el campo del derecho es que se crea ese puente o relación fundamental que sin la existencia de una Bioética el Bioderecho no tendría fundamento, debido a que al necesitarse un regulador de conductas específicas que encaminen un orden social justo y pacífico este campo se adapta a los cambios que influyen en el ser humano.

El término de Bioderecho se viene realizando desde la década de los ochenta en la literatura norteamericana con la palabra “*Biolaw*” (Casabona, s.f.), el cual trata básicamente del estudio de los aspectos jurídicos que son contemplados por la Bioética. Con relación a lo anterior, es de suma importancia la elaboración de una regulación que guíe, instruya e imponga límites a la aplicación y uso de los avances tecnológicos aplicados al genoma humano, con el fin de que los investigadores prevengan algún acto perjudicial que derivan de las consecuencias del mal uso de las ciencias, aspecto que regula el derecho apoyándose en la ética.

El Bioderecho comparte muchas características con la Bioética como la protección de los derechos del ser humano, pero no por esto deben confundirse o unificarse ambas. Aunque, en la actualidad, se sigue llevando en curso la especificación del Bioderecho se es posible establecer características que los diferencian como: el derecho genético es principalmente técnico, analiza los impactos de los avances científicos sobre el ser para reglamentar hasta qué punto puede llegar



esa relación y que consecuencias surgen entre el hombre y la biología, y se alinea a los cambios y evoluciones del desarrollo.

Asociado a lo anterior, es necesario y fundamental resaltar los sujetos que derivan del Bioderecho que son: primero, el activo, que es una persona determinada especializada en el campo genético y con conocimientos biomédicos, y segundo, el pasivo que es todo ser humano en el cual recae la acción que trasgrede los límites establecidos. Otro caso que se puede presentar es que los dos sujetos sean la misma persona, es decir, un investigador o científico se use como medio para probar o experimentar cierta modificación en su ADN (Rospigliosi, 2010, pág. 25).

Por todo lo anterior, es que se proyecta necesario la existencia de ese puente entre la Bioética y el Bioderecho en donde los nuevos conceptos jurídicos se deben de adaptar a los principios que establece la Bioética y a la tridimensionalidad del Bioderecho (hecho, valor y norma) que se establecen según el momento social y se fundamenta en el principio de la dignidad humana. También hay que tener en cuenta, que el Bioderecho no solo absorbe como base y fundamento la Bioética, sino que interpreta y crea una relación con otras áreas del derecho y otras ciencias como la estadística o la informática, con el fin de nutrirse para crear la normatividad necesaria y fundada en la sociedad cultural actual.

En cortas palabras, el área del genoma humano tiene trascendencia en el Bioderecho y la Bioética debido a que su investigación produce efectos y avances en otras ramas de estudio, por ende, es de vital importancia que los investigadores al momento de explorar el gen no vulneren la naturaleza del ser humano, ni los derechos fundamentales que estos tienen.



3. La investigación Genética y los Derechos Humanos.

En primer lugar, para conocer la investigación genética se tiene que remontar a la historia precisamente alrededor del siglo XIX, en donde el estudio del genoma humano comienza con el proceso de la observación como lo hizo Gregor Mendel,⁵⁵ el cual formuló las “Leyes de Mendel” en 1866 que originaron la herencia genética todo por medio de trabajos con guisantes y arvejas. Le sigue el descubrimiento del ADN en el año 1869 por Friedrich Mieschery en 1944 Oswald Avery, Colin MacLeod y Maclyn McCarty aíslan material genético del ADN por medio de un experimento demostrando que el ácido desoxirribonucleico no era tan simple como se imaginaba, sino que vino siendo éste la materia del gen.

Sin embargo, estos descubrimientos científicos fueron juzgados y no tenidos en cuenta por el pensamiento cultural y social que existía en esos tiempos, por esta razón, es en el siglo XX que se “redescubren” estos hallazgos comenzando alrededor del año 1914 con un experimento con moscas y vinagre demostrando la ubicación de los genes en el cromosoma siendo este una estructura fundamental a nivel biológico debido a su función de almacenar toda la información genética. En 1953 James Watson y Francis Crick descubren la doble hélice del ADN formada de cuatro componentes; posteriormente en 1972 Paul Berg y otros investigadores crearon la primera molécula recombinante de ADN. Estos son los principales descubrimientos sobre el gen, pero fue

⁵⁵ Johan Gregor Mendel es a menudo conocido como el "padre de la genética". Fue maestro, aprendiz, científico, matemático y un hombre de fe. Mendel perseveró ante circunstancias adversas y, gracias a las matemáticas, realizó, quizás, uno de los descubrimientos más importantes de la ciencia experimentó con la planta del guisante y desarrolló las famosas tres leyes de la genética conocidas como las Leyes de Mendel. Gregor Mendel, el padre de la genética (nationalgeographic.com.es).



en el año 1990 que se inició uno de los proyectos relevantes que tuvo trascendencia en la investigación del genoma humano.

Según Robledo, fue gracias al “*Proyecto Genoma Humano*” (PGH) que surgió la genética moderna con el desarrollo de la primera secuencia del gen humano que duro más de diez años. Este proyecto inicia en 1990 con una inversión de más de tres miles de millones de dólares financiado con fondos públicos con la participación de los siguientes Estados: Gran Bretaña, Japón, Alemania, China, Francia y Estados Unidos quien tenía el liderazgo. El proyecto tenía como objetivo principal determinar las letras del código del ADN para el año 2005 con el uso de supercomputadoras, aunque antes de finalizar el tiempo la empresa privada estadounidense Celera Genomics se une con una importante aportación económica y avances científicos, pero con miras de competir con el Proyecto Genoma Humano por la patente sobre el procedimiento (Henríquez, 2001).

Los objetivos específicos del nombrado proyecto PGH son descubrir y comprender la secuencia del ADN humano e identificar aproximadamente 30.000 genes y comprender cuáles están involucrados en enfermedades. Durante la investigación, el cromosoma 22 fue el primero en ser identificado completamente, contando con 545 genes activos, seguido posteriormente por el mapeo o secuenciación genética del cromosoma 21 con solo 225 genes activos, el cual abrió las posibilidades para desarrollar tratamientos genéticos en enfermedades relacionadas, como el Síndrome de Down, una forma de Alzheimer y varios tipos de cáncer. Sin embargo, antes de continuar el recorrido del proyecto, se produjo un hecho histórico fundamental en el año 1996 conocido mundialmente como “*la clonación de la oveja Dolly*” un hito en la historia de la investigación y experimentación genética.



Aunado a lo anterior, el proyecto fue un trabajo arduo que ya en el año 2000 se tenía descifrado el 97% del genoma identificando la cadena helicoidal del ADN formada por pares de bases nucleótidos y gracias a los avances tecnológicos en el año 2022 se logra identificar el 100% del gen humano siendo un hito histórico para la humanidad, especialmente, para la investigación científica. Hay que acotar el efecto que tuvo la evolución de la inteligencia artificial, que brinda agilidad y eficacia al estudio, en donde los investigadores comenzaron a realizar secuencias de genes de manera más rápidas, con análisis más acertados, con el fin de identificar predisposiciones de enfermedades y curas con el fin de mejorar la vida del hombre.

A causa de estos avances surgen también una serie de inseguridades con el uso que se le dará al conocimiento genético, evidenciando peligros inminentes si se llegase a manipular de forma inhumana, como en los casos de clonación o manipulación genética siendo una discusión que ha perdurado en los últimos años (Alcántara, 2004, pág. 4). Siendo este punto, la entrada a preguntarse sobre la trascendencia que tienen estos descubrimientos en los derechos del ser humano, por esta razón, se expone la viable vulneración de los siguientes derechos: a la vida, a la dignidad humana, a la identidad individual, a la libertad, a la igualdad, al trabajo, a la información y a la intimidad.

En primer lugar, se encuentra el derecho a la vida cimiento de los demás derechos, siendo fundamental para todo ser humano, por ende, para proteger este derecho el ser debe existir propiamente y se deben de cuidar todos los elementos biológicos que fundan su coexistencia. Esto se presenta desde su existencia, su desarrollo personal, el descubrimiento de su personalidad, entre otros; por estas razones, hay que prohibir todo mecanismo que vulnere lo anterior y que manipule la esencia de la vida del hombre solo con fines mayormente económicos, siendo importante proteger la inviolabilidad del genoma humano.



Seguidamente, se encuentra la dignidad humana que establece el valor y respeto que merece el hombre ligado al derecho anterior, debido a que sin el derecho a la vida este carece de sentido y sin dignidad la vida no sería respetada ni plena. También se encuentra el derecho a la identidad individual en donde cada ser humano es único e inigualable, por lo que si se manipula el código genético del ser humano y se producen cambios en él se estaría afectando su identidad individual (Barrachina, 2004).

Continuando con los derechos posiblemente vulnerados con el estudio, uso y manipulación del genoma humano, se encuentra el de la igualdad, debido a que al prever futuras situaciones con hombres “manipulados genéticamente” siendo superiores a otros, conllevaría a tratos de desigualdad, situación que llevaría a un mayor desequilibrio del que se vive en la actualidad; además, vulnerándose el derecho a un trabajo sin que medien razones o factores discriminatorios, por ejemplo, las empresas no contratarían a personas que tengan algún defecto genético o no les permitan acceder a otros beneficios solo por su “condición”. Finalmente, se vulneran el derecho a la intimidad y a la información, los cuales tienen en relación la protección y confidencialidad de los datos genéticos personales, el derecho a conocer sus orígenes biológicos, la revelación de los exámenes genéticos por voluntad y a la no divulgación de estos con el fin de proteger la información de la persona, evitar el mal uso de esta y la exclusión del hombre.

En síntesis, como expone Rospigliosi (2010) el patrimonio genético del ser humano, al ser la base fundamental del hombre, debe de ser confidencial y protegido, no siendo objeto de manipulación que trasgreda su esencia. Se debe tener en cuenta que no existe derecho absoluto, por ende, el derecho a la libre investigación científica haya su límite en los derechos de otra persona, no pudiendo menoscabarlos, amenazarlos o vulnerarlos. Empero, no puede prohibirse la libre investigación al ser un derecho de libertad imprescriptible que todo ser humano tiene para obrar



según su decisión, solo que su ejercicio debe acoplarse a los estándares sociales, éticos y jurídicos. Por esta razón, el Proyecto Genoma Humano no debe de perturbar las normas internas, internacionales, ni las buenas costumbres (pág. 94).

Para ejemplificar, se dio un caso conocido a nivel internacional que genero demasiada caos y perturbo a la ciencia, a la sociedad, las normas y valores conocidos. Fue el realizado por un científico chino de nombre He Jiankui⁵⁶ quien fue el primero en crear no uno, sino tres bebés modificados genéticamente de forma ilegal y antiético, siendo sentenciado a 3 años de cárcel y al pago de una multa de tres millones de yuanes que equivalen aproximadamente a dos miles de millones de pesos colombianos (2.000.000.000).

El caso anteriormente mencionado, trata de la manipulación de embriones humanos por medio de una técnica que edita el gen humano conocido como CRISPR “*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*” que consiste en:

Fragmentos de ADN repetitivos que las bacterias utilizan como sistema inmune. Al ingresar un virus a una bacteria, esta reúne trozos del código viral y los guarda en su propio genoma. Si el mismo virus vuelve a aparecer, la bacteria lo reconoce y libera una proteína llamada CAS9 que corta el ADN para dividir el código genético, causando que el virus ya no pueda atacar. (Theimer, 2019)

⁵⁶ He Jiankui es un investigador biofísico chino que fue profesor asociado en el Departamento de Biología de la Universidad de Ciencia y Tecnología del Sur (SUSTech) en Shenzhen, China. He Jiankui se hizo ampliamente conocido en noviembre de 2018 después de haber afirmado que había creado los primeros bebés humanos editados genéticamente, gemelas conocidas por sus seudónimos, Lulu y Nana.



Aunado a lo anterior, el experimento realizado por esta persona tenía el fin de manipularlos embriones humanos y lograr que fueran inmunes al virus del VIH conocido como el sida. Esto lo hizo contactando a parejas en donde el hombre estuviera contagiado con esta enfermedad y proponiéndoles crear estos embriones con el fin de combatir el sida dándoles esperanza a sus vidas; durante el experimento claramente hubo fracasos (muertes de embriones), pero al principio un embrión que terminó siendo un embarazo gemelar que dio fruto a dos niñas las cuales solo se conoce que están en condiciones óptimas bajo supervisión y un embarazo potencial que terminó dando otro resultado positivo al científico, aun así no se sabe con certeza como será la formación de los bebés o si en un futuro tendrán complicaciones, si sus condiciones genéticas se encuentran alteradas estas pasarán a las demás generaciones y si en verdad se logró el objetivo de la experimentación.

El anterior caso no es el único que se ha dado, a lo largo de la historia pudo haber muchos otros experimentos que conllevaban el uso, modificación o eliminación del genoma humano que lastimosamente no se conocieron, pero teniendo la plena seguridad de que no respetaban los límites éticos y normativos que existían. Además, haciendo uso del ser humano menoscabando sus derechos fundamentales solamente por alcanzar logros científicos para su hoja de vida, aunque se reconoce la importancia de los avances de la ciencia para la preservación de la especie, esta debe estar encaminada con el puente de la Bioética y el Bioderecho del cual se habló en el subtítulo pasado.

4. Derecho comparado: Regulación normativa del genoma humano.

Debido a que se es una sociedad, es fundamental regular todas las acciones que pueda realizar el ser humano que sean contrarias a la naturaleza y razón, por ende, la normatividad



establece específicas prohibiciones y/o limitaciones que tienen como fin mantener la paz y el bien común en general. En la actualidad se torna necesario proteger los derechos humanos ante los escenarios que trasgredan o vulneren la defensa de estos frente a los nuevos avances tecnológicos y científicos, por esta razón, resulta indispensable llevar a cabo un breve estudio normativo a nivel internacional sobre que regulación existe sobre la materia del genoma humano.

4.1 Regulación Internacional del Genoma Humano.

La primera normativa internacional que gira en torno al tema es la “*Declaración Universal sobre el genoma y los derechos humanos*” realizada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la cual expone unos principios en veinticinco artículos que aceptan las investigaciones en torno a la genética para mejorar la salud, pero reconociendo el respeto que se le debe de dar a la dignidad, los derechos y a la no discriminación del ser humano.

La anterior declaración comprende temas como la dignidad, los límites y accesos que tienen las investigaciones sobre el genoma humano, las condiciones que tienen los científicos al realizar este tipo de actividades, la solidaridad y cooperación internacional que deben tener los Estados para fomentar la investigación y conocimiento sobre el genoma humano y la investigación genética. Además, la UNESCO⁵⁷ (1997) establece en la nombrada declaración en su artículo primero al gen humano como patrimonio de la humanidad y como unidad fundamental de la

⁵⁷ La UNESCO es la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. La UNESCO trata de establecer la paz mediante la cooperación internacional en materia de educación, ciencia y cultura. Los programas de la UNESCO contribuyen al logro de los objetivos de desarrollo sostenible definidos en el Programa 2030, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015.



familia, evidenciando así la importancia que tiene la protección y defensa de este, y en su artículo décimo establece un límite a la investigación, el cual es la prevalencia de los derechos humanos, las libertades y la dignidad frente a los nuevos avances.

La segunda regulación es la “*Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos humanos*” en donde se proclaman unos principios rectores que guían la recolección, tratamiento, uso y conservación de los datos genéticos humanos que son definidos en el artículo segundo de la declaración como la “información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos” (UNESCO, 2004, pág. 6), además, expone otros términos como datos proteómicos (que es la información relativa a las proteínas), muestra biológica, describe los estudios de genética de poblaciones y de comportamiento, de procedimientos invasivos y no invasivos, entre otros que son de vital importancia debido a que establecen todo lo relacionado con el genoma humano. Tiene como objetivo velar por los derechos humanos, el respeto de la dignidad humana y la protección a las libertades fundamentales, tanto de todas las personas, incluyendo los que realizan la actividad investigativa, por esta razón, esta declaración es una guía para que los Estados elaboren sus respectivas legislaciones y políticas sobre estos asuntos.

Otra medida importante es la “*Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos*” que trata sobre las cuestiones éticas que tienen relación con las innovaciones de la medicina, las ciencias y las tecnologías que tienen como investigación y aplicación al ser humano, que deben de guiarse por las dimensiones sociales, éticas, jurídicas y ambientales. Estaba dirigida no solo a los Estados, sino que también a grupos, comunidades, instituciones y empresas públicas y privadas, como se menciona en el artículo segundo, con el fin de que orienten sus acciones en el marco de principios y procedimientos establecidos en la declaración (UNESCO, 2006).



Por otro lado, encontramos regulación en la Unión Europea como el “*Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano con Respeto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina del Consejo de Europa*”, conocido también como el Convenio de Oviedo por ser suscrito allí, es un tratado que impone límites al desarrollo tecnológico en la materia de la biomedicina con el fin de proteger la dignidad y los derechos humanos (Europa, 1997). Además, tiene un capítulo dedicado exclusivamente al genoma humano desde el artículo once hasta el catorce, los cuatro artículos siguientes a la investigación científica poniendo límites y determinando la protección del ser humano y una sección a la prohibición de lucrarse y utilizar el cuerpo humano para estos fines. También se habla sobre el derecho a la información y a la vida privada, en donde se respeta la voluntad del sujeto, y establecen una excepción a proferirse una decisión sin el consentimiento de la persona cuando este se encuentra impedido para darlo y se halle en una situación de emergencia permitiendo la intervención médica si se requiere.

Asimismo, se encuentra la “*Declaración de Ginebra*” sobre edición del genoma humano hereditario a la vista de las declaraciones internacionales, en enero del año 2020, un instrumento realizado por expertos que tienen como objetivo aportar elementos conceptual más certeros y transparentes acerca de la edición genética. Un punto que los expertos señalan es la trascendencia que tiene la alteración de los genes en generaciones futuras, lo que provocara una reacción insalvable generando, por ejemplo, nuevas formas de racismo y xenofobia.

Finalmente, la *Organización Mundial de la Salud* (OMS) en el año 2021 publicó unos informes que brindan las primeras recomendaciones globales para establecer una pautas éticas y jurídicas sobre la edición del genoma humano como una herramienta que mejorara la salud pública. El permitir la edición genética traería muchos beneficios potenciales que incluyen diagnósticos eficientes y precisos, tratamientos más acordes a cada enfermedad y prevención de trastornos



genéticos, se han utilizado, por ejemplo, para tratar casos de VIH. El Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, director general de la OMS, dijo lo siguiente:

La edición del genoma humano tiene el potencial de mejorar nuestra capacidad para tratar y curar enfermedades, pero el impacto completo solo se logrará si la implementamos para el beneficio de todas las personas, en lugar de alimentar una mayor inequidad en salud entre y dentro de los países (World Health Organization, 2021).

Sin embargo, existen algunos riesgos al dar vía libre a la modificación genética, como la edición hereditaria que altera el genoma de los embriones humanos y que podrían transmitirse a las generaciones posteriores, generando incertidumbre sobre la aprobación o no a este tipo de experimentos que tienen como fin ayudar a la humanidad, pero que para conseguirlo deben usar medios poco éticos y criticados por la sociedad. Por lo anterior, se resalta la razón e importancia que tiene los Estados de legislar debidamente todo lo que concierne y genere consecuencias en el hombre y su entorno.

4.2 Legislación sobre el Genoma Humano en España.

España es el primero en legislar de manera integral y ambiciosa temas que giran en torno al genoma humano, como la reproducción asistida, la utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, la comercialización de los órganos que estén modificados genéticamente, la terapia génica, la prevención de enfermedades, los diagnósticos genéticos y demás, demostrando la amplitud de normatividad que tiene respecto a la materia del genoma. Para ser específicos, está la Ley 11 de 1986, la Ley 35 y 42 de 1988, la Ley 15 de 1994, la Ley orgánica 15 de 1999, siendo derogada por la Ley Orgánica 3 de 2018, la Ley 14 del 2011 y la ratificación del Convenio sobre Derechos Humanos y



Biomedicina. Además, tiene dos Decretos-ley que son el N.º 1716 de 2011 y el N.º 9 de 2014 que establecen normas a materias que comprende la investigación, uso y publicación del genoma humano.

4.3 Legislación sobre el Genoma Humano en Brasil.

También se encuentra normatividad en Brasil, aunque siendo unas cuantas las que tienen como centro el genoma humano son de relevancia al establecer directrices, limitaciones y prohibiciones sobre la manipulación del gen y la libre investigación. Por ejemplo, la Ley N.º

9.279 de 1996 que regula el patentamiento del material biológico humano y la Ley N.º 11.105 de 2005 que impone normas a las actividades que involucran el uso de organismos que están genéticamente modificados. Conjuntamente, se encuentran resoluciones como la N.º 06 de 2002 que prohíbe la clonación de seres humanos y otras disposiciones, la resolución N.º 1.679 del 2003 que establece la creación de una comisión que tiene como fin tratar el uso del genoma humano en el área de la salud, la N.º 340 del 2004 que autoriza las directrices para realizar un análisis y tratamiento de investigaciones de genética humana guiado por los caracteres éticos y el N.º 277 del 2005 que autoriza un régimen interno para la libre investigación del genoma.

Otras resoluciones que tiene son la N.º 251 de 1997, 292 de 1999, 153 del 2004, entre otras (Crespo Brauner et al., 2006, págs. 99-136).

Además, cuenta con un decreto, el N.º 2929 de 1999 que promueve un protocolo para el Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología, firmado el 5 de mayo de 1986, y pareceres como el N.º 37.464 de 1996 que trata sobre el ADN y la N.º 15 del 2004 el cual considera viablemente ético el programa estatal de identidad genética de nacimiento.



4.4 Legislación sobre el Genoma Humano en Argentina.

Argentina es otro Estado americano que sorprende con su legislación interna sobre el genoma humano. Se tienen, como ejemplo, la Ley 712 del 2001 sobre *“las Garantías del Patrimonio genético Humano”* la cual se compone de quince artículos que estipulan algunas prohibiciones como la discriminación a personas por su información genética o el difundir está sin la autorización del sujeto o por vía judicial, la solicitud de análisis genéticos para la cobertura de un seguro o servicio de salud, entre otras, que cumplen la finalidad de garantizar y resguardar los derechos de dignidad, identidad e integridad de los seres humanos. Otra sería la Ley 8953 del 2001 promulgada por el poder legislativo provincial de Córdoba, la cual establece una normatividad acerca de la inviolabilidad del genoma humano.

4.5 Legislación sobre el Genoma Humano en Chile.

En Chile, a raíz de todas las normas internacionales surgidas alrededor del genoma humano, se realizó un proyecto de ley muy especial que comprende como tema central el genoma humano. La Ley es la número 20.120 del 2006, la cual trata sobre *“la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana”* teniendo como finalidad proteger la vida, la diversidad e identidad genética del ser humano en el momento de llevar a cabo una investigación científica y permitiendo esta última actividad teniendo como límite el respeto a los derechos y libertades de las demás personas.

Además, la ley mencionada anteriormente prohíbe la clonación humana y toda forma de discriminación que se base en el patrimonio genético del hombre e impone límites como el carácter reservado que tiene la información del gen o si se practica una investigación en un ser humano deberá ser con un consentimiento previo que cumpla con los requisitos que demande la



ley.

4.6 Legislación sobre el Genoma Humano en Ecuador.

Ecuador cuenta con variedad de normatividad referente al genoma humano. Primero, encontramos en su carta magna varios mandatos que protegen y limitan la investigación del material genético, entre esos se encuentra el artículo 57 literales 12, artículo 66 literales d y el artículo 322. También, en la Ley Orgánica de Salud del año 2006, en su artículo 209, estipula que la autoridad sanitaria de Ecuador debe de normativizar la investigación y desarrollo de la genética humana, además, cuenta con dos comités que comprenden el tema que son el Comité Nacional Ecuatoriano del Genoma Humano y los Derechos humanos creado en el año 2001 y el Comité Nacional de Bioética en Salud originado en el 2012.

Asimismo, tienen otras regulaciones, pero una que tiene gran trascendencia es “*el Reglamento para uso del Material Genético Humano en Ecuador*” (2013) contando con 30 artículos y teniendo como propósito lo siguiente:

Responder a los retos que plantea la investigación biomédica respecto a la obtención, uso y manejo del material hereditario humano, con esto se pretende fijar normas en ámbitos no regulados o que han sido de forma fragmentada o ajena a los cambios producidos en los últimos años, que dé respuesta a los nuevos retos científicos y al mismo tiempo que garantice la protección de los derechos de las personas que pudiesen resultar afectados por la acción investigadora de cualquier acción biomédica que implique realización de análisis genéticos, intervenciones sobre material genético humano, así como el manejo de la información resultante de las investigaciones que utilizaron muestras biológicas de origen humano. (pág. 4).



Para concluir, este recorrido normativo sobre el genoma humano en algunos Estados del mundo es muy fructífero en el sentido de que amplía el panorama de un tema muy poco escuchado, pero que tiene gran trascendencia al ser inherente al propio ser humano y que a pesar de nombrar algunos que cuentan con avances en sus legislaciones y políticas, la mayoría siguen estancados en la creación respectiva que merece un tema tan trascendental como lo es la investigación científica en el genoma humano.

5. Ausencia normatica del Genoma Humano en Colombia.

Un Estado social de Derecho se caracteriza por brindar garantías a sus ciudadanos bajo una serie de preceptos importantes. Si no se legisla sobre una materia de trascendencia como lo es el genoma humano propicia a vacíos normativos, lo que genera confusión y caos en la conducta de las personas, por esta razón, es labor del Estado velar por la armonía de los habitantes y esto se logra a través de legislaciones especiales y específicas.

Es de vital importancia estipular la protección de los derechos fundamentales del ser humano frente a la trascendencia positiva y negativa que tienen los avances científicos y tecnológicos de la actualidad. Para comenzar el trayecto normativo del genoma humano en el Estado de Colombia, se debe partir expresando que se han ratificado varias normas internacionales que giran en torno a la genética, como la *“Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”* y que en la constitución política a pesar de no haber un articulado especial para el genoma si protege los derechos que tienen alcance y relación con la investigación científica del material genético.

Por otro lado, encontramos la Ley N.º 599 del año 2000 conocido como el Código penal colombiano, y aunque no se trate de una legislación total sobre el genoma humano, si contiene un



apartado específico pero ambiguo sobre este. Se encuentran en el libro segundo, título I “Delos delitos contra la vida y la integridad personal”, capítulo VIII “*De la manipulación genética*” que cuenta con los siguientes artículos:

- Artículo 132. *Manipulación genética*. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses. Se entiende por tratamiento, diagnóstico, o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las taras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población.
- Artículo 133. *Repetibilidad del ser humano*. El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.
- Artículo 134. *Fecundación y tráfico de embriones humanos*. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. En la misma pena incurrirá el que



trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título. (Código Penal. Ley 599 de 2000)

Por otro lado, hay muchos proyectos de ley sobre el genoma humano y materias derivadas como manipulación genética, los cuales no pasan del segundo debate para promulgarse y publicarse como ley, quedando finalmente archivados. Eventualmente, entre los años 1994 y 2005 se presentaron 16 proyectos relacionados con el genoma humano que no siguieron adelante, todo lo anterior, demuestra la ausencia normativa de una legislación especial frente a los avances de la genética y la biotecnología (Nemogá, 2006).

Un ejemplo de lo anterior es el Proyecto de Ley 028 de 2003 (2003) el cual pretendía establecer un régimen suficiente sobre la protección de la diversidad étnica y cultural en función de los recursos genéticos, en donde algunas disposiciones están asociadas con la prohibición de comercializar, patentar y explotar la información genética de los grupos indígenas o afrocolombianos y a la creación de un Comité como el que tiene el Estado ecuatoriano. En su artículo primero se menciona el objeto que tendría la ley, el cual dice: “Artículo 1º. La presente ley tiene por objeto la protección del genoma humano o productos de manipulación genética de nuestra diversidad étnica” (artículo 1).

Aunado a lo anterior, es fundamental comprender el deber y obligación que recae en los legisladores de reglamentar todas las materias que puedan ser contraproducentes con las normas fundamentales de la carta magna. Los avances científicos y tecnológicos han calado rápidamente en la vida del ser humano, por lo cual es primordial que ellos tengan un perfil profesional y ético normativizado, pero de igual forma, una legislación que imponga el hacer y no hacer en cuanto al uso, investigación científica y publicación del genoma humano se trata.



¿Por qué no existe una legislación específica y especial sobre el genoma humano y todo lo que respecta a este? Una hipótesis para darle respuesta a este interrogante es la “omisión” del Estado, específicamente en su rama legislativa, de crear, aprobar y promulgar una ley, debido a que se apegan al principio del bloque de constitucionalidad en donde los tratados internacionales sobre derechos y genoma humano son incorporados a la constitución y normatividad interna por la Corte Constitucional haberles dado ese carácter y por ser ratificados por el Estado.

Entonces, al existir dichas normas internacionales que respaldan y guían la normatividad base en relación con la materia del genoma humano y sus derivados, no promulgan una ley especial y específica para el tema, aunque, se encuentran en el código penal colombiano tres artículos que se refieren al tema mencionado anteriormente, estos quedan cortos cuando se trata de regular el aspecto tan amplio del cual se trata. No solo se debe tipificar los posibles casos que conlleven la violación de un bien jurídico, sino también reglamentar todo lo relacionado con los límites de la investigación científica, la privacidad de la información del ser humano, los fines pertinentes en los cuales se podría modificar el gen y bajo que procedimientos que sean éticos y legales, hasta qué punto se permitirá el uso de humanos como medio para llegar a un fin científico, entre otros aspectos que se deberían de legislar con el fin de limitar lo antijurídico y anti-ético protegiendo los derechos humanos.

Por todo lo expuesto y por el gran panorama de expectativas y riesgos que se plantean respecto al vacío normativo existente, se hace primordial resaltar la importancia de crear una legislación especial y completa que regule las implicaciones, prohibiciones y límites que tiene la investigación en el genoma humano y sus derivados. Esta ley deberá tener como fundamento la protección de los derechos como la inviolabilidad de la vida, la dignidad humana, la intimidad, la libertad, el derecho a no saber, entre otros, con el fin de exponer a la sociedad la importancia de



este tema tan trascendental para el hombre y cumplir con el carácter proteccionista que tiene el Estado con los derechos humanos.

Para concluir, se connota que el conocer genético del ser humano plantea retos, preocupaciones y riesgos que hoy en día deben de asumir los legisladores como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos que se están evidenciando a través de los años en su trascendencia en la investigación y manipulación que realizan en el ser humano a partir de su ADN.

6. CONCLUSIONES

“¡Hemos encontrado el secreto de la vida!”

Francis Crick.

A manera de reflexión, me permito concluir lo siguiente:

6.1. Gracias a las evoluciones que se han dado a través del tiempo en el ser humano, su entorno, las tecnologías y el área científica se ha logrado establecer, como lo expresa en su frase James Watson, nuestro futuro no está en las estrellas, sino en nuestros genes, siendo nuestra unidad funcional y característica de cada persona. Aunque, ya se logró el 100% del estudio del genoma humano, aún falta mucho por explorar evidenciando la importancia que tiene el ser humano y porque se instauran derechos que le brindan una protección integral a su persona.

6.2. Del mismo modo, se evidencia el puente de relación entre la Bioética y el Bioderecho, la primera contiene todos los principios éticos rectores que guían la conducta humana



en las áreas de biología y medicina, y el segundo comprende el estudio de aspectos jurídicos que conlleva la bioética. La intervención del Bioderecho debe de ser un garante del equilibrio social y solucionador de conflictos que surjan en la aplicabilidad del genoma humano que trasgreden los valores, derechos individuales y colectivos del ser humano.

6.3. Se evidencia un gran avance en varios Estados latinoamericanos sobre su propia normatividad referente al genoma humano, tomando como guía las normas internacionales, pero aun así no es suficiente, por lo que se invita a promover regulaciones que impongan límites y prohibiciones a la investigación del genoma humano y sus derivados con el fin de respetar y cuidar los derechos fundamentales del hombre como la vida, la dignidad e intimidad.

6.4. Se denota la ausencia normativa respecto al genoma humano en Colombia, situación que preocupa debido a que ocasiona confusión y no impone límites específicos a la investigación y manipulación de este que con solo la ratificación de normas internacionales no abarcan la complejidad del asunto, por ejemplo, la falta de protección de los datos genéticos de los afrodescendientes asentados en el territorio colombiano o la posible manipulación genética con fines lucrativos, pero guiándose de su ética profesional y ejerciendo su derecho a la libertad de investigación genera un conflicto que el artículo 132 del código penal colombiano no especifica o cubre las limitaciones a la manipulación de datos genéticos.

6.5 Finalmente, aunque los avances realizados en la investigación de la decodificación de los genes permite a la ciencia comprender enfermedades y generar posibles tratamientos o curas, al expandir el conocimiento se abren puertas a nuevos conflictos éticos-jurídicos que atentarían contra los derechos del ser humano, por esto, se resalta la ausencia normativa en los Estados sobre el genoma humano, la importancia garantista y proteccionista que



tiene crear, promulgar y publicar leyes para el hombre; y más aún cuando tratan temas que recaen en su persona y su entorno de forma inherente.

7. REFERENCIAS

Barrachina, M. D. V.-C. (2004, enero 31). *El derecho a la identidad personal*. Bioética en la Red: Principios de la bioética y otras cuestiones. <https://www.bioeticaweb.com/el-derecho-a-la-identidad-personal-dra-vilai-coro/>

Casabona, C. M. R. (s/f). *ENCICLOPEDIA de BIODERECHO y BIOÉTICA*. Enciclopedia- Bioderecho.Com. Recuperado marzo de 2022, de <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/33>

Código Penal. Ley 599 de 2000. (2000, julio 24). Senado de la República de Colombia.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr004.html

Constitución de la República del Ecuador, (2008). <https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/09/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador.pdf?msclkid=b1dc7546a8a811ecbe37888baf174dd2>

Crespo Brauner, M. C., Diaféria, A., Miranda Pontes, A. R. de, & Reche Corrêa, A. P. (2006). Panorama respecto a la legislación sobre genoma humano en Brasil. *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe, 2006*. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/26622>



de Europa, C. (1997). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina*. Coe.int. <https://rm.coe.int/090000168030706e>

de Salud Pública (MSP), M. (2013). *Reglamento para uso del material genético humano*. Salud.gob.ec.

https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/reglamento_sobre_el_material_gen%C3%A9tico_septiembre_2013.pdf?msclkid=6798bd82a7a011ecacf7a3a467e1707a

Díaz Sánchez, N., Ruiz Esquide Jara, S. M., Páez Verdugo, S., Hamilton Depassier, J., & Zaldívar Larraín, A. (2006, septiembre 22). *Biblioteca del Congreso Nacional*. Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idLey=20120&idVersion=2006-09-22&msclkid=cc20b508a74b11ec93f84de8995e9cdd>

Ellacuria, E. P. (2021). Algunas consideraciones bioéticas y jurídicas acerca de la Declaración de Ginebra sobre edición del genoma humano hereditario a la vista de las Declaraciones Internacionales. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 0(44), 53–73. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/19383/pdf>

Emaldi-Cirion, A. (2002). *LEGISLACIÓN SOBRE EL GENOMA HUMANO EN ESPAÑA*.

Unam.mx. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/211/12.pdf>

Encyclopedia of bioethics (3a ed.). (2004). MacMillan Reference Library.



Henriquez, D. O. (2001). *La Era del Genoma*. Revistamedicahondurena.hn.
<https://www.revistamedicahondurena.hn/assets/Uploads/Vol69-1-2001-1.pdf>

Instituto Nacional de Investigación del Genoma Humano. (s/f). *Genoma*.
Genome.gov. Recuperado el 16 de febrero de 2022, de
<https://www.genome.gov/es/genetics-glossary/Genoma>

Kornblihtt, A. (2017). *Genoma Humano*. <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/127>

Nemogá, G. R. (2006). Marco Jurídico de la Investigación Científica y tecnológica sobre Genoma Humano en Colombia. *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en américa Latina y el Caribe*, 183–230.

Oficina Nacional en el Brasil. (1997, noviembre 11). *La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: de los principios a la práctica*.
Unesco.org.https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_spa

Patiño, N. I. O. (2006). *PANORAMA SOBRE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE GENOMAHUMANO EN COLOMBIA*. Unam.mx.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2265/10.pdf?msclid=316d4ce5a8bc11ecac5af75e65bc3935>

Rospigliosi, E. V. (2010). *Derecho genético: Principios Generales*. (versión electrónica de la 5ta. ed. ed.). (E. autor, Ed.) Recuperado el 03 de 2022, de
<https://hdl.handle.net/20.500.12724/5088>



Santos Alcántara, M. J. (2004). Aspectos bioéticos del consejo genético en la era del proyectodel genoma humano. *Acta bioethica*, 10(2), 4.

<https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/16761>

Seminario Internacional sobre la Legislación en Materia de Genoma Humano en América Latina y el Caribe. (2006). *Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe* (1a ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.

Sgreccia, E. (1986). *Bioética. Manuale per medicine e biologia*. Vita e Pensiero.

Theimer, S. (2019, octubre 17). *Discovery's Edge: Explicación sobre la herramienta CRISPR para editar genes*. Mayo Clinic News Network. <https://newsnetwork.mayoclinic.org/discussion/discoverys-edge-explicacion-sobre-la-herramienta-crispr-para-editar-genes/>

UNESCO. (2004). *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos: recolección, tratamiento, utilización, conservación*. Unesco.org. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_spa

UNESCO. (2006). *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. Unesco.org. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_spa

World Health Organization. (2021, Junio 12). *WHO issues new recommendations on humangenome editing for the advancement of*



publichealth? Who.Int. <https://www.who.int/news/item/12-07-2021-who-issues-new-recommendations-on-human-genome-editing-for-the-advancement-of-public-health>



DERECHO A LA VACUNACIÓN CONTRA EL VIRUS COVID-19 DE LA POBLACIÓN MIGRANTE IRREGULAR, DESIGUALDAD SISTEMÁTICA EN EL CASO COLOMBIANO.

Juan Pablo Sánchez Jiménez⁵⁸

“El extranjero no solo es el otro, nosotros mismos lo fuimos o lo seremos, ayer o mañana, alalbur de un destino incierto: cada uno de nosotros es un extranjero en potencia”

Tzvetan Todorov

Sumario: 1. Introducción, 1.1 Condición de vulnerabilidad de los migrantes, 1.2 Principio de no discriminación e igual protección ante la ley, 1.3 Derecho a la inclusión de los migrantes irregulares en los planes nacionales de vacunación y recuperación económica, 1.4 Caso colombiano, 1.5 Conclusión.

Resumen

El siguiente trabajo expone las situaciones de iure y de facto a las que se han expuesto los migrantes venezolanos con estatus migratorio irregular en el marco del plan de vacunación colombiano contra el virus Covid-19, utilizando un método sistémico-estructural-funcional, se analiza la exclusión manifiesta de esta población en el inicio de la ejecución del plan nacional de vacunación, la inclusión tardía y los requisitos que obstaculizan la obtención de las vacunas

⁵⁸ Estudiante de Quinto (5°) año de Derecho calendario A de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, miembro del Semillero Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (PDHULBQ). Juanp-sanchezj@unilibre.edu.co



brindadas por el Estado colombiano; bajo la lupa de corpus iuris internacional, se visualiza el difícil acceso a la vacunación, la condición de vulnerabilidad incrementada producto de la pandemia, la eventual desprotección y obstaculización del gobierno colombiano hacia la población migrante irregular que se encuentra bajo su jurisdicción, asimismo, se toma de referencia la accesibilidad de la población migrante a medios electrónicos, información del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos y el permiso especial de protección, como requisito a prima facie para acceder a la vacuna.

Palabras Claves: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, migrantes, irregularidad, discriminación, vacunación, jurisprudencia, protección, garantía.

**RIGHT TO VACCINATION AGAINST THE COVID-19 VIRUS OF THE IRREGULAR
MIGRANT POPULATION, SYSTEMATIC INEQUALITY IN THE COLOMBIAN
CASE.**

Abstract

The following work exposes the de jure and de facto situations to which Venezuelan migrants with irregular immigration status have been exposed within the framework of the Colombian vaccination plan against the Covid-19 virus, using a systemic-structural-functional method, it is analyzed the manifest exclusion of this population at the beginning of the execution of the national vaccination plan, the late inclusion and the requirements that hinder obtaining the vaccines provided by the Colombian State; under the magnifying glass of international corpus iuris, the difficult access to vaccination, the condition of increased vulnerability as a result of the pandemic, the eventual lack of protection and obstruction of the Colombian government towards



the irregular migrant population that is under its jurisdiction, are visualized, likewise, Reference is made to the accessibility of the migrant population to electronic means, information on the Temporary Protection Statute for Venezuelan Migrants and the special protection permit, as a prima facie requirement to access the vaccine.

Key words: Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, migrants, irregularity, discrimination, vaccination, jurisprudence, protection, guarantee.

1. Introducción

Se produjo una falsa dicotomía frente a las medidas que debía tomar el Estado colombiano con respecto al virus Covid19: vida vs economía, las dos acepciones eran vistas como antípodas en el contexto de la crisis sanitaria global. El debate jurídico se tornó ideológico, los sesgos de ciertos sectores políticos priorizaban a la ciencia que estudia cómo se utilizan los medios escasos que están en el mundo, para satisfacer diversos fines (Friedman, 1962), es decir, la economía, para permitir una mayor flexibilidad de los habitantes a la hora de intercambiar, circular, crear bienes y servicios; por el contrario, otro sector se soslayaba de una emotiva razón para optar otras medidas que restrinjan por el bienestar general, la salud de sus conciudadanos, en este sentido, distintos grupos se vieron afectados por las medidas tomadas durante el año 2020, los cierres temporales de la mayoría de sectores empresariales e industriales, agravaron la condición de vulnerabilidad de grupos que antes de la pandemia vivían en la incertidumbre de la irregularidad de su estatus migratorio y la integración migratoria de ambientes socio-culturales, políticos y sectores productivos.

Se hizo realidad la ansiada vacuna para el regreso de la normalidad en cotidianidad circundante de un nuevo devenir, sin embargo, el primer sector -antes mencionado- no se



equivocaba en el gran problema económico al momento de asignación de estos bienes escasos en toda la población.

Este trabajo está estructurado en dos bloques, el primero de estos, aterriza los principios jurídicos generales por medio de los cuales, se debería guiar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a partir de ahora CIDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) para establecer el derecho y la garantía a la vacunación de los migrantes irregulares, el segundo bloque, esbozará la tardía inclusión de esta población en condición de vulnerabilidad en el plan nacional de vacunación (PNV), teniendo en cuenta datos sobre las dosis suministradas al momento donde se expide el Decreto 109 de 2021, donde finalmente, se incluye a este grupo.

1.1. Condición de vulnerabilidad de los migrantes

Ahora bien, prevalecen en el ámbito socio-cultural y jurídico, prejuicios que perjudican a la población migrante en los países receptores, esta condición de vulnerabilidad, tiene en primera medida una dimensión ideológica, es decir, un conjunto de ideas que producen un efecto adverso positivo para este grupo, sin embargo, se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure, referido a las desigualdades entre nacionales y extranjeros en el ordenamiento jurídico, y de facto, en pocas palabras, desigualdades estructurales. Esta situación genera diferencias en el acceso de nacionales y migrantes a los recursos públicos (Opinión Consultiva OC-18, 2003).

El punto álgido, de la condición vulnerabilidad sucede con los migrantes indocumentados o en estatus migratorio irregular, pues “son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” (Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes., 2004, parr. 28) y



sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos; la situación se complica teniendo en cuenta que la mayor parte de esta población trabaja en la informalidad, “90 por ciento del empleo que se les está brindando a los migrantes venezolanos, es de carácter informal, aunque no necesariamente es precario” (El tiempo, 2019), empero, la cuarentenas temporales impuestas durante el periodo de emergencia y crisis sanitaria, empeoraron la condición existente *a priori*, obteniendo a la gran parte de la población migrante irregular sin poder salir de su casas para buscar su mínimo vital, con el peligro de que el incumplimiento de las resoluciones y decretos expedidos por el Estado colombiano pudiera afectar su residencia en el país, asimismo, el mercado informal quedo relegado, un costo de legalidad inmenso para aquellos que no pueden formalizar sus relaciones comerciales.

De forma similar, los prejuicios culturales que prevalecen sobre los migrantes permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, imposibilitando la integración de los migrantes en la sociedad. Consecuentemente, la impunidad de las violaciones los derechos humanos hacia la población migrante, es justificado por la existencia de factores culturales que omiten estos hechos: la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia, y ausencia de incentivos políticos para que esta población pueda ser relevante en la opinión pública (Caso Vélez Loor vs. Panamá, 2010).

1.2. Principio de no discriminación e igual protección ante la ley

En reiteradas ocasiones, jurisprudencialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha consolidado la obligación del Estado de cumplir sus obligaciones conforme con los derechos económicos, sociales y culturales, sin discriminación alguna, lo cual se encuentra



intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, (propia de las revoluciones liberales del siglo de las luces) , además, se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” (Opinión consultiva OC-17, 2002). El principio de igualdad ante la ley y no discriminación debe cubrir todo el ordenamiento jurídico de los Estados Parte, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos.

Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas (Opinión Consultiva OC-18, 2003, p. 109)

Por lo cual, el corpus iuris internacional ha establecido, que la igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre este es la piedra angular que permea todo ordenamiento jurídico, un principio fundamental en el orden público internacional y nacional. Cabe resaltar, que la situación regularidad e irregularidad de un migrante en un Estado receptor no es requisito *sine qua non* para que dicho Estado garantice y respete el principio de la igualdad y no discriminación, el mencionado principio, tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Sin embargo, esto no significa que no se podrá iniciar acción administrativa o penal contra las personas migrantes que irrespeten el ordenamiento jurídico del Estado receptor. Lo verdaderamente relevante aquí, es que los Estados al tomar las medidas que correspondan, respeten sus “derechos



humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa” (Opinión Consultiva OC-18, 2003,p. 113).

1.3. Derecho a la inclusión de los migrantes irregulares en los planes nacionales de vacunación y recuperación económica

En el comunicado de prensa 303 de 2020 de las Naciones Unidas, ya se hacía referencia a la inclusión de los migrantes en los planes nacionales de recuperación y respuesta socioeconómica, debido a que los Estados debían “considerar el valor que las trabajadoras y los trabajadores migrantes aportan con su mano de obra, habilidades y diversidad, a las comunidades de acogida”.

Las personas migrantes y sus familias deben estar plenamente integradas en los planes nacionales de recuperación, y los Estados deben abordar la recuperación de la pandemia, de manera más inclusiva y sostenible, al mismo tiempo que implementan sus normativas en salud pública (...) Con un acceso limitado a la protección social y a condiciones de trabajo decentes, muchas personas migrantes y sus familias corren un grave riesgo de explotación. La prevención de la explotación por parte de los Estados es una obligación fundamental en materia de derechos humanos (ONU, 2020).

Como antes mencionamos, los trabajadores migrantes también contribuyen a la resiliencia económica en los países de acogida, aunque, se desarrollen en la informalidad. Los Estados tienen la obligación de invertir en mejorar las condiciones de las personas migrantes y sus familias, proporcionándoles acceso a los servicios básicos, incluyendo, servicios de salud; en



particular a quienes se encuentran situaciones socioeconómicas precarias, en el caso colombiano: la mayoría.

Este comunicado advertía:

Cuando las vacunas para el COVID-19 estén disponibles, las personas migrantes, independientemente de su estado migratorio, deben tener acceso de manera voluntaria a ellas, y en igualdad de condiciones que las demás personas. Tan pronto sea posible, los Estados deben levantar las medidas restrictivas que se han impuesto y que han tenido un impacto en los protocolos de movilidad, migración y protección humana en respuesta a la pandemia (ONU, 2020).

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico ha permeado medianamente la aplicación del derecho a la igualdad de condiciones en el marco de la salud pública, frente al escenario constitucional de la vacunación gratuita, específicamente, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de la Ley 1626 de 2013 *"Por medio de la cual se garantiza la vacunación gratuita y obligatoria a la población colombiana objeto de la misma, se adoptan medidas integrales para la prevención del cáncer cérvico uterino y se dictan otras disposiciones"*:

Dado que los cuestionamientos recaen sobre una de las facetas del derecho a la igualdad sustancial, relativa a la igualdad en los resultados, y específicamente en el acceso de bienes sociales y en la satisfacción de las necesidades básicas, la medida legislativa debe ser valorada, no a la luz de los estándares del derecho a la igualdad formal o ante el derecho positivo, ni tampoco a la luz de los estándares de la faceta prestacional e individual del derecho a la salud, sino a la luz de los estándares del derecho a la igualdad material (Sentencia C-350, 2017, p. 31).



En este sentido, se contempla que la igualdad de condiciones es una manifestación de la igualdad sustancial o material, que “involucra la remoción de los obstáculos o barreras; sin embargo, la sola permisión de la mujeres u otras minorías a la fuerza de trabajo no garantiza en si misma que (...) tendrán acceso al empleo efectivamente” (Pérez Portilla, 2005, p. 142), la segunda, sería la igualdad de resultados:

Es aquella que define a la igualdad en términos de *fairness* (en un sentido de completitud, de lo justo, lo bueno lo equitativo, lo favorable), es decir, de participación de todos los grupos en la fuerza de trabajo, en el acceso a la educación, en la capacitación y facilidades para la adquisición de bienes y servicios. Todo esto a fin de superar la infrarrepresentación de los grupos desventajados en la fuerza de trabajo y para asegurar una participación equitativa en la distribución de los bienes (Pérez Portilla, 2005, p. 156).

Llegados a este punto, se asume, en primera medida, las vacunas son bienes escasos, estas, deben destinarse de forma inteligente y estratégica con el fin de la recuperación económica para sostener la vida de una mayor porción de la población; en segunda medida, la condición de vulnerabilidad de los migrantes irregulares empeoró por las medidas restrictivas impuestas durante la crisis sanitaria; tercero, el principio de no discriminación, debe permear todas las actuaciones de los Estados, aún, estando bajo la figura jurídica Estado de excepción; cuarto, la recomendación de la Organización de las Naciones Unidas, fue incluir a la población migrante en los planes nacionales de vacunación sin restricciones, independiente de su estatus migratorio; quinto, el libre acceso a la vacunación gratuita, está contemplado bajo el principio de igualdad formal y material, el segundo de estos manifestado por medio de la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados, concepto dado por la Corte Constitucional de Colombia.



1.4 Caso Colombiano

Mediante Decreto 109 de 2021, se adoptó “el Plan Nacional de Vacunación contra el COVID - 19”, posteriormente, fue modificado por los Decretos 404, 466, 630 y 744 de 2021. En este sentido, se sentó la hoja de ruta para la vacunación de los habitantes del territorio colombiano, estableciendo cinco etapas en las que -inicialmente- se desarrollaría el PNV. Sin embargo, las disposiciones iniciales, aunque hayan sido en el marco de algunos principios orientadores, descritos en el artículo 4, tales como: solidaridad, eficiencia, beneficencia, prevalencia del interés general, equidad, justicia social y distributiva, transparencia, progresividad, enfoque diferencial, acceso y accesibilidad, e igualdad; el Estado colombiano omitió -inicialmente- la inclusión de los migrantes venezolanos dentro de las cinco etapas del mencionado Decreto.

Ahora bien, omitir la inclusión inicial de esta población, no se justifica frente a la escasez de vacunas, no se quiere decir que por la mera identidad de este grupo poblacional se le deba priorizar sobre los colombianos, sino, que se integre en el PNV (como se hizo meses después), las etapas para el suministro de vacunas dependen del contexto epidemiológico, en este punto, se podría adecuar en el contexto de transmisión comunitaria, se cita *in extenso*:

Cuando los suministros de vacunas están gravemente limitados, conseguir todo lo que sea viable con una disponibilidad limitada de vacunas justifica centrarse inicialmente en la reducción directa de la morbilidad y la mortalidad (anexo 2) y en el mantenimiento de la mayoría de los servicios esenciales más críticos, teniendo presente al tiempo la reciprocidad hacia los grupos que han de afrontar riesgos desproporcionados para mitigar las consecuencias de esta pandemia (por ejemplo, el personal sanitario de primera línea). A medida que aumentan los suministros de vacunas, dependiendo de las características de



la vacuna, la estrategia se amplía a la reducción de la transmisión con el fin de seguir disminuyendo la disrupción de las funciones sociales y económicas. Se presta especial atención a las funciones que afectan de manera desproporcionada a los niños (véase más adelante) y a la reducción de la morbilidad y mortalidad en los grupos desfavorecidos, en consonancia con los principios del Marco de valores del SAGE (Organización Mundial de la Salud, 2020, p. 9).

Ahora bien, si el objetivo del Decreto 109 del 2021, es “la protección de la población que tiene alta exposición al virus”, para conseguir la anhelada inmunidad del rebaño, debía tenerse en cuenta las recomendaciones del informe antes citado, y seguir la ruta conforme a este, donde, en el escenario epidemiológico de la transmisión comunitaria, se incluye en la segunda etapa de vacunación, a los migrantes irregulares y trabajadores migrantes, debido a su alta exposición:

Trabajadores migrantes de ingresos bajos; refugiados, desplazados internos, solicitantes de asilo, poblaciones en situaciones de conflicto o afectadas por emergencias humanitarias, migrantes vulnerables en situaciones irregulares; poblaciones nómadas; y grupos de población con los que es difícil entrar en contacto, como los de las zonas rurales y remotas.(Organización Mundial de la Salud, 2020).

De forma tardía, se incluyó a la población migrante irregular en el PNV, mediante Resolución 1255 del 20 de agosto de 2021, donde se exhorta a los distritos, municipios y departamentos, un reporte de información de las personas indocumentadas que están bajo su jurisdicción, asimismo, con la unidad administrativa de migración información del Registro único de migrantes venezolanos (RMUV).



Para la fecha de expedición de la ley, según el Ministerio de Salud se registraban 14.157.111 personas vacunadas, con un total de 33.005.580 de dosis aplicadas, pasando ya la línea del Ecuador dentro del PNV, se omitió en el transcurso de estos meses a la población migrante irregular, instalada en el país, además, si se sectoriza a este grupo, encontraremos que algunas personas cumplían con los requisitos para pertenecer al grupo de etapa 1 del PNV, es decir, personas de 80 años de edad o más, el rango se amplía mientras va disminuyendo la edad.

Una omisión total, a lo planteado en la resolución No.1 de 2021 expedida por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos:

Los Estados deben asegurar la distribución a las vacunas, y su acceso equitativo y universal, a través de la elaboración e implementación de un plan nacional de vacunación; y en consecuencia, abstenerse de tratos discriminatorios a través de la remoción de obstáculos normativos, regulatorios o de cualquier tipo que podrían propiciar esta práctica, así como crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente vulnerados en sus derechos, o que se encuentran en mayor riesgo de sufrir discriminación (Resolución 1, 2021, p. 6)

Siendo específicos con la población migrante:

Los Estados deben garantizar que la información y campañas realizadas en relación con las vacunas, en especial sobre poblaciones priorizadas, etapas y acceso progresivo a la vacunación, se aseguren de prevenir activamente la xenofobia, estigmatización y otras formas de discursos que promuevan el odio, la violencia o la culpabilización de personas,



grupos y poblaciones de personas migrantes, refugiadas, apátridas o en otros contextos de movilidad humana. (Resolución 1, 2021, p. 9)

Observamos, la inclusión tardía del Estado colombiano de este grupo poblacional en el PNV, asimismo, la asimilación de la resolución 1255, no fue inmediata, por ejemplo: en Bogotá

D.C no fue hasta el 8 de octubre del presente año, donde se habilitaron 5 puntos de vacunación para la población migrante irregular, siendo el departamento de Cundinamarca, uno de los mayores receptores de este grupo poblacional.

1.5 Conclusiones

La pandemia empeoró la condición de vulnerabilidad de la población migrante irregular, frente a la dificultad de acceder al servicio de la salud, estos recibían atención medica leve debido a su estatus migratorio, asimismo, el derecho a la vacunación de esta población se resguarda frente al principio de no discriminación, el derecho -de carácter universal- a la salud, su condición de vulnerabilidad, etc.

El acceso a la vacunación fue tardío, empeorando su condición de vulnerabilidad y barreras socio-económicas; no solo es el hecho del peligro constante con que viven las personas no- vacunadas debido a su alta exposición al virus y sus variantes, sino la visibilizarían en la sociedad

- producida también mediante el Estado- de forma negativa frente a estos (los no- vacunados), es decir, el Estado ha exigido para la entrada a ciertos lugares el carnet de



vacunacion, esto es un impedimento para la poblacion migrante, ademas, la ley al ser un transmisor moral, visibiliza a las personas no-vacunadas como objetores de la salud publica, entonces, no solo se presentará la discriminacion a la persona migrante irregular, por su identidad nacional y su estatus migratorio, agregamos pues la asimilacion de la no-vacunacion a ellos, por lo menos, en el espacio de tiempo presente y durante los primeros meses de vigencia del Decreto 109 de 2021; los Estados deben procurar erradicar las barreras que dan fruto a los tratos discriminatorios hacia la poblacion migrante; la integacion migratoria es un anhelo para la convivencia pacifica en un pais donde la violencia es cotidiana.

REFERENCIAS

Caso Vélez Loor vs. Panamá (Corte IDH 23 de Noviembre de 2010).

El tiempo. (17 de septiembre de 2019). *El 90 % del trabajo que se les brinda a los venezolanos es informal.* Obtenido de EL TIEMPO: <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/trabajos-informales-de-los-venezolanos-en-colombia-413472>

Friedman, M. (1962). *Teoria de los precios*. Barcelona: Altaya.

Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes. (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social 17 de Diciembre de 2004).

ONU. (17 de Diciembre de 2020). *Comunicado de prensa No. 303/20 - Las personas migrantes deben estar incluidas en todos los planes de recuperación de COVID-*



19 – *expertas y expertos regionales y de la ONU*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/303.asp>

Opinion consultiva OC-17 (Corte IDH 28 de Agosto de 2002). Opinión Consultiva OC-18 (Corte IDH 17 de septiembre de 2003).

Organizacion Mundial de la Salud. (2020). *Hoja de ruta del SAGE de la OMS para el establecimiento de prioridades en el uso de vacunas contra la Covid-19 en un contexto de suministros limitados*.

Pérez Portilla, K. (2005). *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. Mexico: Universidadnacional autonoma de Mexico .

Resolucion 1, LAS VACUNAS CONTRA EL COVID-19 EN EL MARCO DE LAS OBLIGACIONES INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS (Comision

Interamericana de Derechos Humanos 6 de Abril de 2021).

Sentencia C-350, Expediente D-11706 (Corte Constitucional de Colombia 25 de Mayo de 2017).



LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO HERRAMIENTA PARA MITIGAR LAPORNOGRAFÍA CON MENORES DE 18 AÑOS

Carlos Andrés Rolong Martínez⁵⁹

«El trato que se le da a los niños es el que ellos luego darán a la sociedad»

Karl Menninger

Sumario: 1. Introducción 2. Pornografía infantil e internet 3. Marco Normativo 4. La Inteligencia Artificial como respuesta a la pornografía infantil 5. Conclusión 6. Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se abordará al tipo penal de pornografía con menores de 18 años, su relación directa con la inteligencia artificial y las nuevas perspectivas que las ciencias jurídicas deben plantear en el siglo XXI. Teniendo en cuenta los tópicos actuales tales como: pandemia por Covid-19, la creciente cobertura del internet y el aumento de delitos cibernéticos, tratar de encontrar soluciones oportunas y eficaces ante casos difíciles de resolver. De este modo, abordamos una problemática que afecta los derechos humanos de los menores, sujetos de especial protección y posibles métodos de prevención e investigación de la conducta punible.

⁵⁹ Estudiante de Tercer (3º) año de Derecho calendario A de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Barranquilla adscrito al Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio Jurídicas, miembro del Semillero Programa de Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (PDHULBQ). Carlosa-rolongm@unilibre.edu.co



Palabras clave: Pornografía infantil, Inteligencia artificial, algoritmos, ciberdelitos, derechos de los niños.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A TOOL TO MITIGATE PORNOGRAPHY WITH CHILDREN UNDER 18 YEARS OF AGE

Abstract: The following assignment will address the criminal type of pornography with 18-underage and its directly related with artificial intelligence and the newest insights that criminal science should deal with in XXI century. Considering topics like: Covid-19 Pandemic, the growing internet coverage, and increased cybernetics crimes, trying to find appropriate and successful solutions against hard cases to solve. In this way, it's going to address a problem which impacts underage Human Rights, subject to special protection and possible ways of prevention and inquiry of criminal offence.

Key Words: child pornography, artificial intelligence, algorithms, cybercrime, Child Rights.

1. Introducción.

Cuando se piensa en inteligencia artificial, normalmente nos trasladamos al mundo de la robótica o computadoras con la capacidad de sustituir al ser humano en sus actividades diarias. Sin embargo, la inteligencia artificial ya convive con las personas y en espacios diferentes a los que normalmente nos podríamos imaginar. Compras online, contestadoras automáticas, aplicaciones móviles para encontrar pareja o los asistentes de voz. Todos sus usos han hecho que la vida sea más fácil, por ejemplo, el uso de medios para reconocimiento facial o dactilar, que permiten desbloquear toda tu información privada.



A pesar de que la tecnología ha mejorado la calidad de vida de las personas, también ha sido la fuente primaria de muchos problemas. Especialmente aquellos como: fraudes cibernéticos, robos de identidad, violación a la privacidad y los delitos contra la intimidad de las personas donde se destaca la reproducción en masa de contenido sexual sin autorización de los afectados, causando así daños a su honra, dignidad e integridad sexual repercutiendo en la salud, bienestar y educación de los menores.

Estas conductas hoy en día generan un gran rechazo en la sociedad, y a pesar de ello, los casos van incrementándose cada año y se evidencia en mayor proporción después de la pandemia por COVID-19. La razón, se debe al incremento de personas utilizando redes sociales e internet donde se encuentra que niños y adultos tienen a su mano un abanico de posibilidades con esta herramienta, pero que en ciertos casos deciden usarla con fines perversos.

2. Pornografía infantil e internet.

Desde la Antigua Grecia, la figura del menor ha sido sexualidad debido a prácticas como la pederastia, donde hombres mayores mantenían relaciones con adolescentes; las prácticas deshumanizantes como el *Bacha Bazi* en las naciones persas en donde la compra de menores es aún vista como símbolo de poder y riqueza.

El panorama en la mayoría de los lugares que mantenían estas prácticas ha cambiado, hoy en día son conductas totalmente prohibidas, condenadas y rechazadas por la sociedad (en la mayoría de los estados). Sin embargo, esto no quiere decir que sea un problema del pasado, a la fecha persiste la explotación sexual de menores y al mismo tiempo encuentra el medio para escabullirse y seguir en aumento gracias a la facilidad de conexión a internet.



Actualmente, una de las tantas formas en las que los derechos de los niños se ven vulnerados es por medio de la pornografía. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ⁶⁰ define pornografía infantil como: “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.

A causa de la evolución de la tecnología, específicamente del internet, el problema ha venido en auge, pues el acceso de menores de edad a la red, el anonimato y la facilidad de poder contactar a cualquier persona del mundo hacen del internet un gran océano donde los menores son sus peces más vulnerables y los pedófilos, los pescadores.

Aunado a lo anterior, muchas de las situaciones ocurridas en internet son difíciles de rastrear o encontrar, por ello la primera traba que encuentran instituciones como la Policía Nacional de Colombia es: ¿en dónde buscar? Según Morillas (2005) sucede lo siguiente:

Frente a ello, los Estados poco pueden hacer si se tiene en cuenta que las fotografías o videos mostrados han podido ser filmados en Indonesia, haberse insertado en la red en Filipinas, hallarse el servidor en Johannesburgo y recibir las imagenes en cualquier parte del mundo. A lo sumo cabría detectar el IP del ordenador desde el que se introdujo el referido contenido pornográfico. (pp 22)

Por lo tanto, decir que un Estado por sí solo va a acabar con este fenómeno es cuando menos ingenuo debido a que este delito en especial necesita de colaboración tanto de entidades

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (S.f) Pornografía Infantil
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/tess/tr2688.htm>



privadas, como de personas del común y de los Estados. Muchos niños caen en este tipo de situaciones, especialmente los provenientes de Latinoamérica, África y Asia, que por crecer en entornos vulnerables son presa fácil para los vendedores de contenido sexual. Sin embargo, no todo lo que parece pornografía infantil lo es, se encuentra la siguiente clasificación: 1.) La pornografía infantil técnica 2) La pseudopornografía y 3) La pornografía infantil artificial.

En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto en la providencia judicial SP123-2018 lo siguiente:

La pornografía infantil técnica, en la que intervienen personas que no tienen la condición de ser menores de edad, pero que aparentan serlo, bien porque físicamente parecen tales, o porque mediante recursos tecnológicos se les da esa apariencia; ii) la pseudopornografía, en la cual se insertan fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas en las cuales no intervinieron realmente, lo cual significa que no fueron abusados; y iii) la pornografía infantil artificial, en la que intervienen “*menores*” creados a partir de un patrón irreal, ya sea por dibujos o animaciones de todo tipo, es decir, no representan a un ser humano con existencia real. (p. 8)

Por la razón anterior, para efectos de limitar el presente trabajo solo se tendrá en cuenta la pornografía en donde los menores son el sujeto pasivo de la conducta, sin dejar de manifestar que las variantes de pornografía infantil técnica, artificial y pseudopornografía alimentan los deseos sexuales. Gracias a la alteración de imágenes que permiten los ordenadores, se modifica la figura de adultos que participan en actos de contenido sexual para que parezcan menores de edad. Es lo que se llama pornografía infantil técnica, que no utiliza menores reales pero que contribuye a fomentar el consumo de pornografía infantil. (Vigor, 2007).



Las soluciones a todo esto no son claras; si bien las herramientas que han implementado los Estados han sido útiles, no han detenido el aumento de los casos, por ello la Inteligencia Artificial podría ser el futuro en la prevención del delito y así garantizar a los menores sus derechos inalienables.

Así mismos, el Estado Colombiano no ha sido la excepción. Instituciones como la policía, encargadas de este asunto han tenido que adaptarse a los nuevos métodos de distribución de material pornográfico, redes virtuales de prostitución de menores, redes de mensajería internacional y también la presencia de menores en páginas de *Webcam*, sitios web donde los pedófilos pueden pagar por ver menores sosteniendo relaciones sexuales entre ellos o con un adulto, generando todo un mercado de explotación sexual infantil que se paga en dólares y que deja altas ganancias; haciéndolo un negocio muy rentable. Paralelo a esto, Colombia se presenta como el segundo país con más modelos webcam (mayores de edad) en el mundo, representando un gran capital económico y una solución para muchas mujeres y hombres. A pesar de ser una industria que en su mayoría trabaja con personas mayores, se han encontrado casos de explotación sexual y pornografía infantil como los vistos en la ciudad de Cúcuta, Norte de Santander, en donde 5 menores fueron encontradas en un estudio Webcam.

Como evidencia de lo anterior, en 2020 fueron 1.421 casos relacionados a la pornografía infantil y hasta septiembre del 2021 ya habían 882 casos a investigar, según cifras del ICBF (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar) y denuncias de esta misma institución sobre la presencia de 800 a 1.000 casas webcam en donde se explotaba sexualmente a menores de edad. Se puede evidenciar que es un delito que presenta cifras crecientes y a su vez despierta la preocupación de la sociedad y de los padres que temen por la integridad y la vida de sus hijos. Un problema histórico que no se superó y que hoy en día, a pesar de haberlo hecho un delito



reconocido por organismos internacionales y por el derecho interno, continúa expandiéndose y creciendo de forma exponencial.

Lo que se propone en la presente investigación es el enlace que se podría dar entre los Estados con sus cuerpos investigativos y las plataformas más utilizadas del internet, aplicaciones de ciberseguridad y los mismos usuarios, que podrán por medio de denuncias inmediatas alertar sobre posibles casos de pornografía infantil.

3. Marco Normativo.

Los derechos de los niños han obtenido una especial relevancia en el mundo jurídico, por esto, desde 1924 la extinta Liga de Naciones implementó la Declaración de los Derechos del Niño. No obstante, la Segunda Guerra Mundial dejó un saldo de muertes infantiles muy elevado, por lo que en 1947 las Naciones Unidas crean UNICEF y se redacta para 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En relación con esta Declaración, se encuentra una clara afectación a los artículos 1, 12 y 26 sobre la dignidad humana de los menores, a su honra y a su bienestar y salud respectivamente.

Para comprender, según la Real Academia Española la honra se puede definir como

«Estima y respeto de la dignidad propia», mientras tanto «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades» (Organización Mundial de la Salud [OMS], 1946, p. 1).

En América, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos establece los siguientes artículos:



- **Artículo 5. Derecho a la Integridad Persona** “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

- **Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:** Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

- **Artículo 17. Protección a la Familia** La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

- **Artículo 19. Derechos del Niño** dice que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Aunado a lo anterior, y en virtud del artículo 2 de la Convención, el Estado Colombiano ha implementado todo tipo de protección para los derechos de los niños, orientados a salvaguardar su desarrollo integral, el respeto de sus libertades y una sexualidad saludable. Para ello se ha dispuesto el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de menores de edad, la prostitución infantil y la utilización de estos en material netamente pornográfico, con el fin de mejorar las medidas tendientes a la protección. En el protocolo se establece las conductas que mínimamente los Estados deben comprometer a condenar por vía penal, entre ellas: “Producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofrecer, vender o poseer, con los fines antes señalados, material pornográfico en que se utilicen niños”



Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) señaló en el cuadernillo número 5 el concepto de la Relatoría Especial (1996), sobre la utilización de niños en la pornografía: “condenarse, cualquiera que fuera su motivación o finalidad, pues reduce al niño a la condición de mercancía y concede a los padres o a cualquier ‘vendedor’ la facultad de disponer de él como si fuera un bien mueble”.

Asimismo, en sus resoluciones la Corte ha dejado clara su posición sobre la “venta” de contenido sexual explícito en menores y la necesidad de los Estados Partes de establecer medidas contendientes a la prevención y reducción de este tipo de conductas lesivas para la sociedad, lo cual incluye: “medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la “venta” de niños y niñas, cualquiera sea su forma o fin” (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] pp. 14)

Referente al derecho comparado, los Estados han adoptado una postura de prohibición total de la pornografía infantil. En España ha sido tipificado en el artículo 189.1 del código penal, que estipula lo siguiente:

El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

Por otra parte, en Estados Unidos la sección 2251 del US Code establece que:



Cualquier persona que emplee, use, persuada, induzca, seduzca o coaccione a un menor... con la intención de que dicho menor participe en cualquier conducta sexualmente explícita con el propósito de producir una representación visual de tal conducta o con el propósito de transmitir una representación visual en vivo de tal conducta, será castigado como previsto en la subsección (e).

Por otro lado, en Argentina el artículo 128 del Código Penal estipula que:

Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere,comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Comprendiendo los artículos anteriores, se puede decir que los tres tienen en común el uso de ciertos verbos rectores o sus sinónimos para establecer la prohibición ante estas conductas, verbos que también se encontraran en la legislación colombiana; donde existe concordancia en el aspecto de que el contenido pornográfico debe usarse con fines sexuales.

Además, en nuestro derecho interno, la Constitución Política de Colombia reconoce en el artículo 44 el derecho fundamental de los niños a: la vida, la integridad física, la salud y la protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica. Así mismo, la ley 765 del 2002 aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de menores de edad, la prostitución infantil y el uso de los niños en la pornografía. En dicha ley se deja sentada la



prohibición por lo que se expresa a la explotación económica y el uso de ellos para prostitución y pornografía. De este modo se plasmó la necesidad mundial de tipificar estas conductas y la cooperación internacional de los Estados parte de la Convención Americana, siendo Colombia unode ellos.

Específicamente, esta investigación se centrará en delitos como los descritos en el capítulo IV del Código Penal Colombiano, en donde ubicamos a la pornografía con personas menores de 18 años de edad en el artículo 218 que estipula lo siguiente:

El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Aunado a lo anterior, los bienes jurídicos vulnerados con estas conductas resultan ser la *libertad, la integridad y la formación sexual*. Sobre la primera, esta ha sido entendida en términos sencillos, como el derecho a disponer de su cuerpo para fines erótico-sexuales como a bien su titular tenga, lo que implica realizar o abstenerse de cualquier tipo de práctica que lo satisfaga desde esa órbita. En esta definición se aprecian dos aspectos: uno dinámico positivo, facultad de disponer del propio cuerpo; otro estático pasivo, la posibilidad de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse.

Por otro lado, la integridad sexual puede entenderse como el derecho a mantenerse incólume, indemne e intacto frente a cualquier tipo de actividad sexual; mientras que la formación sexual es el derecho de gozar de un ambiente donde el sujeto pueda evolucionar y formarse sin



ningún tipo de intromisión que le permita, llegado el momento, disponer de su libertad sexual una vez que tenga la capacidad para disponer de ella. (Torres, p 472)

En el caso puntual, la formación sexual es el bien jurídico que presenta mayores vulneraciones, en tanto se fractura el normal desarrollo de los menores con respecto a su sexualidad. Como se ha dicho anteriormente es necesario que la conducta típica para declarar el delito contenga los siguientes elementos: 1) Sujeto pasivo menor de 18 años. 2) el llamado observador a la excitación sexual. 3) que sean representaciones reales de actividades sexuales 4) la realización de alguno de los verbos rectores anteriormente descritos 5) que se dé para uso propio para intercambio con otras personas.

Además, en el año 2009, el Estado Colombiano aumento la protección a tipo de conductas, agregando nuevos verbos rectores y aumentando los términos de la pena por medio de la Ley 1336. A pesar de ello la comisión del delito se mantiene en aumento y pareciera ser cada día más difícil de investigar. Lo que hace que sea especialmente este tipo penal el que se podría ver directamente relacionado con la inteligencia artificial, en un mundo como el actual, en el que los delitos informáticos crecen con el pasar de los días, por lo que tendría que ser imperativo buscar los métodos óptimos y eficaces para la protección, prevención y seguridad de los menores.

4. La Inteligencia Artificial contra la pornografía infantil

En este punto resulta necesario establecer que es la Inteligencia Artificial, se puede definir como:



La capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano. Sin embargo, a diferencia de las personas, los dispositivos basados en IA no necesitan descansar y pueden analizar grandes volúmenes de información a la vez. (Rouhiainen, p. 17)

Para efectos prácticos, el aspecto de la inteligencia artificial que se analizará es su uso respecto imágenes y su capacidad de visión, audición y entendimiento, capacidades naturales del ser humano. Estas acciones podrían hacer de la inteligencia artificial una herramienta que detecte las irregularidades que se puedan contener los dispositivos electrónicos de cada una de las personas. El debate de la privacidad y la seguridad informática está abierto respecto al papel del Estado, de las compañías tecnológicas y de las telecomunicaciones.

Además, el aprendizaje automático que la maquina pueda hacer de cierta información resultaría entonces una manera efectiva para contrarrestar contenidos prohibidos y determinadas acciones de los usuarios, usando patrones de comportamiento que permitan alertar al instante sobre posibles irregularidades. Para esto se necesita del método de Aprendizaje no Supervisado, como lo expresa Lasse Rouhiainen “algoritmos no usan ningún dato etiquetado u organizado previamente para indicar cómo tendría que ser categorizada la nueva información, sino que tienen que encontrar la manera de clasificarlas ellos mismos. Por tanto, este método no requiere la intervención humana” (p 21).

Como consecuencias de los atentados del 11 de septiembre del 2001, el interés por la inteligencia artificial ha ido en aumento, ese día en particular se demostró que la seguridad de Estados Unidos fue insuficiente para ubicar a los responsables del atentado y prevenir las miles



de muertes. Fue así como los Estados comenzaron a trabajar con Inteligencia Artificial orientada al reconocimiento de las personas, sus gestos y patrones debido a que:

La posibilidad de crear desarrollos de la vigilancia que pudiesen generar sistemas de monitoreo con menor aporte humano, bajo la promesa de obtener “sistemas de vigilancia que funcionen de manera más efectiva, extendiendo su alcance en el tiempo y el espacio” (Balmaceda; Schleider; Pedace, p. 30 como se citó a Gates, 2011, p. 1).

Paralelo a las acciones gubernamentales por controlar la ciberseguridad, las redes sociales más grandes han implementado desde hace un tiempo algoritmos de reconocimiento que les permite tener un control del contenido que entraba a su espacio. En especial, este aspecto del reconocimiento facial del que se ha venido hablando se denomina Tecnologías de reconocimiento facial⁶¹ o TFR. Actualmente se puede hallar en todos lados: desbloqueo de teléfonos celulares, en las terminales aéreas, en la medicina, en el sistema financiero, entre otras.

Posteriormente, la obtención de datos por medio del TFR, lo pertinente sería la inmediata eliminación del contenido y el reporte a las instituciones de seguridad del Estado para su posterior denuncia y así lograr que estos datos sean usados directamente como elementos materiales probatorios en una investigación criminal. Este proceso que podría durar años en concretarse se haría en cuestión de segundos por medio de un algoritmo que logre sistematizar todo el proceso. Como lo exponía Hernández (2019):

⁶¹ De acuerdo con la Interpol, las Tecnologías de reconocimiento facial: Se trata de un algoritmo que codifica automáticamente la imagen facial (sobre la que se quiere indagar) introducida en el sistema, para luego compararla con los perfiles almacenados en él. De este modo se obtiene una lista de “candidatos” de los aciertos más probables.



Este era un aspecto que se tenía que introducir necesariamente dado que, en la mayoría de los casos, las pruebas que existen de la comisión de este tipo de delitos tienen un soporte informático, y en el caso de que no existiera la posibilidad de que estas pruebas se presentaran en un juicio, no sería posible el esclarecimiento del delito. (p. 813).

Además, el problema del material probatorio electrónico resulta ser la posibilidad de alterar los contenidos a voluntad de quien presenta estos datos. Sin embargo, la gran revolución de la Inteligencia Artificial constaría de crear todo un sistema independiente de cualquier manipulación humana que tenga como fin lo verdaderamente justo, en última instancia como respaldo al sistema se podría implementar una constante evaluación de peritos expertos en informática y nuevas tecnologías que respalden la información que se proporciona.

Otro aspecto que vale la pena revisar es el de la inteligencia artificial como agente provocador, dejando claro que no se admite en Colombia el uso de esta figura, entendido como aquel que determina al autor a cometer un crimen y en cambio sí se permite la del agente encubierto.

Por ello, se tiene registro del Caso de la niña virtual de Australia, el cual lo explica Hernández (2019) siendo una inteligencia artificial que:

Conversa online en plataformas de chat, en las que puede recibir mensajes de hombres adultos que, una vez progresa la conversación, piden a la niña que realice conductas sexuales, solicitan que utilice la cámara web e incluso muestran vídeos suyos masturbándose. Durante dos meses, los investigadores localizaron a unos veinte mil pedófilos que, además, intentaron pagar por tener relaciones sexuales con la menor. (p. 828)



Para ejemplificar, con esta inteligencia artificial fue como se condenó a Scott Robert Hansen por tres cargos. Hansen admitió haberle enviado fotos obscenas de sí mismo a Sweetie, poseer imágenes de abuso sexual infantil en su computadora y de no cumplir con el mandato judicial para agresores sexuales. (BBC Mundo, 2014)

Como se ha mencionado anteriormente, en Colombia solo se admite la figura del agente encubierto que, sin duda alguna, se podría implementar junto con la inteligencia artificial. Explica Sierra (2019) sobre el agente encubierto que se “permite a este actuar como coparticipador en conductas punibles, en las que se ve inmerso con ocasión de su rol”.

Es por esta razón, que no suena descabellada la inmersión del algoritmo en los distintos sitios web para ubicar a las personas que: 1) dispongan a realizar este tipo de conductas o que 2) ya hayan realizado el delito; en otras palabras, prevención e investigación y todo esto sin llegar nunca a inducir a la comisión de las conductas delictivas.

Como se expone anteriormente, los delitos como la pornografía infantil son muy difíciles de encontrar, investigar y condenar. Puesto que, los archivos con contenido pornográfico cada vez son más difíciles de detectar, ya que pueden ocultarse o encriptarse para que no sea reconocible o accesible para personas no autorizadas. Los programas de intercambio suponen una gran ventaja para los usuarios ya que no pueden ser localizados pues no hay identidades individualizadas, sólo equipos que comparten información (Jiménez, 2012).

En ese sentido, los métodos usados por los usuarios de internet se han diversificado encontrando en redes sociales, redes de mensajería y sitios web ocultos, que de cierta manera funcionan como aliados para obtener, poder publicar, guardar y ofrecer este tipo de contenidos, siendo necesario establecer una relación entre pornografía infantil e inteligencia artificial.



Aunado a lo anterior, por medio de la inteligencia artificial la humanidad puede encontrar, sin duda alguna, el arma más eficiente contra la pornografía en menores: sistemas informáticos con la capacidad de reportar contenido prohibido de menores y denunciar ante las autoridades, el uso de este tipo de herramientas informáticas parecen ser el futuro para la prevención del delito. Apple Inc. ha divulgado información sobre un posible software con estas características, capaz de informar a las autoridades sobre la presencia de este contenido en sus dispositivos. Sin embargo, ha tenido gran rechazo entre sus usuarios que preocupados por ese posible asalto a su privacidad han, alzado su voz contra esta compañía.

La herramienta se denomina “NeuralMatch”, que tiene un objetivo imposible de criticar: luchar contra la pornografía infantil. Apple, en una actualización que se implementará el próximo mes iniciando en Estados Unidos, planea usar inteligencia artificial y criptografía para escanear fotos almacenadas localmente en iPhone e iPads e identificar si alguna está relacionada con pornografía infantil. (FRANCE 24, 2021)

Aunque, la empresa estadounidense ha desistido momentáneamente de su intento de algoritmo para combatir la pornografía y esto sucede por el principal obstáculo para el desarrollo de la inteligencia artificial, un dilema que afrontan los usuarios, los Estados y las compañías proveedoras de internet, por un lado están quienes abogan por un internet intervenido por el Estado, fuertes controles y seguimiento estricto de los movimientos que cada uno hace desde sus dispositivos y por otro lado quienes exponen que estos controles serían una clara violación a la privacidad.

Lo anterior, se ha desarrollado en un debate escabroso que plantea dos posturas válidas donde inicialmente debería primar la garantía y el respeto de los derechos de los niños, entraría



en conflicto directo con la intimidad personal y privacidad. Sin embargo, las redes sociales tienen un papel definitivo que jugar en este conflicto.

Por la razón anterior, en este aspecto, el sector privado de la tecnología entra a jugar un papel determinante como aliado frente a estos crímenes. Como se ha mencionado anteriormente, empresas como Facebook o Instagram utilizan este tipo de algoritmos de reconocimiento para evitar la proliferación de contenido prohibido en sus plataformas. Sistematizar todo el internet con ayuda de la inteligencia artificial lograría sin duda un efecto domino positivo ante los delitos cibernéticos que hoy por hoy abundan. En un esfuerzo por mejorar las investigaciones contra el delito de pornografía con menores, la Policía Nacional de Colombia ha desarrollado el programa “Protectio” que según la institución:

Fue planeado y creado por investigadores del Centro Cibernético Policial, que identificaron los principales problemas en la red para los menores de edad, clasificaron los patrones de comportamiento a los que recurren los delincuentes virtuales para engañar a los menores de edad.

Aunque es una herramienta útil para proteger a los menores de edad de abusos y contenido pornográfico, la aplicación hoy en día está en desuso resultando en la necesidad de intervención de los privados, ejemplos a nivel mundial pueden ser plataformas como: Smugmug.com, el algoritmo de Google contra la pornografía infantil; y Crawler, el algoritmo utilizado por Instagram y Facebook, entre otras diferentes compañías que han ido desarrollando sus propios métodos para eliminar el contenido pornográfico y en la mayoría de los casos está relacionado con el uso de inteligencia artificial por medio de patrones para encontrar y reportar este tipo de imágenes.



Simultáneamente, la idea de un programa de inteligencia artificial depende directamente de la autonomía y eficacia que presente respecto al contenido que debe analizar y que en el procesotenga la menor cantidad de fallos posibles. El uso de comandos, tipo de fotos, el uso de determinados sitios web o aplicaciones, horarios y hasta los gustos de las personas podrían ser aspectos importantes que un sistema inteligente pueda establecer para ser más efectivo al momentode reportar.

De esta forma, se plantea un futuro para la prevención de estas conductas, en donde no se tenga que esperar que la dignidad y honra de los menores este vulnerada para intervenir, y que por el contrario en cuestión de segundos sea salvaguardada. En última instancia, aquellos que han sido objetos de estos delitos puedan tener una efectiva y eficiente respuesta por parte de los Estados del mundo, que en pro de las garantías y el respeto por los Derechos Humanos introduzcan entre sus herramientas a la inteligencia artificial.

Por esta razón, la idea de implementar la inteligencia artificial en Colombia sería definitivamente un gran avance en aspectos probatorios. Un sistema concatenado en el que las empresas privadas y el Estado trabajen en un mismo sentido podría generar un cambio con gran impacto social. Al ingresar a cualquier dispositivo móvil el usuario acepta términos y condiciones que le impone la empresa creadora del dispositivo, la operadora de telefonía y las creadoras de aplicativos móviles, es decir, que acepta los términos que esta le imponga. Desde este momento debería comenzar a ejecutarse el sistema de algoritmos de reconocimiento.

Por consiguiente, al estar utilizando el dispositivo del usuario estará siempre sujeto a la revisión que anteriormente ha suscrito, por esto, se podrá lograr un primer filtro para aquellas personas que utilizan redes sociales, correos electrónicos y aplicaciones móviles. Una vez



reportado por parte del algoritmo corresponderá al humano seguir el curso de la investigación. En el caso colombiano será la Fiscalía la encargada usar el material probatorio recopilado e iniciar acción penal en contra de las personas.

Como se ha mencionado anteriormente, también se podría ejecutar un sistema de vigilancia contra aquellos usuarios que usen sitios de chat anónimos para captar menores e iniciar conversaciones que puedan llevar al intercambio de material pornográfico, en este sentido el uso de la inteligencia artificial como agente encubierto podría lograr encontrar a usuarios que en el pasado hayan realizado esta conducta o que por primera vez se dispongan a hacerlo.

Por lo expuesto en este punto, el futuro de los menores, su dignidad, integridad y formación sexual podría comenzar a ver mejoras si esta unión entre particulares y estados logra consolidarse; la cooperación de la industria tecnológica podría ayudar a disminuir notoriamente la pornografía mientras tanto facilita al sistema judicial la investigación y juzgamiento de este delito. Junto la pornografía se podría adicionar las conversaciones libidinosas que un adulto pueda mantener con un niño por medio del internet, conversaciones que además pueden llegar a ser otro tipo penal. En síntesis, la protección que se le podría brindar a los menores abarcaría un amplio espectro, que no solo se limitaría a la pornografía.

La evidencia respalda el uso de la tecnología para combatir esta conducta, tan solo en 2018 Facebook logro eliminar 8,7 millones de imágenes de usuarios con desnudos infantiles, gracias a la ayuda de un software que detecta automáticamente este tipo de fotos (EL UNIVERSO, 2018). Usando softwares como el de Facebook ya se están eliminando las imágenes pornográficas, la coordinación entre los Estados y esta compañía podría lograr una rápida respuesta ante los delincuentes sexuales.



Finalmente, lo que se plantea es desarrollar un sistema que logre la prevención y permita la rápida investigación de un delito difícil de investigar. Los retos no son sencillos, el lograr implementar este tipo de algoritmos genera polémicas y malestar en algunos sectores de la sociedad, pero en pro de los derechos humanos de los menores, sería una solución eficaz.

5. Conclusión.

La pornografía infantil es un flagelo que pone en riesgo la integridad, honra, dignidad, salud y desarrollo de los menores. Sin embargo, conforme pasa el tiempo aumentan los casos y es cada vez más difícil judicializar a los responsables de esta conducta punible. La pornografía en menores ha sido protegida en el ámbito internacional por la Organización de Naciones Unidas y por la Convención Americana de Derechos Humanos, a su vez el Estado colombiano ha impulsado reformas al tipo penal de pornografía en menores para disminuir la comisión de este delito, además de esto se han implementado algunas herramientas tecnológicas que no han tenido el rendimiento esperado.

Por consiguiente, se ha visto en la Inteligencia Artificial un mecanismo novedoso y eficiente en lo que podría ser la prevención e investigación de estos delitos. Principalmente los algoritmos de reconocimiento facial, que ayudarían al reconocimiento inmediato de las imágenes. En tales casos, se estarían protegiendo los derechos de los niños de inmediato a su vez se podría ubicar el origen del contenido para su posterior investigación.

Los retos de la Inteligencia Artificial en este campo aún son muy grandes. Por una parte, las discusiones sobre el derecho a la intimidad de las personas en sus dispositivos, por otro lado,



la implementación global de estas tecnologías y el uso de los datos encontrados para el proceso penal. Son retos que los Estados del mundo deberán asumir de cara al futuro, un futuro lleno de tecnología y de muchos más delitos cibernéticos como la pornografía de menores. De esta forma, los Estados y las compañías privadas podrían lograr una lucha frontal contra estos delitos, reducir su comisión

y brindarles a los niños un marco de garantías respeto a sus derechos humanos cuando se encuentren navegando en la internet.

Son los niños el futuro de la sociedad y por lo tanto merecen todo el respaldo, respeto y garantiza para su formación y desarrollo. El aspecto sexual es uno de los más importantes en la vida de todo ser humano, es menester de los Estados velar por su protección. Se hace necesario el uso de métodos como el de la inteligencia artificial para contrarrestar la pornografía y ofrecer a losmenores un mejor futuro.

1. Referencias

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y CRIMINOLÓGICO DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. (2005). Dykinson.
<http://derechopenalared.com/libros/analisis-dogmatico-criminologico-pornografia-infantil.pdf>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 45868, M.P José Francisco Acuña Vizcaya; 7 febrero de 2018.



VIGOR, I. (2007, 25 julio). *La pornografía infantil se ha disparado con el uso de internet* -GARA. Recuperado 6 de marzo de 2022, de <https://gara.naiz.eus/paperezkoa/20070725/30306/es/La-pornografia-infantil-ha-disparado- uso-internet>

Real Academia Española. (s.f). *Honra*. Obtenido de *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es/honra> (16 de marzo de 2022)

Organización Mundial de la Salud (2006). *CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD*
https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
(Pacto de San José). Artículos 5º, 11º, 17º, 19º. **22 de noviembre de 1969.**

Corte Interamericana de derechos humanos. (2018). *CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nº5: NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*. Recuperado 16 de marzo de 2022, de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf>

Código Penal Español. Ley Orgánica 10 del 2004. 23 de noviembre de 1995
(España)

Código de los Estados Unidos de América. 1926. (EEUU)

Código Penal Argentino. LEY 11.179. 29 de octubre de 1921 (Argentina)



Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 44. 7 de julio de 1991 (Colombia).
Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 del 2000 (Colombia)
ROUHIAINEN, L. (2018). *INTELIGENCIA ARTIFICIAL, 101 COSAS QUE DEBES SABER HOY SOBRE NUESTRO FUTURO*. Planeta S.A.

BALMACEDA, PEDACE, SCHLEIDER, T. K. T. (2021). Bajo observación: inteligencia artificial, reconocimiento facial y sesgos. *Revista de estudios de la ciencia y la tecnología*. Recuperado 16 de marzo de 2022, de <https://revistas.usal.es/index.php/artefactos/article/view/25057>

BBC News Mundo. (2014, 21 octubre). Cómo una niña virtual contribuyó a la condena de un pedófilo. *BBC News Mundo*. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/10/141021_tecnologia_nina_virtual_pedofilia_sweetie_primer_condenado_ig.

Sierra, O. (2019, 26 abril). *El agente encubierto versus el “agente provocador”*. *Ámbito Jurídico*. Recuperado 6 de marzo de 2022, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/el-agente-encubierto-versus-el-agente>.

Seibt, S. (2021, 7 agosto). Cuando Apple «sacrifica» un poco de privacidad para luchar contra la pornografía infantil. *France 24*. <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20210807-tecnologia-apple-neuralmatch-pornografia-infantil-privacidad>

Juntos hagamos del aplicativo “Protectio”, la herramienta más eficaz. (2016, 22abril). Policía Nacional de Colombia. <https://www.policia.gov.co/noticia/juntos->



hagamos-del-aplicativo-%E2%80%9Cprotectio%E2%80%9D-la-herramienta-
m%C3%A1s-eficaz-para-proteger-nuestra.

Serrano, J. J. (2012). TRÁFICO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL: DINÁMICA, ROLES Y PREVENCIÓN. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, 2012. <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/37804/4099569.pdf?sequence=1>

Hernandez, M. (2019). INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO PENAL. *Actualidad Jurídica Latinoamericana*. <http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/792-843.pdf>

R. (2018, 24 octubre). Facebook eliminó 8,7 millones de imágenes con desnudos infantiles. *EL UNIVERSO*. <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/10/24/nota/7014866/facebook-limino-ultimo-trimestre-87-millones-imagenes-desnudos/>



PESTE, DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN COLOMBIA⁶²

PLAGUE, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND STATES OF EXCEPTION IN COLOMBIA

Carlos Andrés Caballero Cañas⁶³

Clara Inés Correa Banquez⁶⁴

Resumen

La visita inesperada de la peste constituye una compañía indeseable para el ser humano. Esta pretende evitarse a toda costa debido a los estragos traumáticos que ocasiona su estadía. Su corto o largo paso por el mundo es ineludible, de allí que lo ideal sea contrarrestar sus despreciables y denigrantes efectos a sus mínimas proporciones. En este sentido, y sin desconocer otras variables investigativas en juego, la relación entre la fortaleza de las instituciones jurídico-políticas, por un lado, y la eficacia de las decisiones jurídico-políticas, por otro, es la que va a impedir en gran medida la proliferación y profusión de los contagios. Bajo esta óptica, se examinan y critican los usos y abusos en el tratamiento y gestión de la peste, llevados a cabo por la figura antidemocrática de los estados de excepción en Colombia. Asimismo, como escudo de defensa y protección contra las presentes y futuras pestes que tanto hacen agonizar a la humanidad, se propone una serie de condiciones mínimas y necesarias de posibilidad, inspiradas en el modelo de democracia constitucional y estado constitucional de derecho, e irradiadas de la cultura jurídico-política del garantismo del pensador italiano Luigi Ferrajoli, tales como (i) fortalecimiento del Congreso, (ii) creación de ley estatutaria para poderes de excepción en pandemia y (iii) garantías judiciales indispensables.

⁶² El presente texto es la versión completa y mejorada de Caballero-Cañas, C.A. y Correa-Banquez, C.I. (2021). Peste, democracia constitucional y estados de excepción en Colombia. *Saberes Jurídicos*, 1(1), 12-23.

⁶³ Abogado por la Universidad Libre de Colombia (Barranquilla, 2019). Estudiante de Filosofía de la Universidad del Atlántico (Barranquilla, 2021). Correo electrónico: carlosacaballero@mail.uniatlantico.edu.co.

⁶⁴ Estudiante de Derecho de la Universidad Libre de Colombia (Barranquilla, 2021). Correo electrónico: clarai-correab@unilibre.edu.co.



Palabras clave: Democracia Constitucional; Estados de Excepción; Peste.

Abstract

The unexpected arrival of a plague constitutes an undesirable company for the human being. This is to be avoided at all costs due to the traumatic havoc caused by its stay. Its short or long passage through the world is unavoidable, ideally, counteracting its despicable and denigrating effects to its minimum proportions. In this sense, and without ignoring other variables at play, the relationship between the strength of legal-political institutions, on the one hand, and the effectiveness of legal-political decisions, on the other, is what will largely prevent the proliferation and profusion of infections. From this perspective, the uses and abuses in the treatment and management of the plague carried out by the antidemocratic figure of states of exception in Colombia can be examined and criticized. Likewise, as a shield of defense and protection against present and future plagues that make humanity agonize, a series of minimum and necessary conditions of possibility are proposed, inspired by the model of constitutional democracy and constitutional rule of law and irradiated from the juridical-political culture of the Italian thinker Luigi Ferrajoli, such as (i) strengthening of Congress, (ii) creation of statutory law for powers of exception in pandemics and (iii) indispensable judicial guarantees.

Keywords: Constitutional Democracy; States of Exception; Plague.

Introducción

La peste es el nombre derivado del latín *pestis*, y sinónimo de pestilencia, con el que culturalmente las civilizaciones se refieren a una “enfermedad contagiosa y grave que causa gran mortandad” (RAE, 2020a, 2020b). Desde una mirada metafórica, constituye una compañía indeseable para el ser humano (Pabón, 2020a; Verano, 2020). Una visita inesperada o huésped



incómodo que pretende evitarse a toda costa, a fin de no soportar los estragos traumáticos que ocasiona su estadía. Como una invitada inoportuna, su mero acto de presencia amenaza la vida en comunidad con el destierro o exilio públicos de la vida en soledad. Más aún, su insoportable comparecencia corrompe la ritualidad que se le otorga al fallecido por su causa y que acompaña su tránsito de la muerte a la vida eterna. Así pues, el individuo es el mejor de los animales cuando convive en ausencia de ella, y el último cuando lo hace en su presencia. La tragedia que conlleva su llegada impetuosa –sea prevista o imprevista, pretérita, presente o futura– nunca es recibida con los brazos abiertos, dado los nocivos y desagradables efectos que produce: degenera y banaliza la condición humana.

El miedo a la peste radica en el miedo inminente a la muerte (Madanes, 2020; Lorenci, 2020). Ya en la antigüedad clásica, el advenimiento del terror, miedo muy intenso que engendra terribles turbaciones y lamentos, representó el prelude de la desolación que padeció Cartago a mediados del siglo III por la peste de Cipriano (249-270 d. C). Este contagio, cuya sintomatología va desde la diarrea y los vómitos hasta la pérdida de audición y visión (Sáez & Parra, 2020; Rivas, 2020), ocasionó una alta mortalidad (crisis demográfica); asunto no menor que le mereció el sitio de ser considerado como una de las grandes epidemias que vivió el Alto Imperio Romano, junto a la peste Antonina o de Galeno, brote asociado con la viruela que se desarrolló un siglo antes (166-180 d. C) durante el mandato de Marco Aurelio, produciéndole inclusive su deceso (Fuentes, 1992). Del miedo particular que causa la peste, diferente a otras especies de miedo, y de la experiencia pestífera cartaginesa (en la que cabe incluir la aniquilación del ejército cartaginés a final del siglo V a. C en Sicilia cuando cercaba Siracusa) que involucró un desorden intolerable para la sociabilidad humana, Michel de Montaigne en sus *Ensayos*, concretamente en *Del miedo*, no escatima nada al advertir que:



Conocen los griegos otra especie de miedo que está más allá del fallo de nuestro juicio y que se produce según ellos, sin causa aparente y por impulso del cielo; pueblos y ejércitos enteros vense a menudo presa de él. Así fue el que llevó a Cartago increíble desolación. Oíanse allí solo gritos y voces aterrorizadas. Veíase a los habitantes salir de sus casas alarmados, atacarse, herirse y matarse unos a otros como si fuesen enemigos que viniesen a ocupar la ciudad; todo era desorden y tumulto, hasta que, con preces y sacrificios, apaciguaron la ira de los dioses. A esto llámanlo terrores pánicos. (Montaigne, 2013, p. 118)

La peste es implacable y volátil. Al igual que la guerra, nos toma siempre desprevenidos, nos sorprende con los pantalones abajo, como bien enseña Albert Camus en *La peste*. En esta obra literaria –con reflexiones que actualmente cobran vigencia– Camus (1983) detalla el drama padecido en Orán, ciudad argelina que durante los años cuarenta del siglo veinte experimentó el flagelo de la peste, cuyos primeros indicios se presentaron en una proliferación de ratas muertas. Todo lo revuelve y alborota como si de hojarasca se tratara. Establece una nueva normalidad en los hábitos rutinarios o cotidianos de las personas. Su corto o largo paso por el mundo deja una inconmensurable cantidad de muertes anónimas y víctimas sin rostro, convertidas en cifras, números o datos estadísticos que dan cuenta de cómo la vida se escapa como agua entre los dedos.

En el contexto de la expansión fulminante de la peste de ceguera blanca, José Saramago en su *Ensayo sobre la ceguera* la describe análogamente de la siguiente manera: “empiezan a caer unos sobre otros [...], un cuerpo, otro cuerpo, que parecería que nunca acabarían de caer como a veces se ve en las películas y en la televisión” (Saramago, 1995, p. 103). El autor alerta sobre los tiempos apocalípticos que vivimos, debido al contagio progresivo de un virus surgido



sin razón aparente, cuyo único síntoma es una extraña ceguera blanca, frente a la cual, el gobierno responde reclutando a los infectados, por la fuerza, en un centro psiquiátrico. Ya sea internados en cuarentena o vagando por la ciudad, los ciegos se enfrentan indefectiblemente con el instinto más primitivo de la naturaleza humana: la voluntad de sobrevivir, sin importar el costo.

Siendo un fantasma cuyas incontables apariciones no notamos inmediatamente, la peste se instala silenciosa y sombría en los espacios compartidos por la sociedad civil, haciéndose visible, poco a poco, en la medida en que se juega a ignorar la magnitud agónica de sus daños. Al respecto, Daniel Defoe en su *Diario del año de la peste* describe cómo parientes que circulaban entre sí, sin advertir la escalada del virus que propagaban, e intentando evitar el contagio que paradójicamente se reproducía al intentar evitarlo, eran potenciales destructores de toda la parentela. Con magistralidad relata la historia, entre otras tantas, de una familia infectada por un padre ignorante de su calidad de portador del virus, cuyos primeros síntomas venenosos entre los miembros aparecieron antes de que él tomara conciencia del destructor caminante que representaba. Así:

Es muy triste darse cuenta de que personas como estas [*i.e.* que no sabían que estaban contagiadas] eran destructores caminantes (*walking destroyers*) desde una semana o dos antes de declarárseles la enfermedad; cómo arruinó a aquellos por quienes hubiera arriesgado su vida para salvarlos, respirándoles muerte encima; incluso quizás al besar y abrazar cariñosamente a sus propios hijos. (Defoe, 1994, citado en Madanes, 2020, pp. 21-22)

La peste, que suele encontrar asiento en las multitudinarias aglomeraciones o reuniones humanas en sitios cerrados, y tiende a ser enfrentada por las autoridades civiles con medidas



restrictivas, tales como prohibiciones de aglomeraciones, viajes y mercaderías, cuarentenas o confinamientos obligatorios, clausuras de casas contagiadas, cordones sanitarios y aislamientos preventivos, con el fin de defender la vida de los conciudadanos, nos conmina en la mayoría de las veces a elegir entre muerte o abandono. Este dilema se traduce en que, por un lado, el que decide permanecer junto al enfermo tiende a contagiarse y posteriormente a morir; por su parte, el enfermo que es abandonado a su suerte y fortuna muere por desamparo.

La morada transitoria o permanente de la peste, vicia, contamina y destruye a la especie humana que está a su alrededor, en la medida en que la desprovee de toda experiencia vital de sentido y la transforma en simple osamenta a cremar en masa como mecanismo para aminorar la propagación epidémica. No tiene criterios de selección: a todos nos iguala y a ninguno nos diferencia; no discrimina ni reconoce límite alguno entre vejez o juventud, débiles o fuertes, culpables o inocentes. A lo largo y ancho de la historia, ha sido de las peores pesadillas de la humanidad (Vargas-Llosa, 2020). Inclusive, ha incidido en el declive de las civilizaciones. Al margen de considerar si en las comunidades políticas lo normal es la existencia o ausencia de pestilencias, indudablemente, cada vez que retorna el tejido social tiende a fracturarse y fragmentarse, ya que la infección aniquila y convierte a las personas, repentinamente, en desperdicios o desechos que deben ser depurados de manera precipitada por asunto de salubridad pública y de seguridad nacional. La letalidad de la peste, su círculo o espiral vicioso de muertes que tanto aflige al hombre, es un constante recordatorio del eterno y fatal destino del ser humano: la finitud, fragilidad y falibilidad. Débiles e infinitamente pequeños somos —ríe estrepitosamente la peste—, así como lo son todas las construcciones intelectuales fundadas en la razón y no en el mito.



Tanto Gabriel García Márquez en *Cien años de soledad* como también Michel de Montaigne en otro de sus ensayos intitulado *De la fisonomía*, retratan de una plumada el asiduo acecho de la peste, mal necesario que como huella indeleble siempre aqueja a la humanidad y del que es imposible escapar. Visitación, una exiliada princesa india del territorio guajiro de Manaure, descubre una noche en Macondo la peste del insomnio y su inexorable evolución hacia el olvido, destino fatal que la obligó junto a su hermano Cataure al destierro de su reino milenario, en los alumbrados ojos de gata en la oscuridad de la infanta Rebeca, quien está chupándose el dedo en el mecedor. García-Márquez (2014) lo expresa de la siguiente manera: “Cataure, el indio, no amaneció en la casa. Su hermana se quedó, porque su corazón fatalista le indicaba que la dolencia letal había de perseguirla de todos modos hasta el último rincón de la tierra” (p. 60). La peste está a la orden del día, nos persigue desde el nacimiento hasta el fenecimiento, desde la cuna hasta la sepultura; es inevitable, “una vez entra en la casa, nadie escapa de [ella]” (García-Márquez, 2014, p. 61).

Ahora bien, la inevitabilidad de su llegada no implica *per se* la inevitabilidad de la catástrofe. Su atenuación o agravación en una comunidad política depende, en gran medida, de las decisiones jurídico-políticas y estrategias sanitarias que adopten los administradores de turno para su tratamiento. Una vez recibida su ineludible visita, lo ideal es contrarrestar sus despreciables y denigrantes efectos. La odiosa e intolerable hecatombe que puede generar la peste, debe ser controlada y aislada por los gobiernos de los Estados a sus mínimas proporciones. El imperativo categórico consiste en la minimización y reducción del padecimiento sufrido por el patógeno, con el objetivo de salvaguardar de la devastación la vida de los conciudadanos. Afrontar el azaroso destino de la enfermedad puede ayudar a cesar sus nefastas consecuencias en el presente y posibilitar una cierta inmunidad a futuro.



En este sentido, y sin desconocer variables investigativas en juego como *cultura ciudadana*, *disciplina social*, *gobiernos populistas*, *incapacidad de los gobernantes de turno*, entre otros, las cuales no serán objeto de examen en el presente ensayo, la relación entre la fortaleza de las instituciones jurídico-políticas, por un lado, y la eficacia de las decisiones jurídico-políticas, por otro, es la que va a impedir en mayor grado la proliferación y profusión de los contagios. Al fin y al cabo, la llegada impetuosa de la peste pone a prueba –o en tela de juicio– la fortaleza o debilidad, bien sea, en el plano formal, de las instituciones jurídico-políticas, o, en el plano material, de los gobernantes de turno y su capacidad (experticia) en el tratamiento y gestión del patógeno. Esto es posible corroborarlo empíricamente a través de la eficacia y eficiencia en la elaboración y ejecución de estrategias sanitarias que eviten precisamente la calamidad pública.

La pandemia no es –ni debe ser– exaltada como valor social o virtud ética. Sea considerada como castigo divino (representación trágica del pecado original) al que debe rogarse clemencia, o como desastre natural (fenómeno meramente natural), la infección tiende a disolver o desintegrar la sociedad. Huelga anotar que el deber ético individual y colectivo debe consistir en salvar y proteger vidas, y así mantener la unidad o cohesión sociales. El instinto de conservación, propio de un estado de naturaleza que desvanece la compasión, caridad, afecto y piedad hacia el prójimo, no puede ser la ley primera de preservación de la vida en una comunidad política. Para lograr o alcanzar bajos niveles de miseria humana y, por ende, evitar la perpetuación del virus como práctica o comportamiento regular de carácter común, son indispensables la implementación e interpelación de estructuras democráticas fuertes que propicien buenos gobiernos, y políticas públicas adecuadas que, a su vez, mitiguen las condiciones propicias de vulnerabilidad en que se asienta la peste.



Desarrollo

Para paliar la pestilencia es esencial en su tratamiento y gestión contar con estructuras democráticas fuertes que la enfrenten y contengan. Esto con el fin de prolongar la vida en sociedad con el menor número de víctimas posibles. Sin componente democrático vigoroso, el Estado combate la plaga con un brazo atado en la espalda. Bajo esta óptica, se necesita el establecimiento de la democracia que es, por excelencia y antonomasia, el gobierno representativo y participativo de los ciudadanos en la esfera pública, en cuya toma de decisiones políticas debe garantizarse la más amplia y rica pluralidad, tolerancia, libertad e igualdad. La democracia propicia procedimientos que concilian las posiciones políticas opuestas a fin de materializar la convivencia social sin necesidad de derramamiento de sangre.

Más aún, se requiere el establecimiento de una democracia constitucional, con un modelo de estado constitucional de derecho que supere el ya obsoleto estado legislativo de derecho. Se espera que esté fundamentada, por un lado, en el reconocimiento y tutela de los derechos humanos como fragmentos de soberanía de la ciudadanía, e irradiada de la cultura jurídico-política del garantismo, y, por otro lado, en constituciones políticas rígidas que establezcan una sólida división y separación de poderes públicos con miras al fortalecimiento del sistema de frenos y contrapesos (Pabón, 2019).

Sobre el sistema de controles, la democracia constitucional rediseña la esfera pública en *funciones e instituciones de gobierno y funciones e instituciones de garantía*. Las primeras, caracterizadas por su fuente de legitimación en la representación política, por tanto, investidas de competencia por el voto y la elección popular, se encargan de la tutela de los intereses generales o de la mayoría, respetando siempre los mandatos constitucionales. Las segundas, caracterizadas por su fuente de legitimación en la ley, por tanto, investidas de competencia para el



cumplimiento y respeto de la ley, se encargan de la garantía de los derechos fundamentales. En el primer supuesto, se está ante el territorio o espacio de discrecionalidad de la política (esfera de lo decidible) y de los poderes de disposición, es decir, de producción e innovación jurídicas. En el segundo supuesto, se está ante el territorio o espacio de subordinación al derecho (esfera de lo indecidible) y de los poderes de cognición, es decir, de cumplimiento a la ley (Ferrajoli, 2008).

Además, el diseño constitucional que permita afrontar una crisis sanitaria excepcional, como las que generan las pestilencias, requiere de una rígida subordinación a la ley como una forma de limitación impuesta a los poderes absolutos y salvajes (Pabón, 2020b). Esta insistencia de la democracia constitucional en la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad, entendido como deber de obediencia a ley al tenor del art. 33 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, no es otra cosa que la reiteración del clásico e ilustrado ideal republicano del gobierno de la voluntad *impersonal* de las leyes y no del gobierno de la voluntad *personal* del hombre. Hace más de dos mil quinientos años, Aristóteles de Estagira manifestó en su *Ética a Nicómaco*, y con posterioridad –en el período escolástico– Tomás de Aquino lo reiteró y amplió en sus *Comentarios a la Ética de Nicómaco de Aristóteles*, que el buen y justo gobierno de la sociedad no debe permitir que los hombres dirijan los asuntos políticos conforme a su voluntad y pasión, sino que actúen de acuerdo con la ley que es el dictamen de la razón pública. En efecto: “por eso no dejamos que el dominio lo tenga un hombre, sino la ley, porque aquél lo ejerce para sí mismo y se convierte en un tirano [...]” (Aristóteles, 2008, p. 168).

A su vez, la democracia constitucional como condición mínima y necesaria de posibilidad que intenta transitar la incivilización del estado de naturaleza, permite –o debe permitir– la garantía real o material de los derechos humanos, en particular aquellos que en emergencias sanitarias tienden a coartarse. Los derechos humanos, como fundamentos de la



democracia contemporánea, son los límites materiales a los poderes públicos. Tienen la doble finalidad de enjuiciar y fundamentar las decisiones del Estado. Miden la legitimidad o arbitrariedad de una determinación política, o particular que trasciende a la esfera pública, a partir de la afectación y vulneración hacia los mismos. Siendo vínculos y obligaciones a los actores políticos (esfera de lo indecible), por una parte, prohíben e impiden (lo no decidible) interferir en las libertades individuales (expectativas negativas o de no lesión); por otra parte, obligan ineludiblemente (lo que no debe dejar de decidir) a garantizar los derechos sociales (expectativas positivas o de prestación). A todo esto, no debe olvidarse que estas garantías primarias de prohibición y obligación, sustraídas de la voluntad mayoritaria, es decir, contramayoritarias, necesitan del acompañamiento de garantías secundarias, como son los controles judiciales o de justiciabilidad que intervienen, bien sea para reparar las violaciones o cumplir las insatisfacciones (Ferrajoli, 2008, 2016, 2017).

De cualquier modo, si bien la democracia constitucional, paradigma del constitucionalismo rígido que refuerza el histórico art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, posibilita en los estados constitucionales de derecho un mejor tratamiento y gestión de la peste en escenarios de amplia deliberación pública, no es menos cierto que en Colombia sigue siendo una utopía o promesa incumplida. No se han podido lograr o alcanzar tales formas y técnicas de garantía, las cuales aún están lejos de haber sido elaboradas y aseguradas, toda vez que, entre otras cosas, ha sido aceptada la utilización de los estados de excepción. Su implementación viola la democracia constitucional y el principio de legalidad. Igualmente, recrudece el hiperpresidencialismo (Jiménez, 2021), sistema que contiene restos de absolutismo, cuyas disfuncionalidades fomentan la personalización de la política y el ascenso de gobiernos populistas y de líderes carismáticos (Pabón, 2019). Como se valorará, de la aplicación de los estados de excepción no es posible determinar exclusivamente el buen o pésimo manejo



de la peste; sin embargo, su utilización no ayuda a mejorar, por lo menos en este aspecto, la situación extraordinaria.

En este escenario, las situaciones de grave crisis e incertidumbre que afectan la existencia cotidiana y ordinaria de los Estados constitucionales de derecho y de la vida en sociedad, como son las pandemias, plantean una aparente dicotomía en las democracias constitucionales (García & Uprimny, 2005). Esto es, si no se autorizan poderes o mecanismos excepcionales a las autoridades públicas durante el estado de caos y desorden, se corre el riesgo de que el Estado sucumba o que los administradores estatales decidan romper abiertamente el orden constitucional (García & Uprimny, 2005).

De allí surge la idea de admitir en los textos constitucionales la existencia de estados de excepción, que permitan transitoriamente una mayor concentración de poderes en el Ejecutivo y la limitación de ciertos derechos, en principio con el objeto de restablecer la situación de normalidad y proteger los derechos humanos más fundamentales. (García & Uprimny, 2005, p. 4)

Así pues, su ámbito de aplicación se reserva, según la Corte Constitucional:

[...] para aquellas perturbaciones que pueden poner en peligro elementos y condiciones esenciales del sistema económico, político, social o del medio ambiente, más allá de lo que resulte ser en un momento dado su rango normal de existencia o funcionamiento y que tengan la posibilidad de amenazar con superar un límite crítico. La función de los gobernantes es la de crear condiciones para vivir en la normalidad y controlar que las tensiones no rebasen los márgenes normales, actuando en todo caso cuando todavía se dispone de una capacidad de respuesta antes de que una de ellas llegue al punto crítico y



la sociedad y sus instituciones se expongan al colapso. (Corte Constitucional, C-004 de 1992, 1992, C-179 de 1994, 1994)

Sin embargo, los usos de los poderes presidenciales de emergencia traen consigo riesgos que pueden conllevar a determinados abusos de poderes. En efecto, más allá de limitar provisionalmente los derechos menos fundamentales contemplados en el ordenamiento jurídico y velar por la protección del sistema democrático, “han servido más bien como pretexto de violaciones sistemáticas de los derechos humanos por regímenes inconstitucionales y antidemocráticos” (O’Donnell, 1988, citado en García & Uprimny, 2005, p. 5). Una lectura del marco jurídico vigente en Colombia de los estados de excepción decretados por el gobernante de turno (tít. VII, cap. 6.º, arts. 212-215 de la Constitución Política –en adelante C.P.–, regulados con posterioridad en la Ley Estatutaria 137 del 2 de junio de 1994 –en adelante Ley 134 de 1994– en virtud de lo preceptuado en el art. 214 núm. 2.º C.P.) autoriza sostener que son una cobertura jurídica para vulnerar, y no reafirmar, las estructuras institucionales del estado constitucional de derecho en situaciones de anormalidad y excepcionalidad. Su irrespeto a los valores democráticos y la tradición mesiánica que promueven han sido un condicionante negativo al momento de afrontar la actual peste del COVID-19, enfermedad infecciosa que afecta las vías respiratorias, causada por el coronavirus SARS-CoV-2.

Desde el punto de vista de la salud pública y la epidemiología, se estima que para el lapso en el que fue declarada la COVID-19 como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en Colombia “el número de personas infectadas superó los 23.000 y el de muertos se aproximó a los 800, para una tasa de infectados y de muertos por millón de habitantes de 453 y 15, respectivamente, estando muy por debajo de las mundiales ubicadas en 734 y 45, en ese mismo orden” (Wilches & Castillo, 2020, p. 2). Además, a 1.º de mayo del 2020 se observó,



según un estudio exploratorio en 50 países con mayores números de casos notificados a 1.º de abril de 2000, el cierre completo (76 %) o parcial (20 %) de sus fronteras (con excepción del 4% que permaneció abierto), durante un promedio de 23 días desde el primer reporte en el país, sumado a que se aplicaron cuarentenas estrictas (80 %), parciales (10 %) y toques de queda (10 %) (Wilches & Castillo, 2021), las cuales a su vez impidieron que cerca del 80 % de niños y adolescentes del mundo asistieran a las escuelas en marzo del 2020 (Wilches *et. al.*, 2020).

Ahora bien, en lo jurídico-político este contagio desnudó la fragilidad de nuestras instituciones, en particular, los estados de excepción, debido al débil compromiso con el régimen de gobierno democrático. En un Estado con paupérrimo respeto a las garantías democráticas, la peste seguirá soplando y levantando las estructuras institucionales como hojas de papel. El tiempo de visita y estadía del virus va a depender en gran parte de las políticas públicas y humanitarias que se adopten para prevenir la severidad de sus mortíferos efectos. Indudablemente, es posible tomar malas decisiones jurídico-políticas con buenas instituciones jurídico-políticas, sin embargo, difícilmente se pueden tomar buenas decisiones jurídico-políticas con malas instituciones jurídico-políticas. Es una realidad que no puede ni debe ser eludida. De allí que, como condición de posibilidad mínima y necesaria, la eficacia de las determinaciones públicas dependa en buena medida de estructuras democráticas fuertes que promuevan buenas políticas de gobierno.

Examinada sucintamente, y con beneficio de inventario, la figura de los estados de excepción en Colombia presenta dos graves inconvenientes que justifican su exclusión. Una de las razones de su rechazo consiste en que sobreestima la participación de la fuerza pública en la dinámica institucional del Estado (García & Uprimny, 2005). El constante recurso a estos mecanismos extraordinarios, y no ordinarios, por parte de los gobiernos tiende a consolidar el



excesivo uso del monopolio estatal de la violencia como una forma de mantenimiento del orden público y el control social, inclusive de represión o persecución políticas contra la oposición estatal. Quien no puede persuadir a través del consenso y la deliberación plural, utiliza la fuerza y violencia prioritariamente como fundamento de sus decisiones políticas.

Otra de las razones críticas reside en el peligro que supone para la democracia constitucional la actuación unilateral del poder ejecutivo, manifestada en la usurpación de la decisión mayoritaria y deliberada del Congreso de la República. Al romper con la separación y división de poderes, generando un desequilibrio de poderes políticos, permite que el consenso público se concentre y centralice en pocas manos, en particular, en la máxima autoridad administrativa; aumenta el fenómeno del hiperpresidencialismo, es decir, un ejecutivo con pretensiones monárquicas, sin límites ni controles, con amplias facultades sobre asuntos que no son de su competencia, tal y como sucede con los arts. 215 párr. 3.º C.P., 38 literal l) y 47 par. de la Ley 137 de 1994. Estas disposiciones jurídicas, que agudizan la crisis de la representación política, facultan al Presidente de la República para establecer nuevos tributos o modificar los existentes en la Comoción Interior y en la Emergencia Económica, Social y Ecológica, vulnerando el principio *no taxation without representation*, asimismo el art. 44 de la homónima ley lo autoriza en la Comoción Interior para la configuración punitiva de delitos, atenuación o agravación de penas, y demás prerrogativas que violentan la reserva de ley, o como sucedió recientemente con el art. 12 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 que limitó a sesiones virtuales la deliberación pública de los órganos colegiados de las ramas del poder público, declarado después inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-242 del 9 de julio de 2020.



En este mismo orden de ideas, vale añadir que algunas prescripciones jurídicas de la citada ley pueden constituir una verdadera intromisión o invasión de competencias de la alta misión de administrar justicia por parte del poder judicial y su transformación como instrumento político puesto al servicio del Gobierno, toda vez que habilitan al Presidente en la urgencia para determinar autoridades ejecutivas que cumplan y ejerzan funciones jurisdiccionales (art. 21), con lo que quebranta los principios de autonomía e independencia judiciales como límites a la arbitrariedad de la administración pública; asimismo lo autorizan en la Conmoción Interior para la realización de detenciones de personas [art. 38 literal f) párr. 3.º] y allanamientos al domicilio [art. 38 literal n) párr. 4.º] sin autorización de orden judicial. Esto representa un peligro para la democracia constitucional porque puede ser la puerta de entrada para la comisión de actos inhumanos y degradantes que afecten la integridad personal, tal y como es la tortura, así como también puede dar cabida a injerencias arbitrarias contra su domicilio, con lo que se desconocerían los arts. 5.º, 9.º y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 5.º, 7.º y 11 núm. 2.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, 7.º, 9.º y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 12 y 28 C.P.

De especial interés, igualmente, es el art. 38 literal k) de la ya referenciada Ley 137 de 1994, en conformidad con los arts. 304 y 314 párr. 3.º C.P., que legitima en la Conmoción Interior la suspensión de gobernadores y alcaldes por parte del Presidente, y a su vez la del gobernador sobre alcaldes pertenecientes a su circunscripción territorial, cuando se presente alguna de las siguientes tres hipótesis: (i) contribuyan a la perturbación del orden público, (ii) obstaculicen la acción de la fuerza pública, (iii) incumplan las órdenes emitidas por el superior. Claramente esta disposición jurídica recrudece aún más el centralismo político e introduce una jerarquía de superiores e inferiores, asunto que puede conllevar a ignorar las particularidades



propias de cada ente territorial, en la medida en que presenta al Presidente como actor único y absoluto en el establecimiento de directrices para el mantenimiento del orden público.

Igualmente, esta prescripción jurídica se refuerza por el temor de los funcionarios públicos a una futura suspensión o destitución en un proceso administrativo disciplinario ante la Procuraduría General de la Nación por incumplimiento o extralimitación en los decretos legislativos (art. 53 de la Ley 153 de 1994), vulnerando así el principio *non bis in ídem*. No obstante, no debe a su vez soslayarse un posible beneficio político que, como moneda de cambio, obtienen a su favor las autoridades administrativas seccionales, toda vez que para ellas puede ser mucho más cómodo adoptar una tendencia facilista, es decir, ostentar un lugar secundario o pasar a un segundo plano, y que sea la autoridad administrativa nacional –el Presidente– quien asuma tales atribuciones a fin de evadir sus responsabilidades a futuro y no comprometer su nicho electoral.

Es dable resaltar que en los arts. 41 y 47 par. de la mentada ley, en concordancia con los arts. 213 párr. 3.º y 215 párr. 3.º C.P., respectivamente, existe una contradicción en los términos, puesto que, al flexibilizar la rigurosidad del elemento o juicio de *transitoriedad*, propio de la corta vigencia o temporalidad de los decretos legislativos, reconfigura los estados de urgencia en verdaderos regímenes de *excepcionalidad permanente*. En el primer supuesto, la norma faculta al Presidente en la Conmoción Interior para ampliar la duración de los efectos jurídicos de los decretos legislativos hasta por 90 días más luego de haber finalizado la perturbación del orden público, ante lo cual, si éste plazo se suma a los 180 días (90 días iniciales de la declaratoria más los 90 días de las dos prórrogas) contaría el Presidente con un margen de actuación 270 días calendarios o corridos. En el segundo supuesto, la norma habilita otorgar carácter permanente a



los tributos establecidos o modificados por Presidente en la Emergencia Económica, Social y Económica, previo dictamen del Congreso (Pabón, 2020b).

En este punto, es pertinente aclarar que dentro de la categoría de los *decretos con fuerza de ley*, es decir, aquellos que son materialmente leyes pero formalmente decretos, contemplados en la C.P., en igual rango normativo que la ley, expedidos por el Presidente en ejercicio de la delegación de la función legislativa y sujetos a control judicial de constitucionalidad posterior, coexisten dos tipos de actos a diferenciar: por un lado, los decretos legislativos, y por otro, los decretos-ley o extraordinarios. Los primeros son aquellos expedidos por el Presidente, con la firma de todos sus ministros de gobierno, en el marco de la declaratoria de los estados de excepción. Los segundos son aquellos que permiten al Presidente cuando la necesidad o conveniencia pública lo requieren, hasta por seis meses y previa delegación de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara de Representantes y del Senado de la República, representada a través de una ley de autorización de facultades extraordinarias, ejercer la función legislativa expidiendo normas jurídicas conforme al art. 150 núm. 10.º C.P. Así pues, las diferencias entre ambos tipos de actos radican en que:

(i) Los decretos legislativos, huelga anotar, permiten transitoriamente la creación o modificación de tributos [arts. 215 párr. 3.º de la C.P., 38 literal l) y 47 par. de la Ley 137 de 1994], mientras que los decretos extraordinarios lo prohíben (art. 150 núm. 10.º párr. 3.º C.P.).

(ii) Los decretos legislativos pueden restringir la libre circulación o locomoción de personas [arts. 28, 29, 38 literal a) de la Ley 137 de 1994], en cambio los decretos extraordinarios están imposibilitados (art. 150 núm. 10.º párr. 3.º C.P.).



(iii) Los decretos legislativos tienen control judicial de constitucionalidad automático o *ex officio* (arts. 214 inc. 6.º, 215 par. y 241 núm. 7.º C.P., 55 de la Ley 137 de 1994 y 36 del Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991), caso contrario los decretos extraordinarios que tienen control judicial de constitucionalidad por vía de acción (art. 241 núm. 5.º C.P.).

(iv) Referente a su vigencia, los decretos legislativos están supeditados al término de la excepcionalidad (arts. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 212, 213, 215 C.P. y 34 párr. 2.º, 35, 41, 46 párr. 2.º y 3.º de la Ley 137 de 1994.), mientras que los decretos extraordinarios cuentan con la permanencia o estabilidad de una ley formal.

(v) Sobre su fuente de legitimación, los decretos legislativos son el producto de la delegación directa de la C.P., en cambio los decretos extraordinarios son el resultado de la delegación condicionada del Congreso de la República. Cabe advertir que, para el ejercicio o la puesta en marcha de la función legislativa por parte del poder ejecutivo, en los decretos legislativos –salvo lo dispuesto en los arts. 22 (a su vez exceptuado por el 24), 35 y 40 de la Ley 137 de 1994– no es esencial la solicitud previa del Presidente al Congreso para la autorización legal de facultades extraordinarias, *conditio sine qua non* para los decretos extraordinarios.

Por último, (vi) los decretos legislativos son expedidos en tiempos de anormalidad o excepcionalidad, no obstante, los decretos extraordinarios son promulgados en tiempos normalidad y paz.

Como nadie ignora, todo ello se debe a la delegación, por expreso mandato constitucional, de grandes ventajas al Presidente para declarar unilateralmente la existencia de una emergencia, en virtud de un amplísimo marco de discrecionalidad. Salvo en los casos de



Guerra Exterior según los arts. 212 párr. 2.º C.P. y 22 de la Ley 137 de 1994 (exceptuados por los arts. 212 párr. 2.º C.P. y 24 de la Ley 137 de 1994) y en la segunda prórroga de la Conmoción Interna según los arts. 213 párr. 1.º C.P., 35 y 40 de la Ley 137 de 1994, la participación del órgano legislativo en el acto declaratorio de los estados de excepción es prácticamente nula. Ni siquiera el requisito de la firma de todos los ministros en los decretos legislativos (arts. 212, 213, 214 núm. 1.º y 215 en concordancia del 115 párr. 4.º C.P. y 22, 24, 34, 46 de la Ley 137 de 1994) constituye un límite real, debido a que son servidores públicos bajo la modalidad de empleados de libre nombramiento y remoción, fácilmente reemplazables si no comparten las directivas del Presidente, tal y como se entiende de los arts. 123 y 189 numeral 1.º C.P.

De ahí que, sin que el Congreso tenga previamente la oportunidad de someter a discusión el resultado de este cambio legislativo, la máxima autoridad administrativa modifica inmediatamente la situación actual. Una vez emitido el decreto legislativo, el legislador se ve en la dicotomía de elegir entre la nueva legislación –las medidas adoptadas por el Presidente– y las consecuencias que traería consigo reformar o derogar el decreto una vez haya surtido efectos (Arango, 2020). En este sentido, la potestad proactiva de cambiar el *statu quo* es un ejemplo de poder sin control y una forma de evadir los límites constitucionales y la defensa del imperio de las leyes.

Por añadidura, los estados de excepción son un foco que incrementa e incentiva significativamente la comisión de actividades ilícitas, tales como la corrupción, el fraude y la captación de dinero fácil. La rápida respuesta a la actual contingencia del COVID-19 ha sido la justificación para acrecentar el uso de la figura de la urgencia manifiesta y no seguir “[...] los protocolos usuales de contratación, que incluyen abrir licitaciones y la presencia de un número plural de oferentes para la entrega de un bien o la prestación de un servicio” (Ávila, 2020). En su



vigencia, se tienden a debilitar las normas de transparencia, publicidad, supervisión y rendición de cuentas bajo la excusa de flexibilizar los procesos de contratación estatal (Rose-Ackerman, 2021). Inclusive, este efecto colateral y contraproducente que favorece el clientelismo y favoritismo se acentúa cuando los administradores estatales de turno distribuyen o despilfarran recursos públicos limitados fundados en normas jurídicas poco claras o incompatibles con el estado de anormalidad.

Del análisis de 48 denuncias ciudadanas reportadas sobre COVID-19 en el Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC) y que recibieron asesoría en materia de presunta corrupción, correspondiente al período de 24 de marzo a 30 de noviembre de 2020, la Corporación Transparencia por Colombia determinó que el 64.6 % (31) pertenecen a irregularidades en la contratación pública, de las cuales, el 48 % (15) son de sobrecostos en kits alimentarios, el 32 % (10) son de abuso en la contratación directa, el 13 % (4) son de sobrecostos en bienes y servicios diferentes a alimentos, y el 6 % (2) son de favorecimiento de intereses políticos (Transparencia por Colombia, 2020).

También, cabe destacar, que según el Índice de Percepción de Corrupción 2020 de Transparencia Internacional, que mide en una escala de puntos de 0 (corrupción elevada) a 100 (ausencia de corrupción) el nivel de percepción de la corrupción en el sector público en 180 países y territorios de todo el mundo, Colombia obtuvo una calificación de 39 puntos (menos de la media global que son 43) ocupando el puesto 92, al igual que su vecino Ecuador; comparativamente muy por debajo de Estados sudamericanos como Uruguay (72 puntos, posición 21), Chile (67 puntos, posición 25), Argentina (42 puntos, posición 78) y Guyana (41 puntos, posición 83) (Transparencia Internacional, 2021).



Discusión

Ante este tormentoso y clarividente panorama de débil experiencia democrática en la aplicación de los estados de excepción, con especial énfasis en Colombia, se propone el establecimiento de las siguientes condiciones mínimas y necesarias de posibilidad como escudo de defensa y protección contra las presentes y futuras pandemias que tanto agonizan a la humanidad. Son guías necesarias e indispensables, pero insuficientes y escasas, cuya finalidad es mejorar la salud precaria de nuestra democracia. Constituyen una pretensión muy difícil, no obstante, no imposible de realizar en la práctica política. Sucintamente, las siguientes garantías están fundadas en el pensamiento ferrajoliano del estado constitucional de derecho y la democracia constitucional.

La *primera* es el fortalecimiento del Congreso como escenario de la deliberación pública y del consenso razonable en el régimen democrático. Siendo una institución de participación ciudadana, debe permitir que el vencido de ayer sea el vencedor del mañana y que la conformación de lo político se haga en la más amplia y rica discusión. Esta consolidación no se reduce a un mero órgano de producción de leyes elaboradas según los criterios y requerimientos del ejecutivo de turno, sino que, en virtud de la autonomía que le ofrece la democracia constitucional, legisle consultando las normas constitucionales, el sistema de frenos y contrapesos, y los límites y vínculos propios de un sistema garantista de los derechos humanos (Pabón, 2019).

En este orden de ideas, siendo el legislativo el núcleo del ejercicio plural del poder político, su fortalecimiento depende, entre otras cosas, de que (i) refleje el pluralismo político de la sociedad civil a través de los partidos políticos; (ii) que a su vez la estructura interna de los partidos políticos sea el fiel reflejo del respeto irrestricto a la democracia, toda vez que, siendo



ésta, en parte, un régimen representativo de los intereses de la ciudadanía a través los partidos políticos, es incoherente e inaceptable que internamente los partidos sean antidemocráticos; y finalmente, que en uno u otro caso, (iii) la representación política sea proporcional.

El control político que ejerce el Congreso de la República de Colombia en los estados de excepción comprende, entre otras actividades (arts. 212 párr. 4.º y 215 párr. 5º C.P., 32 y 49 de la Ley 137 de 1994), la autorización del Senado en la declaratoria de guerra (arts. 212 párr. 2º C.P. y 22 de la Ley 137 de 1994), el concepto previo y favorable para la prórroga de la conmoción interior (arts. 213 C.P., 35 y 40 de la Ley 137 de 1994), las reuniones del Congreso y los informes sobre la declaratoria (arts. 212 párr. 3, 213 párr. 4º, 215 párr. 4º y 6º, 24 párr. 2º, 31, 39 y 48 de la Ley 137 de 1994). Sin embargo, estos han sido cuestionados por su poca efectividad, ocasionada no sólo por la mera ausencia de instrumentos más eficaces de control, sino también por la tardanza del poder legislativo para ejercer los controles, derivada en gran parte, de la arraigada supremacía del ejecutivo. Por consiguiente, es preciso reforzar los mecanismos de control político que posibiliten la participación activa del Congreso en la toma de decisiones de envergadura (Vanegas, 2011).

La *segunda* es la creación de una ley estatutaria para poderes de excepción en tiempos de pandemia (Uprimny, 2020). Esto radica principalmente en que por la incertidumbre normativa – acrecentada por la llegada del coronavirus–, el Gobierno Nacional y las administraciones públicas seccionales restringieron los derechos fundamentales y las libertades individuales de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) mediante actos administrativos, considerados jerárquicamente inferiores, y sin ley preexistente que los autorizara expresamente, vulnerando el art. 4.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Así pues, a sabiendas de que esta emergencia sanitaria se prolongará en el tiempo, resulta imprescindible, para superar la



crisis y retomar paulatinamente la normalidad, la aprobación de una ley estatutaria que regule de forma restrictiva el poder de excepción, basándose en delimitar con rigor las causales de los estados de excepción y su temporalidad. Esta ley debe definir con precisión en qué circunstancias el Gobierno puede limitar los derechos en una emergencia sanitaria, atendiendo en todo caso aquellas estrategias estrictamente justificadas y necesarias conforme a la evidencia científica. También, prever controles políticos y judiciales más eficaces que posibiliten un mejor cumplimiento del principio de proporcionalidad (test coste-beneficio) y preserven el principio de transparencia ante los eventuales abusos.

De igual manera, esta normatividad “[...] podría aclarar las competencias respectivas de las autoridades nacionales y territoriales frente a la pandemia”, “[...] y precisar una coordinación entre esos distintos niveles para enfrentarla”, toda vez que “[...] un centralismo excesivo puede llevar a la desatención de ciertos territorios marginados o a la imposición de órdenes que no corresponden a las particularidades locales” (Uprimny, 2020). Es muy problemático que los gobiernos sigan soslayando la reserva de ley, limitando rigurosamente la libertad de movimiento sin una disposición legal que los autorice, y sin controles y límites adecuados, sobre todo, cuando la normatividad interna (art. 24 C.P.) e internacional (arts. 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) señalan que las restricciones deben estar consagradas en una ley del Congreso, es decir, en una norma jurídica general y abstracta establecida por el poder legislativo como órgano representativo de carácter colectivo, democráticamente elegido, promulgada por el poder ejecutivo, y tendiente hacia el bien común (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-6/86, 1986; Uprimny, 2020).



Por esta razón, “los casos y requisitos para que pueda ser decretada una cuarentena deben estar previstos en una ley” (Uprimny, 2020). No es una exigencia caprichosa, sino una garantía de la libertad individual, reconocida como derecho humano fundamental, y una forma de evitar la arbitrariedad de los gobiernos a nivel nacional y territorial. Este requerimiento permite, además, una amplia discusión pública en el Congreso en condiciones de pluralidad y tolerancia sobre los límites y controles para estas severas restricciones (Uprimny, 2020).

Finalmente, la *tercera* propuesta, referida a las garantías judiciales indispensables, debe entenderse como aquellos instrumentos imprescindibles que implican la actuación de órganos jurisdiccionales competentes, imparciales e independientes, aptos para salvaguardar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades que podrían verse suprimidos o limitados, más aún en circunstancias que amenazan la seguridad y estabilidad del Estado, en las que se hace forzosa la existencia de mecanismos idóneos enderezados a controlar las disposiciones que se dicten y a la defensa contra las vulneraciones a los derechos. Sin embargo, no es suficiente con ese expreso reconocimiento constitucional o legal, sino que es menester que gocen de la idoneidad suficiente para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y desplegar las acciones necesarias para remediarla (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-9/87, 1987).

Por consiguiente, debe entenderse que, en la declaratoria de los estados de excepción, no pueden comportar la supresión o pérdida de efectividad de las garantías judiciales de protección de aquellos derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud de la situación de anormalidad. De tal manera que algunas de las garantías judiciales esenciales para una real protección de los derechos humanos en situaciones extraordinarias son, según el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: (i) el hábeas corpus, (ii) la acción de



tutela (o amparo), (iii) cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes y (iv) también las inherentes a la preservación del estado de derecho y aquellos procedimientos judiciales relativos a la forma democrática representativa de gobierno, por ejemplo, en Colombia son el control de legalidad ante la jurisdicción contenciosa-administrativa y el control de constitucionalidad ante la jurisdicción constitucional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-9/87, 1987).

Reflexiones finales

La peste ha retirado lo que todos conocían, pero nadie reconocía: la hoja de parra que encubría y encriptaba la funesta desnudez de nuestras débiles instituciones jurídico-políticas. Su visita reveló la grave crisis institucional que padece el sistema democrático en Colombia, agravada aún más en las situaciones de emergencia sanitaria por los usos y abusos de la figura antidemocrática de los estados de excepción. No es que la peste *per se* haya ocasionado la fragilidad de la democracia colombiana, sino que sólo corroboró el pésimo diseño institucional que tiene desde antaño, sin ignorar la falta de capacidad (experticia) de los gobernantes de turno en el tratamiento de la pandemia y la poca eficacia (y eficiencia) de sus decisiones jurídico-políticas en la minimización de los contagios. En efecto, difícilmente se pueden tomar buenas decisiones jurídico-políticas con malas instituciones jurídico-políticas que propician la arbitrariedad. Sin estructuras democráticas fuertes que impulsen buenos gobiernos y políticas públicas adecuadas, la peste seguirá expandiéndose intensamente, causando daño y pérdidas humanas allí donde encuentre condiciones propicias de vulnerabilidad.

Además, la peste nos ha enseñado, y la literatura lo anota como acta de notaria, que debemos estar siempre preparados para su retorno. Con creces, ha evidenciado que la excesiva concentración de poderes públicos en el Presidente no es un mero defecto del sistema



denominado estados de excepción, sino un sistema defectuoso –inexistente de espacio de legitimidad jurídico-democrática– que atenta contra toda forma de gobierno republicano. Precisamente, en situaciones excepcionales de emergencia sanitaria, es donde más debe florecer el gobierno de la voluntad *impersonal* de las leyes y no el de la voluntad *personal* del hombre. Si bien los textos constitucionales contemplan estas prerrogativas excepcionales, que se declaran cuando se presentan situaciones que amenazan con conculcar la normalidad e institucionalidad social, económica o ambiental, y cuyos fundamentos para sustentar semejante decisión deben estar, en teoría, rigurosamente fundamentados desde el punto de vista material y muy concretamente establecidos los procedimientos y formalidades para dar lugar a su ejecución (Echeverri, 2020), la excepcionalidad en el caso colombiano tiende a agravar la crisis de la representación política y la erosión democrática, consolidar el hiperpresidencialismo y aumentar la corrupción.

Por último, este contagio que aflige a la humanidad, toda vez que genera muertes anónimas, sepulta personas en masa y exige rápidamente extremar medidas sanitarias para intentar aplacarla, con mayor razón, cuando se está en condiciones propicias de vulnerabilidad, tiene un efecto positivo o reedificador, es decir, un factor dinamizador que consiste en que, al poner a prueba –o en tela de juicio– la fortaleza o debilidad de las instituciones jurídico-políticas de un Estado y las estrategias implementadas por los administradores de turno para la gestión de la pandemia, y, por ende, develar lo oculto, esto es, la grave crisis institucional, nos conmina a la reflexión crítica y autocrítica sobre los constantes riegos y las permanentes crisis que afronta la democracia constitucional y el estado de constitucional de derecho. La peste nos brinda una excelente e inmejorable oportunidad para evaluar la calidad o valía de nuestras instituciones jurídico-políticas, asimismo examinar su alto o bajo grado de efectividad democrática. Cada vez que retorna abre la puerta de debate para intentar refundar la precaria y deteriorada democracia



colombiana, a fin de mejorarla, perfeccionarla y adaptarla a las nuevas realidades dinámicas de un mundo cada vez más globalizado e interconectado.

Agradecimientos

Los autores manifiestan su profundo agradecimiento con los profesores Juan Antonio Pabón Arrieta y Carlos Eduardo Gil Rodríguez por sus valiosos aportes en la revisión del presente manuscrito.

Referencias bibliográficas

Arango, A. (2020). ¿Son los estados de excepción el problema? El ejercicio de la función legislativa a partir de la delegación expresa del Congreso: el caso colombiano. *Derecho del Estado*, (46), 189-222. <https://doi.org/10.18601/01229893.n46.08>

Aristóteles. (2008). *Ética a Nicómaco* (J. Calvo, trad.). Alianza.

Ávila, R. (2020, 4 de octubre). Corrupción: la otra pandemia que afecta al país. *El tiempo*. <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/coronavirus-en-colombia-aumento-de-la-corrupcion-en-el-pais-541345>

Camus, A. (1983). *La peste* (R. Chacel, trad.). Orbis.

Constitución Política de Colombia [Const.]. (7 de julio de 1991). Diario Oficial 51657. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). *Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre*



Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). *Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

Decreto Legislativo 491 de 2020. Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Diario Oficial 51270.

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Decreto-491-28-marzo-2020.pdf>

Echeverri, G. (2020, 30 de abril). Democracia y estados de excepción. *La Patria*.

<https://www.lapatria.com/opinion/columnas/guido-echeverri/democracia-y-estados-de-excepcion>

Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 337-343.

Ferrajoli, L. (2016). *Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo* (C. Hernández & S. Ortega, trad.). Universidad Libre de Colombia.

Ferrajoli, L. (2017). La democracia a través de los derechos. Un diálogo entre filósofos y juristas. En D. Ippolito & G. Pino (eds.), *Democracia y derecho. Ensayos sobre la*



democracia a través de los derechos de Luigi Ferrajoli (pp. 129-170). Universidad Libre de Colombia.

Fuentes, P. (1992). Las grandes epidemias en la temprana Edad Media y su proyección sobre la Península Ibérica. *En la España Medieval*, (15), 9-29.

García-Márquez, G. (2014). *Cien años de soledad*. Penguin Random House.

García, M. & Uprimny, R. (noviembre de 2005). ¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los Estados de Excepción. *Dejusticia*. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_198.pdf

Jiménez, M. (2021). Democracia constitucional y crisis sanitaria. Reflexiones en torno a la pandemia y el diseño constitucional. *Jurídicas*, 18(1), 91-108. <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.6>

Ley Estatutaria 137. Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. (1994, 2 de junio). Congreso de la República. Diario Oficial No. 41.379. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0137_1994.html

Lorenci, M. (2020, 28 de marzo). Palabras para explicarnos la pandemia y vencer al miedo. *El Correo*. <https://www.elcorreo.com/culturas/palabras-explicarnos-pandemia-vencer-miedo-20200328203433-ntrc.html>

Madanes, L. (2020). *La peste* (1.era ed.). Centro de Investigaciones Filosóficas.

Montaigne, M. (2013). *Ensayos completos* (A. Montojo, trad.). Cátedra.



Pabón, J. (2019). *La democracia en América Latina: un modelo en crisis*. Bosch.

Pabón, J. (2020a). La peste en la literatura. *La Barca*, 11, 45-52.

Pabón, J. (2020b). Estado de derecho y democracia en la república de Colombia frente a la peste.

En A. Ramírez & A. González (coords.), *Análisis y reflexiones sobre el COVID-19. Pandemia y postpandemia* (pp. 129-156). Bosch.

RAE. (2020a). Peste. En *Diccionario de la lengua española* (edición de tricentenario).

Consultado el 29 de mayo de 2021. <https://dle.rae.es/peste>

RAE. (2020b). Pestilencia. En *Diccionario de la lengua española* (edición de tricentenario).

Consultado el 29 de mayo de 2021. <https://dle.rae.es/pestilencia>

Rivas, F. (2020). Repuesta de Cipriano de Cartago y Dionisio de Alejandría ante la epidemia (C.

249-270). *Cauriensia*, 15, 551-574. <https://doi.org/10.17398/2340-4256.15.551>

Rose-Ackerman, S. (2021). Corrupción y COVID-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la*

Legalidad, (20), 37-60. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6062>

Sáez, A. & Parra, J. (2020). De la peste antonina a la peste de Cipriano: alcances y

consecuencias de las pestes globales en el Imperio romano en el siglo III d.C. *Revista Chilena de Infectología*, 37(4), 450-455.

Saramago, J. (1995). *Ensayo sobre la ceguera*. Penguin Random House.

Sentencia C-004 de 1992. Revisión constitucional del Decreto 333 de febrero 24 de 1992 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”. Corte Constitucional. 7 de mayo de



1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente No. R.E.-001.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-004-92.htm>

Sentencia C-179 de 1994. Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 91/92 Senado y 166/92 Cámara “Por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia”. Corte Constitucional. 13 de abril de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente No. P.E. 002. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-179-94.htm>

Sentencia C-242 de 2020. Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 491 de 2020, “por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”. Corte Constitucional. 9 de julio de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger. Expediente RE-253. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-242-20.htm>

Tomás. (2010). *Comentarios a la Ética a Nicómaco de Aristóteles* (A. Mallea, trad.). EUNSA.

Transparencia por Colombia. (2020). *Alertas de corrupción en tiempos de pandemia. Denuncias ciudadanas de corrupción COVID-19 atendidas por el Centro de Asesoría Legal Anticorrupción (ALAC). Transparencia por Colombia.* <https://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/informe-alertas-de-corrupcion-en-tiempos-de-pandemia.pdf>



- Transparencia Internacional. (2021). *Índice de percepción de la corrupción 2020*. Transparencia Internacional. <https://transparenciacolombia.org.co/wp-content/uploads/indice-de-percepcion-de-corrupcion-2020-1.pdf>
- Uprimny, R. (2020, 19 de julio). ¿Una ley estatutaria para enfrentar la pandemia? *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/column/una-ley-estatutaria-para-enfrentar-la-pandemia/>
- Vanegas, P. (2011). La Constitución colombiana y los estados de excepción: veinte años después. *Derecho del Estado*, (27), 261-290.
- Vargas-Llosa, M. (2020, 14 de marzo). ¿Regreso al Medioevo? *El País*. https://elpais.com/elpais/2020/03/13/opinion/1584090161_414543.html
- Verano, E. (2020, 16 de julio). Peste, democracia y literatura. *La República*. <https://www.larepublica.co/analisis/eduardo-verano-de-la-rosa-500119/peste-democracia-y-literatura-3032068>
- Wilches, J., Castillo, M. & Cohen, Y. (2020). Reflexiones sobre la educación presencial universitaria durante la cuarentena por COVID-19. *Duazary*, 17(4), 7-10. <https://doi.org/10.21676/2389783X.3594>
- Wilches, J. & Castillo, M. (2020). Aproximación matemática del modelo epidemiológico SIR para la comprensión de las medidas de contención contra la COVID-19. *Revista Española de Salud Pública*, 94, 24 de septiembre e202009109. https://www.msrebs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL94/C_ESPECIALES/RS94C_202009109.pdf



Wilches, J. & Castillo, M. (2021). Medidas de control epidemiológico y factores socioeconómicos que impactan en la COVID-19. *Revista Española de Salud Pública*.
https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/Suplementos/Pildoras/pildora45_medidas_control_epidemiologico_factores_socioeco_covid.pdf

