



**MISION JURIDICA**  
**REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**



UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR  
DE CUNDINAMARCA

Bogotá, D.C. - Colombia © 2010  
Calle 28 No. 6-02  
www.unicolmayor.edu.co

La Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca se complace en anunciar que a partir del presente número, la Revista Misión Jurídica será semestral, con el fin de aumentar la cantidad y calidad de artículos de investigación para seguir haciendo visible el valioso trabajo de investigadores nacionales e internacionales.



**Rector:**

Dr. Carlos Alberto Corrales Medina

**Vicerrectora Académica:**

Dra. Emilia López Luna

**Vicerrector Administrativo:**

Dr. Jaime de Jesús Méndez Henríquez

**Decana de la Facultad de Derecho:**

Dra. Carmen Eliana Caro Nocua

**Editor:**

Dr. Orlando Solano Bárcenas  
misionjuridica@unicolmayor.edu.co

**Asistente Editorial:**

Dr. Federico Sánchez Riaño

Misión Jurídica	Bogotá Colombia	No. 8	P.p. 23-187	Enero- Junio	2015	ISSN 1794-600X
--------------------	--------------------	-------	-------------	-----------------	------	----------------

**Editor:****ORLANDO SOLANO BÁRCENAS**

Doctor en Derecho, Ciencias Sociales y Políticas cum laude de la Universidad del Atlántico. Magister en Derecho Público francés, Derecho Administrativo, Sociología Jurídica y Política. Estudios del Diploma de Estudios Superiores en Historia de las Instituciones de la Universidad de París II (Panthéon-Assas). Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor Titular de la Escuela Superior de Administración Pública. Tratadista. Conferencista y Ponente Internacional. Investigador. Miembro de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Miembro de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Salónica, Grecia. Ex Procurador General de la Nación (e), Ex Viceprocurador General de la Nación, Ex Presidente y miembro del Consejo Nacional Electoral. Miembro Asociación Internacional de Derecho Administrativo AIDA. *orsobar@hotmail.com*

**Asistente Editorial:**

FEDERICO SÁNCHEZ RIAÑO: Periodista de la Fundación Universitaria INPAHU, abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, investigador, editor y escritor independiente, cursa especialización - maestría en Comunicación Educativa en la Universidad Minuto de Dios y la Universidad Tecnológica de Pereira.

**Corrección de estilo y traducción al Portugués:**

PAOLA ANDREA GUARNIZO  
FEDERICO SÁNCHEZ

**Fotografía y Diseño de portada:**

FEDERICO SÁNCHEZ  
IRMA ACOSTA CHAPARRO

**Diseño y Diagramación:**

IRMA ACOSTA CHAPARRO  
*Partner Mercadeo y Medios Gráficos S.A.S.*  
*partnermmgraficos@gmail.com*

**Impresión:**

EXPRECARD'S S. A. S

Tarifa Postal Reducida Servicios Postales  
Nacional S.A No. 2015 - 488 4-72  
Vence 31 de Diciembre de 2015

**Derechos Reservados:**

Los documentos de esta publicación pueden ser reproducidos total o parcialmente, siempre y cuando sean utilizados con fines académicos y se cite la fuente.

**Versión O.J.S.:** <http://190.60.202.71/publicaciones/index.php/mjuridica/index>

## COMITÉ EDITORIAL

### **LORENZO ASCANIO, Ph. D. (Italia)**

Doctor en Derecho Comparado - Título: "La teoría de Maglis al-" debidamente identificados en la Ley Islámica y en los Códigos Civiles Estados árabes., Universidad de Florencia, Italia. Investigador - Departamento de Derecho - Derecho Islámico, Universidad Americana de El Cairo. Profesor Adjunto de Derecho Islámico y Sistemas Jurídicos en la Universidad de Macerata. (2012/2013). Profesor Adjunto de Diritto e musulmano dei Islamici Paesi (Ley países musulmanes e islámicos) en la Universidad de Venecia (2012/2013).

### **MASSIMILIANO CASTELLARI, Mg. (Italia)**

Maestría en "Juristas internacionales". Universidad de Boloña / C.I.R.C.D.E. Boloña – Italia, Derecho Internacional Público, Privado y Procesal; derecho internacional humanitario y derecho de los DD.HH.; derecho societario y fiscal; derecho de la Unión Europea; justicia penal internacional; derecho internacional de la economía; política comunitaria 1 y 2; contratos internacionales y propiedad intelectual; derecho comparado chino y de los países árabes.

### **LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA, Ph. D. (México)**

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Maestría y Licenciatura en Derecho por la Universidad de Guadalajara, Diplomados en Política Internacional Comparada y en Derecho Electoral, organizados por la Universidad de Guadalajara.

### **BENJAMÍN GARCÍA HERRERA, Ph. D. (México)**

Doctor en Políticas Jurídicas por la Universidad de Almería, España; con Posdoctorado en Análisis Económico del Derecho en la Universidad de Toronto, Canadá, Becado por CONACYT, del cual también ha pertenecido al Sistema Nacional de Investigadores. Máster en Economía del Desarrollo por la Universidad de Granada, España. Maestro en Derecho Fiscal y Abogado por la Universidad de Xalapa, México. Actualmente se desempeña como Corredor Público (Notario Mercantil) en Veracruz, asesor tributario y corporativo, y es profesor de posgrados en varias instituciones del país.

### **FILIBERTO OTERO SALAS, Mg. (México)**

Maestría, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en proceso de titulación. Posgrado en Derecho División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialidad en Derecho Administrativo. Licenciatura en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

### **MICHAEL CHIBBA, Ph.D. (Canada)**

Títulos de posgrado de la Universidad de Ottawa y la Universidad Johns Hopkins, graduado en la Universidad de York y la Universidad de Harvard. Director General, miembro distinguido y profesor adjunto del Centro Internacional para la Eficacia del Desarrollo y

Reducción de la Pobreza. Miembro permanente del Mecanismo de Investigación Independiente Independent Investigation Mechanism (“Inspection Panel”) del Banco Interamericano de Desarrollo (EE.UU.), a través de su nombramiento por el Consejo de Administración. Ha publicado más de 100 artículos académicos e informes profesionales en revistas internacionales arbitradas.

**GRACIA M<sup>a</sup> LUCHENA MOZO, Ph.D. (España)**

Doctora en Derecho tributario y financiero (Derechos y garantías del contribuyente), de la Universidad de Castilla-La Mancha, licenciada en Derecho de la Universidad de Albacete. Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la UCLM, catedrática acreditada por Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA). Cuenta con una amplia bibliografía internacional y ha desempeñado labores docentes en pregrado, doctorado y máster oficial en distintos centros de formación profesional nacionales y extranjeros. Investigadora del Centro Internacional de Estudios Fiscales (CIEF), vinculado a la Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios, con la participación y colaboración de otras Universidades e Instituciones públicas y privadas, entre las que destaca la Universidad de Bolonia (Italia). También forma parte de la European Association of Tax Law Professors (EATLP), que lidera Kees van Raad.

**PABLO GUÉREZ TRICARICO, Ph.D. (España)**

Doctor en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid. Acreditado para Plazas de Profesorado universitario permanente por la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de la Comunidad de Madrid (ACAP). Miembro del Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad de la UAM (ICFS-UAM). Profesor honorario de la Universidad Autónoma de Madrid, profesor invitado de Derecho penal económico y Jurisprudencia Analítica de la Universidad del Istmo. Escritor y conferencista internacional.

**JOSÉ LUIS ALBA ROBLES, Ph.D. (España)**

Doctor en Psicología y Licenciado en Criminología por la Universidad de Valencia (España). Másteres en Psicología Clínica en el Instituto de Terapia Racional Emotiva de Albert Ellis. Escritor de artículos científicos en revistas nacionales e internacionales relacionados con la prevención del delito y la intervención en crisis. Autor de los libros: “Psicología Jurídica e investigación criminal”, “La violencia de género: prevención física y educativa”, “Manual de intervención educativa en readaptación social”, coautor del libro “Criminology and Forensic Psychology. Conferencista internacional, asesor de gobiernos autonómicos y extranjeros. Miembro consultivo de la Asociación Portuguesa de Criminología; director del Instituto Colombiano de Criminología Aplicada y de su filial mexicana (CRIMIA). Docente de Doctorado en el Centro de Estudios Jurídicos, investigación psicológica, asesoramiento e intervención en crisis.

**LEONARDO RODRÍGUEZ, Ph.D. (Colombia)**

Doctor en estudios internacionales del Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo (IHEID) de Ginebra. Obtuvo una maestría en historia de la Universidad de Limoges, con énfasis en el siglo XIX francés; así mismo, detenta una maestría en historia y relaciones internacionales, de la Universidad París I. Egresado de la Universidad Industrial de Santander (Colombia), donde estudió historia del siglo XIX. Investigador asociado de la Fundación Pierre du Bois para la Historia del Tiempo Presente (Suiza) y miembro de la Sociedad Suiza de Americanistas. Actualmente trabaja en la ONG de derechos humanos Maloca Internacional (MAIN) como representante ante la ONU.

**FRANCISCO BERNATE OCHOA, Ph.D. (Colombia)**

Doctor en derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España. Doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid. Maestría en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás /

Universidad de Salamanca. Maestría (DEA) en Derecho Penal, Universidad Alfonso X El Sabio de Madrid. Postgrado en Derecho Penal Económico en la Universidad de Castilla La Mancha. Postgrado en Derecho Penal y Criminología en la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad del Rosario. Docente en varias universidades y Profesor de Carrera Académica y Coordinador del Área de Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Conjuez de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

**WILLIAM JIMÉNEZ GIL, Mg. (Colombia)**

Doctorando en Derecho de la Universidad Santo Tomas de Aquino con tesis aprobada. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador de las universidades Nacional de Colombia, Colegio Mayor de Cundinamarca y Gran Colombia. Articulista y conferencista.

**MYRIAM SEPÚLVEDA LÓPEZ, Ph.D. (Colombia)**

Doctora en Filosofía Jurídica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. Magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia.

**RAMÓN ANTONIO PELÁEZ HERNÁNDEZ, Mg. (Colombia)**

Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia. Coordinador de la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Colombia. Docente de las universidades Cooperativa de Colombia, Colegio Mayor de Cundinamarca y de la Fundación Universitaria San Martín. Tratadista.

**ARIEL PINZÓN CHACÓN, Mg. (Colombia)**

Magíster en Filosofía Científica de la Universidad INCCA. Docente investigador de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

**CARLOS A. SAAVEDRA WALTERO, Mg. (Colombia)**

Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia, especializaciones en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia, en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y en Docencia Universitaria de la Universidad del Rosario. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Gran Colombia, Docente de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

**HUMBERTO MELO FEO, Mg. (Colombia)**

Magíster en Administración y Supervisión Educativa de la Universidad Externado de Colombia. Economista de la Universidad Nacional de Colombia. Licenciado en Ciencias de la Educación de la Universidad Pedagógica Nacional. Docente de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

**CAMILO VILLEGAS RONDÓN, Esp. (Colombia)**

Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la misma Universidad. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Adelanta estudios de Maestría en Educación en la Universidad Pedagógica Nacional. Docente investigador de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

**OSCAR VILLEGAS GARZÓN, Mg. (Colombia)**

Magíster en Derecho Administrativo de la de la Universidad del Rosario. Docente de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Tradadista.

**ALEJANDRO FOLLONIER-AYALA, Ph.D. (Suiza)**

Doctor en derecho de la Universidad de Neuchâtel (Suiza). Mención: Magna Cum Laude. Master of Law (M Law) de la Universidad de Fribourg (Suiza) en "Business, Contracts and Property" y en "European and International Law". Mención: Cum Laude. Abogado de la Universidad de Fribourg y Universidad Eberhard Karl de Tübingen (Alemania). Docente de derecho comercial, derecho suizo y europeo de la competencia y de introducción al derecho privado en la Unidistance, Suiza.

**PROFESORES INVESTIGADORES**

Nancy Solano de Jinete; Over Humberto Serrano Suárez; Myriam Sepúlveda López; Ariel Pinzón Chacón; Camilo Villegas Rondón; Humberto Melo Feo.



### **ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, Ph.D. (Argentina)**

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Egresado de la carrera de Doctorado (Acreditada CONEAU) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza-Argentina. Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza -Argentina. Profesor del posgrado de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Cuyo. Profesor Titular de la Universidad de Mendoza. Ponente en Congresos Internacionales de Derecho Público. Conferencista Internacional. Magistrado. Tratadista.

### **ISAAC AUGUSTO DAMSKY, Ph.D. (Argentina)**

Doctor en Derecho Administrativo. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Especialista en Derecho Ambiental, Programa de Derecho Ambiental Profundizado, Universidad Austral. Abogado U.C.A. Profesor de derecho Administrativo. Investigador. Profesor invitado por la Universidad de París Sur XI, Universidad Luigi Bocconi, Milán; Universidad de Brescia; Instituto Romeu Bacellar, Brasil; UNAM, Departamento de Postgrado en Derecho. Consejero Consultivo de varias revistas jurídicas de Brasil, México. Ponente en varios Congresos Internacionales de Derecho Administrativo. Tratadista en Derecho Público.

### **ENEIDA DESIRÉE SALGADO, Ph.D. (Brasil)**

Doctora y magister en Derecho del Estado de Paraná y de la Universidad Federal. Actualmente cursa una pasantía post-doctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de Derecho Público UFPR. Profesora del Programa de Postgrado en Derecho - Master - de UniBrasil, del Programa de Posgrado en Política Pública - Maestría y Doctorado - UFPR, y del Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar. Investigadora y jefe adjunta del Centro de Investigaciones Constitucionales, de la Universidad Federal de Paraná. Ha publicado numerosas obras y artículos en revistas científicas.

### **AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, Ph.D. (Colombia)**

Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Público. Investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM. Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2011, 2012). Profesor Emérito, Docente y Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Consejo Asesor del “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, que publica el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Tratadista. Miembro de Asociaciones Científicas: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Asociación

Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política; Asociación de Constitucionalistas Colombianos; Academia Iberoamericana de Derecho Electoral; Asociación Internacional de Derecho Administrativo – AIDA.

**FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ, Ph.D. (Colombia)**

Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de York, Inglaterra. Profesor Titular de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad EAN, y Catedrático de la Universidad Nacional de Colombia.

**LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Ph.D. (Colombia)**

Doctor en derecho administrativo de la Universidad de París II (Pantheon). Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Catedrático de derecho administrativo y constitucional durante más de 30 años en diversas universidades de Colombia y profesor invitado en varias universidades de otros países. Ex Consejero de Estado durante 10 años. Viceministro. Consultor del PNUD. Ex presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Tratadista. Conferencista y Ponente Internacional.

**JOSÉ ENRIQUE ROJAS FRANCO, Ph.D. (Costa Rica)**

Doctor en Derecho Público de la Université de Bordeaux-Francia. Especialista en Ciencia Administrativa de la Universidad de Roma. Licenciado en Derecho y Notario de la Universidad de Costa Rica. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Director de la Maestría en Derecho Público de la Cátedra de Postgrado en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Academia Nacional de Derecho Público. Presidente del Tribunal Administrativo de la O.E.A. Miembro de la Society for Advanced Legal Studies, Londres, Inglaterra. Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”.

**JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ, Ph.D. (Costa Rica)**

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Pasantías académicas en las universidades de Portland, Utrecht, Carlos III, Georgetown, American, Valladolid, Libre de Berlín. Abogado de la Universidad de Costa Rica y Notario público. Profesor de la Universidad de Costa Rica. Contraloría General de la República. Asesor y consultor estatal y de empresas privadas. Asesor de organismos internacionales BID, PNUD. Profesor Investigador en Derecho Público. Ex Decano. Director-Editor de la Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados, Director del doctorado en Derecho. Director de revistas científicas. Tratadista. Ensayista.

**CLAUDIO MORAGA KLENNER, Mg. (Chile)**

Candidato a Doctor y Magister rerum Publicarum por la Hochschule für Verwaltungswissenschaften de Speyer, Alemania. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor Asociado de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de postgrado de la Universidad de Valparaíso, de la Universidad Pontificia Católica de Chile, de la Universidad Finis Terrae. Ponente Internacional en Derecho Administrativo. Autor de libros de Derecho Público. Articulista nacional y extranjero. Miembro de Freundeskreis der Konrad-Adenauer-Stiftung e.v., Alemania. Miembro de la red de investigación internacional Public Contracts in Legal Globalization (PCLG). Miembro del Consejo Editorial de Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

**JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN, Ph.D. (Ecuador)**

Doctor en Derecho, Ph.D, con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diploma Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad San Francisco de Quito. Magíster en Derecho y Especialista Superior en Tributación con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar.

**JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Ph.D. (España)**

Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña y Director de su Departamento de Derecho Público Especial. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativa. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo "Jesús González Pérez". Vicepresidente de la Red Internacional del posgrado de Derecho. Consejero de la Red Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia y de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina). Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral, así como de consejos editoriales de revistas científicas. Miembro del Comité de Expertos de la ONU en Administración Pública. Diputado Nacional en las Cortes Generales. Magistrado. Observador de la Unión Europea en varias elecciones. Profesor Investigador.

**NARCISO MARTÍNEZ MORÁN, Ph.D. (España)**

Doctor en Derecho y Filosofía Jurídica, Filósofo de la Universidad de Santo Tomás de Roma, graduado en Filosofía y Letras de la Universidad Complutense de Madrid, abogado de la Universidad Complutense, licenciado en Ciencias Políticas por la UNED, diplomado en Derecho Comparado en el Instituto de Derecho Comparado de la U. Complutense y en "Études sur les Organisations Européennes". Docente universitario en pregrado y posgrado, investigador, conferencista, escritor, tratadista y articulista de prestigiosas revistas científicas a nivel internacional.

**STEFANO ZUNARELLI, Ph.D. (Italia)**

Licenciado en Derecho por la Universidad de Bologna, Profesor de Derecho de la Navegación y del Transporte Marítimo de la Universidad de Bologna, Gijón, Externado, Barcelona, Nantes, Southampton. Profesor de Derecho Marítimo, Portuario, Aeronáutico, Aeroportuario, del Transporte Multimodal, del Turismo. Universidad de Camerino, Coordinador del programa de doctorado en "Derecho del transporte europeo". Tratadista de Derecho Marítimo y del Transporte. Miembro de la Organización Marítima Internacional OMI-ONU. Consultor de la Unión Europea en Asuntos de la Navegación Marítima, Aeronáutica y Aeroportuaria.

**MARCO MELLONE, Ph.D. (Italia)**

Doctor en Derecho de la Unión Europea Universidad de Boloña (Italia) – Estrasburgo (Francia). Abogado. Académico de derecho internacional privado de la Universidad de Boloña –Italia. Asesor legal y representante del Ministerio de Justicia italiano para los asuntos relativos a la justicia electrónica internacional, Asesor legal de la Academia Nacional Italiana de los Oficiales de Estado Civil, A.N.U.S.C.A.

**GIUSEPPE FRANCO FERRARI, Ph.D. (Italia)**

Actualmente Profesor de Derecho Público Comparado y de Derecho Constitucional italiano en la Universidad Bocconi, Milán; ha sido también Profesor en la Universidad Católica de Milán (1976-1986), en la Universidad G. D'Annunzio de Chieti – Teramo (1986-1990) y en la Universidad de Pavia (1990-1999). Es miembro de la “Asociación Italiana de Constitucionalistas” y de varias otras asociaciones italianas y europeas de derecho comparado, entre las cuales la “Académie internationale de droit comparé”. Director de la revista de “Derecho Público Comparado Europeo”, codirector de “Comparative Law Review”, es miembro del Consejo Científico del “Grupo de Investigación de Derecho Público Global”, de la “Revista General de Derecho Público Comparado” y de “Misión Jurídica”. Ha publicado monografías y estudios sobre el derecho público, el derecho administrativo, los derechos civiles y sociales y sobre el derecho ambiental.

**JORGE FERNÁNDEZ RUIZ, Ph.D. (México)**

Doctor en Derecho, Magister en Administración Pública, Abogado, Licenciado en Economía. Profesor en el Sistema Escolarizado en la División de Universidad Abierta, en la División de Posgrado de la Facultad de Derecho y en la FES Acatlán de la UNAM. Profesor invitado en el área de posgrado de otras 21 universidades mexicanas e instituciones de educación superior, y conferencista en distintos foros académicos celebrados en México y otros países de América y Europa. Investigador titular “C” definitivo de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Coordinador del Posgrado en Derecho de la UNAM. Ex presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Presidente de la Red Internacional de Posgrado en Derecho. Tratadista. Tiene publicados 35 libros; ha coordinado 15 libros más; otros 6 libros y 4 revistas han sido publicados en su honor; además es autor de capítulos en 70 libros, de 49 artículos en revistas especializadas y del prólogo o presentación de 32 libros.

**KARLOS NAVARRO MEDAL, Ph.D. (Nicaragua)**

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Magister en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha, Magister en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Magister en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y, en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

**JAVIER ERNESTO SHEFFER TUÑÓN, Mg. (Panamá)**

Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Procurador de la Administración. Profesor de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad del Istmo. Magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia. Asesor de la Presidencia de la República. Asesor del Programa Nacional de Tierras. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo “Profesor Jesús González Pérez”. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA). Miembro del Grupo Latinoamericano por la Administración Pública (GLAP). Miembro Honorario de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA). Profesor Invitado del Instituto de Administración Pública de España (INAP). Escritor y conferencista internacional.

**ABEL LAUREANO, Ph.D. (Portugal)**

Doctor en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela. Magister en Derecho de la integración europea, Universidad de Coimbra. Abogado de la Universidad de Lisboa. Diploma de estudios de profundización (D.E.A.) de la Universidad de Santiago de Compostela. Especialista en Estudios Europeos de la Universidad de Lisboa. Docente de la Universidade do Porto desde 1997. Director de investigaciones, conferencista, escritor,

tratadista, investigador y articulista de revistas científicas. Fundador y presidente del grupo de investigación internacional Cultural Heritage Business & Law World Forum.

**DAVID B. WEXLER, Ph.D. (Puerto Rico)**

Profesor de Derecho y Director de la Red Internacional de Justicia Terapéutica en la Universidad de Puerto Rico, localizada en San Juan, Puerto Rico, además es profesor distinguido de Investigación de Derecho en la Escuela de Derecho Rogers, Tucson, Arizona. Investigador y docente. Autor de numerosos libros y artículos sobre jurisprudencia terapéutica para la práctica de la ley criminal y ante las cortes de justicia. Miembro de la Asociación Americana de Psiquiatría. Miembro de la Asociación de las Escuelas de Derecho de América, Sección de Derecho y Discapacidad mental. Presidente del Consejo Asesor del Centro Nacional para Tribunales Estatales de la Discapacidad mental y derecho. Alumno distinguido de la Universidad de Nueva York. Miembro de la Red y Salud mental y Derecho de la Fundación MacArthur. Conferencista Internacional sobre Justicia Terapéutica.

**RODOLFO GONZÁLEZ RISSOTTO, Ph.D. (Uruguay)**

Ministro de la Corte Electoral de Uruguay desde 1996 hasta julio de 2010. Coordinador del Proyecto de “Tecnificación de la Corte Electoral”, del Programa de Cooperación Bilateral España-Uruguay de Modernización Institucional. Corredactor de la actual Ley de Elecciones de Uruguay. Director Ejecutivo del “Centro de Información e Investigación del Uruguay” (CIIDU) (1984-1987). Director del Departamento de Investigaciones Electorales del “Centro para la Democracia Uruguaya” (CELADU). (1984-1993). Miembro “Honoris Causa” del Instituto Brasileño de Derecho Electoral (IBRADE), desde 1999. Director de Educación del Ministerio de Educación y Cultura entre 1990 y 1993. Fundador y Presidente de la Delegación Uruguaya al Comité Coordinador Regional de Educación del Mercosur. Subsecretario de Estado (Viceministro) en el Ministerio de Defensa Nacional (1993-1995). Ministro de Defensa Nacional (1995). Tratadista. Conferencista y Ponente Internacional.

**MIGDONIO SUÁREZ LEÓN, Ph.D. (Cuba)**

Cursos de Doctorado y DEA, Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Oviedo. Especialista en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Público del Instituto Superior de Relaciones Internacionales. Abogado de la Universidad de La Habana. Docente de Estrategias Fiscales para la Localización y Organización Internacional de la Empresa en el Master de Fiscalidad Internacional de la Universidad Internacional de La Rioja. Publicaciones en revistas españolas e internacionales en materia de Derecho Financiero y Tributario. Abogado, Profesor y Colaborador en Revista Legaltoday de Aranzadi-Thompson. Colaborador de Honor del Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Oviedo.



### **JOSE EDUARDO RODRIGUEZ MARTINEZ, Ph.D. (Colombia)**

Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Maestría en Sociología en el IUPERJ, Rio de Janeiro (Brasil). Abogado de la Universidad Javeriana, con estudios de especialización en socio-economía de la misma Universidad. Ha trabajado como investigador en el área de la sociología urbana y la sociología jurídica en el CINEP y el ILSA. Actualmente se desempeña como profesor asociado del departamento de Ciencia Política de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, docente de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma y docente Investigador del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre de Colombia.

### **LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA, Ph.D. (México)**

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes, Licenciatura y maestría en derecho por la Universidad de Guadalajara, maestría en derecho electoral por el Instituto Prisciliano Sánchez. Director del Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco. Abogado y Maestro en Amparo por Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Guadalajara. México. Investigador del Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco. Tradadista.

### **ISAÍAS JORGE ACATA ÁGUILA, Ph.D. (México)**

Doctor en derecho y maestro en ciencias penales de la Universidad Autónoma de Puebla, México. Profesor de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Morelos. Notario, conferencista y articulista. Ponente nacional e internacional. Tradadista.

### **RAFAEL BERRUEZO, Mg. (Argentina)**

Doctorando de la Universidad del Rey Juan Carlos de España, Máster Universitario de Investigación Prog. de Doctorado de la misma universidad. Es Especialista en Derecho Penal de la Universidad Austral y abogado de la Universidad Nacional de Córdoba. Reconocido conferencista y escritor de libros sobre Derecho penal y múltiples artículos publicados en revistas científicas.

### **MASSIMILIANO CASTELLARI, Mg. (Italia)**

Maestría en “Juristas internacionales”. Universidad de Boloña / C.I.R.C.D.E. Boloña – Italia, Derecho Internacional Público, Privado y procesal; derecho internacional humanitario y derecho de los DD.HH.; derecho societario y fiscal; derecho de la Unión Europea; justicia penal internacional; derecho internacional de la economía; política comunitaria 1 y 2; contratos internacionales y propiedad intelectual; derecho comparado chino y de los países árabes.

**WILFER ALEXIS YEPES MUÑOZ, Mg. (Colombia)**

Doctorando en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, con Tesis doctoral finalizada. Magíster en Filosofía, Licenciado en Filosofía y Filósofo de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente de Cátedra (Asistente) en el Centro de Humanidades y la Facultad de Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín y docente Nombrado en Propiedad en EDUCAME (Secretaría de Educación de Medellín) para el área de Filosofía.

**ALBYN FABIÁN LEÓN BAQUERO, Mg. (Colombia)**

Especialista en Derecho Privado y Económico de la Universidad Nacional de Colombia; Especialista en Derecho Comercial y Especialista en Derecho de la Empresa de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario; Maestría (c) en Educación en la línea de Políticas y Gestión de Sistemas Educativos en la Pontificia Universidad Javeriana y en Derecho Privado y Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Curso de Microeconomía Fundamental y Macroeconomía Fundamental en la Universidad Rey Juan Carlos de España. Ha sido docente de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia.

**RICARDO BARONA BETANCOURT, Mg. (Colombia)**

Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Magister en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Abogado, especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales, así como en Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia. Docente e investigador de la Universidad Externado de Colombia. Tradadista. Conferencista y Ponente Internacional. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, la Asociación Colombiana del Avance para la Ciencia y del Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia.

**CLARA CECILIA SUAREZ VARGAS, Mg. (Colombia)**

Abogada de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Administrativas, Magíster en Derecho Administrativo, Candidata a Magíster en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Litigante y Docente Universitaria en Derecho Público a nivel de pregrado y posgrado. Coautora de los libros La Historia del Derecho y el Derecho en la Historia y Desplazamiento Forzado Indígena en Bogotá, Políticas Públicas y Responsabilidad Extracontractual del Estado (2006-2012).



EDITORIAL..... 19

**COLABORADORES EXTERNOS INTERNACIONALES**

**LE VITTIME DELL’AMIANTO E LA CORTE DI STRASBURGO:  
LA TUTELA CAUTELARE QUALE POSSIBILE GIUSTIZIA  
RIPARATRICE**

*Consuelo Quattrocchi* ..... 23

**LA “CAPACIDAD DE PERCEPCIÓN” DE LOS ADULTOS  
MAYORES EN LA DEFENSA DE SUS DERECHOS  
FUNDAMENTALES**

*Juan Manuel Ortega Maldonado*  
*Gabriela Mendizábal Bermúdez* ..... 39

**CIENCIA JURÍDICA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO  
(Primeros pasos hacia una concepción del Derecho)**

*Luis Antonio Corona Nakamura*  
*José María Arredondo Bartolo* ..... 55

**VIGENCIA DE LA ESCUELA HISTÓRICA EN LA  
ENSEÑANZA DEL DERECHO**

*Alie Pérez Véliz* ..... 75

**COLABORADORES EXTERNOS NACIONALES**

**EJERCICIOS DE DISCRIMINACIÓN Y TECNOLOGÍAS  
DE PODER: EL CRIMEN DE ESTADO COMO  
CATEGORÍA PARA EL DERECHO EN EL NUEVO  
HUMANISMO MILITAR**

*Sandra Gamboa Rubiano* ..... 87

**VISIÓN PANORÁMICA DE LA PRUEBA EN EL  
RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SUSTANCIALES  
DEL TRABAJADOR**

*Dina Lisbeth Ortega Suescun*

*Angélica María Parra Báez*

*Liliana Andrea VargasEspítia* ..... 113

**CORTE PENAL INTERNACIONAL: ¿UN OBSTÁCULO  
PARA LA PAZ EN COLOMBIA?**

*Luz Mary Rincón Romero* ..... 133

**AVANCES EN ACCESO A LA EDUCACIÓN DE GRUPOS  
ÉTNICOS EN COLOMBIA Y EL MUNDO**

*Luz Carlina Gracia Hincapié* ..... 149

**COLABORADORES INTERNOS NACIONALES**

**UN DIÁLOGO EN TORNO A LA CRISIS DEL POSITIVISMO  
JURÍDICO Y EL RESURGIR DEL PLURALISMO JURÍDICO**

*Over Humberto Serrano Suárez* ..... 171

La revista MISIÓN JURÍDICA, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, expresa el pensamiento académico de sus profesores, alumnos y directivos; igualmente, el pensamiento jurídico y sobre ciencias sociales de ilustres investigadores de diversas latitudes, quienes cada día procuran un mayor avance hacia la universalidad del conocimiento socio jurídico nacional e internacional.

En esta tarea, que es de ciencia e innovación, se reciben siempre las acertadas luces del señor rector, Dr. Carlos Alberto Corrales Medina y de la señora decana de la Facultad de Derecho Dra. Carmen Eliana Caro Nocua, así como de los comités Científico y Editorial que han visto aumentar no solo el honroso número de sus miembros sino también su activa participación en aras de recibir el concurso de académicos que ofrecen sus luces a la noble tarea de formar en el conocimiento por medio de un programa abierto que busca constantemente el logro de la excelencia tanto en docencia, como en investigación y proyección social.

Siendo conscientes de la importancia de que los resultados de las investigaciones publicadas en nuestro medio mantengan permanente vigencia, a partir de este número circularemos semestralmente, lo cual facilitará la apropiación del conocimiento que visibilizamos en nuestras páginas. Estamos seguros que con este cambio aumentará la conexión entre la revista, profesores, académicos, investigadores particulares y grupos de investigación a nivel nacional y mundial, garantizando un intercambio permanente de información útil para la transformación y el mejoramiento permanente del ejercicio del derecho y las ciencias sociales.

Actualmente la revista no solo se encuentra indexada por Publindex-Colciencias y Latindex, sino que está en curso Dialnet, logro que indudablemente le ofrecerá una mayor difusión y reconocimiento dentro de la perspectiva pluridisciplinaria académica e internacional que nos hemos propuesto, lo que habrá de causar un mayor impacto, difusión y permanencia por medio del juicio de investigadores y profesionales que avalen la calidad del contenido de sus artículos. En esta vía se ha continuado promoviendo deliberaciones filosóficas, teóricas y prácticas que sin duda alguna han favorecido el desarrollo del pensamiento socio jurídico de diversos lares, en beneficio de la ciencia jurídica nacional.

En su avance hacia la universalización y difusión del conocimiento jurídico y social la revista publica contribuciones científicas en cinco idiomas: Español, portugués, francés, italiano e inglés de los cuales los cuatro primeros ya han recibido valiosas contribuciones que próximamente se verán aumentadas por la recepción y publicación de artículos científicos del mundo anglosajón. Es por esta razón que la ampliación de los diferentes comités tiene como meta ir logrando la obtención de la producción científica de diversas culturas, maneras de pensar y de concebir el mundo.

La implementación de la plataforma OJS permitirá igualmente mejorar los procesos de recepción y evaluación de artículos, así como la posibilidad de aumentar el número de indexaciones internacionales, cuyo requisito indispensable es la presentación de la revista en dicho formato. Con más de cinco mil suscriptores digitales se hace necesario que la presencia en la red sea fortalecida y respaldada por todos los medios posibles y, por ello, el fortalecimiento que la Universidad le ha dado a esta área permitirá que la revista pueda seguir al servicio de las luces que crean el sentido del mundo, una responsabilidad que en la academia se vuelve innegable.

**Orlando Solano Bárcenas**  
**Editor**

## COLABORADORES EXTERNOS INTERNACIONALES

- **LE VITTIME DELL'AMIANTO E LA CORTE DI STRASBURGO:  
LA TUTELA CAUTELARE QUALE POSSIBILE GIUSTIZIA  
RIPARATRICE**

*Consuelo Quattrocchi*

- **LA “CAPACIDAD DE PERCEPCIÓN” DE LOS ADULTOS  
MAYORES EN LA DEFENSA DE SUS DERECHOS  
FUNDAMENTALES**

*Juan Manuel Ortega Maldonado  
Gabriela Mendizábal Bermúdez*

- **CIENCIA JURÍDICA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO  
(Primeros pasos hacia una concepción del Derecho)**

*Luis Antonio Corona Nakamura  
José María Arredondo Bartolo*

- **VIGENCIA DE LA ESCUELA HISTÓRICA EN LA  
ENSEÑANZA DEL DERECHO**

*Alie Pérez Véliz*



**LE VITTIME DELL'AMIANTO E LA CORTE DI STRASBURGO:  
LA TUTELA CAUTELARE QUALE POSSIBILE GIUSTIZIA  
RIPARATRICE \***

**LAS VÍCTIMAS DEL AMIANTO Y LA CORTE EUROPEA  
DE DERECHOS HUMANOS: LA PROTECCIÓN CAUTELAR  
COMO POSIBLE JUSTICIA RESTAURATIVA**

**ASBESTOS VICTIMS AND THE EUROPEAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS: THE INTERIM MEASURES AS  
POSSIBLE RESTORATIVE JUSTICE**

**AS VÍTIMAS DO AMIANTO E O TRIBUNAL EUROPEU DE  
DIREITOS HUMANOS: A PROTEÇÃO CAUTELAR COMO  
JUSTIÇA RETRIBUTIVA POSSÍVEL**

**Consuelo Quattrocchi<sup>a</sup>**

consueloquattrocchi@virgilio.it

Fecha de recepción: 28 de Noviembre 2014

Fecha de revisión: 17 de Diciembre 2014

Fecha de aceptación: 11 de Febrero 2015

**RESUMEN**

El presente trabajo expone un análisis argumentativo en torno a la protección cautelar en general y en particular a la protección cautelar de las víctimas del amianto en el sistema de la Corte Europea de Derechos Humanos. Delimita el concepto de protección cautelar, sus características y elementos esenciales, menciona la legislación sobre el amianto vigente en el sistema jurídico italiano.

Aborda otros temas de relevancia jurídica entre los que se destacan (i) La duración excesiva del procedimiento para las víctimas del amianto en el sistema jurídico italiano. (ii) La evolución reciente

*\* Artículo de reflexión que corresponde a resultados de investigación terminada, elaborado desde el punto de vista crítico, protección cautelar en torno a la protección cautelar y las víctimas del amianto, en el sistema de la Corte Europea de Derechos Humanos. Este artículo es producto de una monografía de Doctorado en Derechos Humanos, Universidad La Sapienza, Roma.*

*a. Ph. D. en Derechos Humanos en la Universidad La Sapienza, Roma, Italia. Grado en ciencias políticas y relaciones internacionales, Universidad de La Sapienza, cum laude. Ha sido responsable del Departamento de Derechos Humanos para el centro legal de amianto y Responsable de Protección Internacional y Europeo de Derechos Humanos en la Telecommunications Industry Association (TIA). Reconocida articulista con publicaciones en en revistas científicas europeas, conferencista y periodista.*

de la jurisprudencia italiana: sentencia del Tribunal de Casación IV<sup>^</sup> sez. pen., 08.05.2014, n. 18933. (iii) La evolución reciente de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: *affaire Vincent Lambert*.

### **PALABRAS CLAVE**

Protección cautelar en el sistema de la Corte Europea de Derechos Humanos. Protección cautelar y víctimas del amianto en el sistema de la Corte Europea de Derechos Humanos. Víctimas del amianto. Amianto. Legislación sobre el amianto en el sistema jurídico italiano.

### **ABSTRACT**

The present document reflects an argumentative analysis related to the interim measures in general and in particular to the interim measures for the protection of asbestos victims in the legal system of the European Court of Human Rights. It also places the limits of the interim measures, its definition, its features and or, its essential elements. Additionally, it mentions legislation on asbestos in the Italian legal system.

It mentions relevant legal topics from where we can highlight the following:

- Excessive duration of the procedure for asbestos victims in the Italian legal system.
- Recent developments in the Italian case law: Court of Cassation IV<sup>^</sup> sez. pen., 08.05.2014, n. 18933.
- Recent evolution of jurisprudence in the European Court of Human Rights: *affaire Vincent Lambert*.

### **KEY WORDS**

Interim measures in the European Court of Human Rights, interim measures and asbestos victims in the European Court of Human Rights, Asbestos Victims, asbestos, asbestos in the Italian legal system.

### **SINTESI**

Questo lavoro presenta un'analisi argomentativa in merito alla tutela cautelare e alla tutela cautelare e le vittime dell'amianto nel sistema della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Viene, dapprima, definito il concetto di tutela cautelare, le sue caratteristiche e/o i suoi elementi essenziali, e, poi, si esamina la normativa vigente in materia di amianto nell'ordinamento giuridico italiano.

Si affrontano successivamente altre questioni di rilevanza giuridica fra cui: (i) La durata eccessiva dei procedimenti per le vittime dell'amianto nel sistema giuridico italiano. (ii) I recenti sviluppi giurisprudenziali nel sistema giuridico italiano: sentenza Corte di Cassazione, IV<sup>^</sup> sez. pen., 08.05.2014, n. 18933. (iii) I recenti sviluppi giurisprudenziale nel sistema giuridico della Corte europea dei Diritti dell'Uomo: *affaire Vincent Lambert*.

### **PAROLE CHIAVE**

Tutela cautelare nel sistema della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Tutela cautelare e vittime dell'amianto nel sistema della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Vittime dell'amianto. Amianto. Normativa sull'amianto nel sistema giuridico italiano.

### **RESUMO**

Este artigo apresenta uma análise argumentativa ao redor das medidas cautelares de proteção em geral e, em particular, de proteção às vítimas do amianto no sistema do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Define o conceito de proteção cautelar, suas características e elementos essenciais, mencionando a legislação sobre o amianto existente no sistema jurídico italiano.

Aborda outras questões de relevância jurídica, entre as quais se destacam: (i) a duração excessiva do processo para as vítimas do amianto no sistema jurídico italiano; (ii) recentes desenvolvimentos na jurisprudência italiana: sentença de Tribunal de Cassação IV<sup>^</sup> sez. pen., 08.05.2014, n. 18933; (iii) recente evolução da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: *affaire Vincent Lambert*.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Medidas cautelares no sistema do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Medidas cautelares e vítimas do amianto no sistema do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Víctimas



do amianto. Amianto. Legislação sobre o amianto no sistema jurídico italiano.

## INTRODUZIONE

Come premessa generale va detto che, la materia cautelare è una forma di intervento anticipato volto a fronteggiare il prodursi di eventi che rischierebbero di vanificare l'effettività stessa della tutela giurisdizionale<sup>1</sup>.

Essa si estrinseca nell'adozione di «provvedimenti aventi quale esigenza tipica quella di affrontare temporaneamente una situazione di urgenza ed evitare un danno irreparabile in attesa di una decisione definitiva»<sup>2</sup>.

Nell'ambito della giurisdizione europea di protezione dei diritti umani è l'art. 39 del Regolamento della Corte di Strasburgo a disciplinare il c.d. "potere cautelare"<sup>3</sup>.

1 G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1936, I, p. 147: "La necessità di servirsi del processo non deve tornare a danno di chi ha ragione".

2 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6 ed., Paris, 2004, nota 33, p. 577.

3 Cfr. *Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 11 luglio 2000, causa 40035/98, Jabari c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 8062/04, Sinan Eren c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 26050/04, Gurbuz c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 24040/04, Kuruçay c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 22913/04, Tekin Yıldız c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 7454/04, Uyan c. Turchia. Decisione del 6 ottobre 1976, causa 7317/75, Lynas c. Svizzera; Decisione della Commissione del 7 dicembre 1989, causa 15658/89, Mansi c. Svezia; Sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 20 marzo 1991, causa 15576/89, Cruz Varas e altri c. Svezia; Decisione della Commissione sulla ricevibilità del 16 ottobre 1992, causa 18560/91, D.S., S.N. B.T. c. Francia; del 18 ottobre 1993, causa 19776/92, Barir e Amuur c. Francia; del 23 gennaio 1997, causa 32824/96, Berke c. Francia; del 18 settembre 1997, causa 34795/97, A.B. c. Francia; Decisione del 18 maggio 1999, causa 48135/99, Bodika c. Francia; Decisione sulla ricevibilità del 3 luglio 2001, causa 44190/98, Nivette c. Francia; Sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 5 febbraio 2002, causa 51564/99, Conka e altri c. Belgio; Decisione sulla ricevibilità del 16 aprile 2002, causa 65964/01, Penafiel Salgado c. Spagna; Sentenza della Camera del 6 febbraio 2003, causa 46827/99 e 46951/99 58, Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia; Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 12 aprile 2005, causa 36378/02, Chamaiev e altri c. Georgia e Russia; del 10 agosto 2006, causa 24668/03, Olaechea Cahuas c. Spagna; Decisione per l'ammissibilità del 20 febbraio 2007, causa 35865/03, Al-Moayad c. Germania; Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 20 settembre 2007, causa 45223/05, Sultani c. Francia; del 24 febbraio 2009, causa 246/07, Ben Khemais c. Italia; del 22 settembre 2009, causa 30471/08, Abdolkhani et Kariminia c. Turchia; del 3 dicembre 2009, causa 19576/08, Daoudi c. Francia; del 2 marzo 2010, causa 61498/08, Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito; del 3 giugno 2010, causa 52812/07, Kamaliyevy c. Russia; del 13 luglio 2010, causa 33526/08, D. B. C. Turchia; del 1 aprile 2010, causa 24268/08, Klein c. Russia; del 13 aprile 2010, causa 50163/08, Trabelsi c.*

Benché non vi sia dubbio che tale competenza sia espletata in misura maggiore nei confronti di determinate categorie di vittime<sup>4</sup> (espulsi<sup>5</sup>, estradati<sup>6</sup>) si rinviene, tuttavia, la possibilità di considerare la tutela cautelare in un contesto nuovo rispetto a quelli usualmente esaminati nella giurisprudenza di Strasburgo.

Si suppone, infatti, che la condizione del lavoratore gravemente malato possa rispecchiare, sia nell'urgenza dovuta alle prospettive di vita limitate, sia nelle violazioni subite, una delle fattispecie potenzialmente idonee alla richiesta di misure provvisorie.

Nello specifico, si tende a ritenere che i danni prodotti sugli individui dall'esposizione a sostanze nocive assumano caratteristiche peculiari, tali da far ritenere l'ipotesi che si intende sostenere ammissibile.

L'analisi svolta dimostra come il sistema più favorevole all'individuo sia proprio quello di tutela cautelare in seno alla Corte di Strasburgo.

## METODOLOGIA

Attraverso la disanima di uno specifico ambito normativo interno (normativa e giurisprudenza italiane) si è giunti ad evidenziare come i potenziali ricorrenti gravemente ed incurabilmente malati si trovino, a causa dell'inefficienza delle vie

*Italia; del 17 gennaio 2012, causa 8139/09, Omar Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito; del 24 gennaio 2012, causa 26494/09, Ahmed Ali c. Paesi Bassi e Grecia.*

4 I casi a cui si fa riferimento sono quelli in materia di espulsione o estradizione in cui si paventi il rischio di violazione dell'art. 3 della CEDU.

5 Cfr. *Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 20 marzo 1991, causa 15576/89, Cruz Varas c. Svezia; del 30 ottobre 1991, causa 13163/87, Vilvarajah c. Regno Unito; del 17 dicembre 1996, causa 1996 - VI, Ahmed c. Austria; del 29 aprile 1997, causa 1997 - III, H.L.R. c. Francia; del 2 maggio 1997, causa 1997 - III, D. c. Regno Unito; del 17 febbraio 2004, causa 61350/00, Thampibillai c. Paesi Bassi; del 22 novembre 2005, causa 13284/04, Bader e Kanbor c. Svezia; del 5 luglio 2005, causa 2345/02, Said c. Olanda; del 26 luglio 2005, causa 38885/02, N. c. Finlandia; del 4 luglio 2006, causa 59450/00, Ramirez Sanchez c. Francia; del 26 aprile 2007, causa 25389/05, Gebremedhin c. Francia; del 10 aprile 2012, causa 24027/07, Babar Ahmad e altri c. Regno Unito; del 17 gennaio 2012, causa 9146/07, 32650/07, Harkins e Edwards c. Regno Unito.*

6 Cfr. *Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 7 luglio 1989, causa 14038/88, Soering c. Regno Unito; del 12 aprile 2005, causa 36378/02, Chamaiev e altri c. Georgia e Russia; del 22 dicembre 2008, causa 46468/06, Aleksanyan c. Russia.*

di ricorso interne<sup>7</sup>, nella condizione di dover continuare a lavorare per provvedere ai loro bisogni fondamentali e a quelli dei familiari.

In casi come questi «l'inadeguatezza dei rimedi interni non aventi effetto sospensivo rispetto alle esigenze imposte dall'art. 13 CEDU determina, (...), il superamento della regola del previo esaurimento e l'esercizio da parte della Corte di una "tutela cautelare sostitutiva" rispetto a quella che avrebbe dovuto essere apprestata dalle autorità nazionali. In un siffatto contesto, l'adozione di misure provvisorie anteriormente al concludersi delle procedure interne di ricorso non deve sorprendere, in quanto avviene in presenza delle stesse circostanze che legittimerebbero l'esercizio della tutela principale e risulta, in ultima analisi, preordinata a salvaguardare la stessa operatività dell'obbligo strumentale posto dall'art. 13 CEDU»<sup>8</sup>.

Tale circostanza, aggravata dal protrarsi dell'esposizione delle presunte vittime alle sostanze nocive responsabili della malattia, tende a concretizzare una violazione da parte dello Stato degli articoli 2, 3 e 8 della Convenzione e a creare i presupposti per l'invocazione dell'adozione di misure provvisorie data la natura "grave ed irreparabile" del pregiudizio subito dai ricorrenti.

Da un lato, infatti, l'aspetto sostanziale viene "pregiudicato" con la violazione del diritto alla salute, alla dignità umana e alla vita (artt. 2, 3, 8 della Convenzione), dall'altro, quello procedurale viene "compromesso" con la morte dei ricorrenti<sup>9</sup> (art. 34 della Convenzione).

<sup>7</sup> Cfr. La condizione di numerosi lavoratori esposti all'amianto. Rif. Sentenza della Corte di Cassazione IV Sez. Pen., del 2008, causa 42128.

<sup>8</sup> A. SACCUCCI, "Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani", Torino, 2006, pp. 258 - 259.

<sup>9</sup> La questione del venir meno dell'oggetto del contenzioso è stata affrontata in questi termini dalla giurisprudenza della Corte già in casi di adozione di misure provvisorie allo scopo di porre fine a pratiche di autolesionismo. Cfr. a tal proposito Sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 8 luglio 2004, causa 48787/99, Ilascu e altri c. Moldavia e Russia, § 11. Inoltre nella sentenza si legge che: i Governi convenuti dovranno "prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer (au requérant), en grève de la faim depuis (une quinzaine de jours), des conditions de détention conformes au respect de ses droits garantis par la Convention".

## RISULTATI

L'adozione della misura provvisoria tende pertanto a creare una temporanea condizione di *status quo* che permette alle vittime di salvaguardare il loro stato di salute e conseguentemente il loro diritto alla vita.

## I POTENZIALI RICORRENTI

Si ritiene possibile attribuire la facoltà di proporre questo tipo di ricorsi ad individui che abbiano contratto "patologie da esposizione ad agenti cancerogeni", nello specifico, "lavoratori esposti all'amianto".

Prima di passare ad un'analisi più dettagliata della questione è bene precisare che l'ipotesi qui considerata non presuppone comunque l'inidoneità di altri individui vittime di violazioni simili a quelle enunciate ad avanzare ricorso (militari impiegati in aree con presenza di uranio impoverito, individui esposti a fumi tossici...)

Rispetto alla categoria di ricorrenti oggetto di studio sembra anzitutto utile evidenziare alcuni aspetti.

Non vi è dubbio che la prima cosa che salti agli occhi sia la numerosità dei soggetti lesi tanto da non sembrare improprio parlare di "danni di massa".

A questa prima questione seguono la responsabilità dello Stato, la rilevanza delle misure di prevenzione e del controllo pubblico e la lungolatenza del danno.

Un altro elemento da considerare sembrerebbe essere quello della sussistenza di un nesso causale fra la condotta colposa dello Stato ed il danno patito a seguito dell'esposizione a sostanze nocive. La ricostruzione di tale legame sarebbe individuabile nel cosiddetto "effetto patogeno" prodotto dalle sostanze e, cioè, nell'esposizione interna del corpo umano (inalazione ed ingestione) alle radiazioni emesse dalle polveri di amianto, nonché alla tossicità chimico - fisica delle stesse<sup>10</sup> da cui conseguirebbe la

<sup>10</sup> Cfr. Air Force Armament Laboratory, *Morphological Characteristics of Particulate material Formed from High Velocity Impact of Depleted Uranium Projectiles with Armor Targets. Final Report for period October 1977 - October 1978*; IARC, *Monograph vo. 14, "Asbestos"*, 1977; Gustavsson et al. (1998) "Occupational exposures and squamous cell carcinoma of

responsabilità dello Stato configurabile nella mancata ottemperanza alla dovuta e necessaria adozione di opportune misure di sicurezza e prevenzione.

Richiamate tali essenziali premesse si procederà di seguito ad un esame più approfondito della questione che tenderà di valutare, sulla base della giurisprudenza e della prassi, la concreta possibilità per questi individui di poter avanzare una richiesta di misure provvisorie al fine di tutelare il loro diritto alla salute e alla vita.

### **I possibili diritti da invocare e la questione dell'ambito di applicazione**

Come già accennato, la facoltà per la categoria di vittime individuate di proporre questo tipo di ricorsi verrebbe loro attribuita dalla natura stessa della pretesa violazione.

Trattandosi, infatti, di “danni gravi ed irreparabili” alla salute e alla vita si tenderebbe ad ipotizzare una violazione degli artt. 2 e 3 (diritto alla vita, divieto ai trattamenti inumani e degradanti) in combinato con l’art. 8 (diritto alla vita privata e familiare) da cui potrebbe derivare una violazione dell’art. 34 (diritto al ricorso individuale)<sup>11</sup>.

Risultano pertanto “compromessi” sia gli “interessi delle parti” che l’ “oggetto della procedura”.

A questo proposito è opportuno evidenziare che l’art. 39 del Regolamento della Corte preveda al primo comma che l’adozione di misure provvisorie debba avvenire “nell’interesse

delle parti o della corretta conduzione del procedimento” e che il paragrafo 104 della sentenza *Mamaktulov*<sup>12</sup> individui quale ambito di applicazione della tutela cautelare gli artt. 2, 3 e 8 della CEDU<sup>13</sup>.

Verranno ora approfonditi ed esaminati tutti gli aspetti che tendono a rendere legittima l’invocazione delle disposizioni qui richiamate nei casi oggetto di studio.

### **L’eccessiva durata dei procedimenti in termini di riconoscimento dei benefici contributivi e l’esigenza di una tutela cautelare**

L’eccessiva durata dei procedimenti è ciò che in termini assoluti affermi con più vigore e legittimi l’adozione in questo ambito di misure provvisorie.

I tempi estremamente lunghi per giungere ad una sentenza definitiva, infatti, annullano e vanificano il diritto.

«Le vittime vedono riconosciuti i loro diritti contributivi quando hanno già raggiunto l’età pensionabile o la massima anzianità contributiva o addirittura, cosa ancor più grave, quando sono già ammalati o deceduti, per l’esposizione all’amianto»<sup>14</sup> (o ad altre sostanze cancerogene).

Viepiù che, trattandosi di lavoratori, c’è anche da considerare l’ipotesi che questi, per non correre il rischio di rimanere privi di reddito, continuino a svolgere la loro attività lavorativa in esposizione a sostanze che, anche

*the oral cavity, pharynx, larynx and oesophagus: a case – control study in Sweden*; *Occup. Environ. med.* 55: 393 – 400; Governi M., Amati M., Fontana S. et al., *Role of the iron in asbestos – body – induced oxidant radical generation*, *J. Toxicol Environ Health part A* 1999; 58: 279 – 87.

11 A. SACCUCCI, “Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani”, Torino, 2006, p. 346: “Ancorando la nozione di “pregiudizio grave ed irreparabile” all’incidenza che la violazione di determinati diritti può avere sulla vita o sull’integrità psico – fisica della persona umana si riesce, dunque, a fornire, una chiave di lettura abbastanza unitaria e coerente della più gran parte della giurisprudenza degli organi internazionali di protezione dei diritti umani e si preconstituisce, al contempo, una valida premessa per l’emergere di orientamenti evolutivi volti ad estendere l’ambito di esplicazione del rimedio cautelare tanto in relazione a nuovi pericoli incidenti su tali beni quanto in base ad un più ampio apprezzamento degli elementi che li compongono e ciò vale soprattutto per gli aspetti dell’integrità psicologico – morale della persona umana.”

12 Cfr. *Sentenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo, del 6 febbraio 2003, causa 46827/99 e 46951/99 58, Mamaktulov e Abdurasulovic c. Turchia.*

13 *En l’espèce, la situation que vous exposez dans votre courrier ne correspond pas à celles dans lesquelles la mesure prévue à l’article 39 peut être appliquée. L’indication de mesures provisoires ne s’exerce que dans des domaines limités. Sans doute reçoit-elle un certain nombre de demandes, mais en principe ce n’est que lorsqu’il y a risque de dommage irréparable et que le risque est imminent que la Cour applique l’article 39. Bien qu’il n’existe pas de disposition particulière dans la Convention concernant ces domaines, les demandes ont trait le plus souvent au droit à la vie (article 2), au droit de ne pas être soumis à la torture et aux traitements inhumains (article 3) et exceptionnellement au droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) ou à d’autres droits garantis par la Convention. La grande majorité des mesures provisoires ont été indiquées dans des affaires d’expulsion et d’extradition.*

14 E. BONANNI, “Lo Stato dimentica l’amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo”, Firenze, 2009, pp. 133; 142 – 144.

«a basse dosi e sporadicamente, abbreviano enormemente i tempi di latenza e moltiplicano il rischio di malattie professionali in imminente contrasto con le norme costituzionali e con i principi dell'ordinamento giuridico interno ed internazionale»<sup>15</sup>.

### La normativa italiana in tema di amianto

Nel 1931 la legislazione inglese fu la prima ad affermare l'esigenza di un controllo delle polveri di amianto nel settore industriale e a riconoscere l'importanza di un risarcimento dei danni.

Nello stesso anno Klemperer e Rabin coniarono il termine "mesotelioma". Iniziò così a prendere vigore l'ipotesi di un potenziale rapporto di causalità fra l'esposizione all'amianto e l'enorme incidenza di tumore al polmone<sup>16</sup>.

Oltre all'Inghilterra gli studi epidemiologici interessarono l'Italia, il Sud Africa e l'America.

Vennero individuati quali principali fattori del potenziale rischio morbigeno tre parametri: dose di esposizione, durata dell'esposizione e dimensione delle fibre.

Molteplici furono le patologie ritenute "asbesto<sup>17</sup> correlate"<sup>18</sup>: pleuropatie benigne, asbestosi polmonare, carcinoma polmonare e mesotelioma<sup>19</sup>.

In Italia l'"asbestosi" venne riconosciuta quale malattia professionale con la legge 455 del 1943.

Negli anni a seguire vari decreti riproposero tale legge non apportandovi alcuna modifica sostanziale<sup>20</sup>.

Il primo intervento concreto da parte del legislatore italiano giunse solo nel 1991 con il D. Lgs. 277 del 1991<sup>21</sup> che recepì la Direttiva Comunitaria 477/83/CEE<sup>22</sup>.

Il 27.03.1992<sup>23</sup> venne poi approvata la Legge 257: «Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto». In realtà il titolo della normativa può indurre a formulare l'ipotesi di un'avvenuta presa di coscienza relativamente alla questione in oggetto ma l'articolo 1 smentisce qualsivoglia incoraggiante supposizione disponendo che: «sono vietate (soltanto) l'estrazione, l'importazione, l'esportazione, la commercializzazione e la produzione di amianto, di prodotti di amianto o prodotti contenenti amianto»<sup>24</sup>.

Nel frattempo, nella giurisprudenza<sup>25</sup> emerse con forza la volontà di ridurre la portata

15 E. BONANNI, "Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo", Firenze, 2009, p. 128. Ne ha dato conferma anche la Corte di Cassazione: Sentenza della Corte di Cassazione, IV<sup>a</sup> sez. pen., 08.05.2014, n. 18933.

16 E. BONANNI, "Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo", Firenze, 2009, p. 74.

17 Il termine fu coniato nel 1927 da W. E. Cooke. Con esso si definiva: "quella strana fibrosi polmonare che colpiva i lavoratori dell'amianto." Nel 1966 lo studioso inglese Merewether scoprì che il 66% di lavoratori a tempo indeterminato dell'industria Rochdale ne era affetto. E. BONANNI, "Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo", Firenze, 2009, p. 74.

18 GUSTAVSSON et al. (1998) "Occupational exposures and squamous cell carcinoma of the oral cavity, pharynx, larynx and oesophagus: a case - control study in Sweden", *Occup. Environ. med.* 55: 393 - 400.

19 E. BONANNI, "Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo", Firenze, 2009, pp. 78 - 79; Soffritti (2004) sosteneva: "Oltre al mesotelioma, l'amianto determina un aumento dell'incidenza di altri tumori, in particolare di quelli del polmone, della laringe, dell'esofago, del colon - retto e del rene".

20 Cfr. DPR 648/1956; DPR 1124/1965. Cfr. BONANNI, "Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo", Firenze, 2009, p. 93.

21 Vengono introdotte per il riconoscimento dei benefici contributivi delle soglie di esposizione: 100 fibre/litro sulla media di otto ore lavorative per oltre 10 anni. In realtà tali limiti sono avversati da una nutrita giurisprudenza: "Anche basse concentrazioni e sporadiche esposizioni hanno un ruolo acceleratore...e conseguente rilevanza causale, connessa alla abbreviazione della latenza e all'anticipazione dell'evento letale (Cfr. Cassazione Sezione Penale, sentenza n. 42128 del 12.11.2008). Cfr. inoltre Cassazione 21682/2004; Cassazione Sezione Lavoro 16119/2005; Cassazione 16119/2005; Relazione Giudice del Lavoro Tribunale di Ravenna Dott. Roberto Rivero per incontro CSM sulla formazione dei magistrati del 26.11.2008 "Il rischio amianto: le controversie in materia di maggiorazione contributiva".

22 Cfr. Direttiva sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con l'esposizione all'amianto durante il lavoro (II direttiva particolare ai sensi dell'art. 8 della direttiva 80/1107/CEE)

23 Cfr. Gazzetta Ufficiale n. 87 del 13/4/1992.

24 E. BONANNI, "Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo", Firenze, 2009, p. 108.

25 Cfr. Sentenze Cassazione Sezione Lavoro n.21256/2004; 2456/2005; 2587/2005; 1392/2005, 2582 - 83 85/2005; 16117/2005. Sentenze del Tribunale di Terni confermate in Cassazione: 22432/2004; 22433/2004; 22435/2004; 22446/2004; 377/2004; 2243/2004; 22519/2004; 22541/2004; 22831/2004; 23524/2004; 21929 - 2031 - 32/2004; 21889 - 90 - 91/2004; 1980/2004; 4557/2004; 4550/2004; 2415/2004; 1969/2004; 4665/2004; 3463/2004; 2416/2004; 2408/2004; 2475/2004; 1974/2004; 22313 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18/2004; 22300/2004; 21864 - 65 - 66 - 67 - 68/2004; 396/2004; 320/2004; 22156 - 57 - 58/2004; 21861/2004; 21991/2004; 22301 - 02 - 03 - 04/2004; 22079 - 80/2004; 20465/2004; 10673/2004; 21223/2004; 21330 - 31/2004; 21445/2004.

del parametro delle soglie di esposizione, introdotto con il D. Lgs. 277 del 1991, a favore di un accertamento di tipo presuntivo fondato sulla verosimiglianza e sull'analogia<sup>26</sup>: «al fine del riconoscimento di tale beneficio, non è necessario che il lavoratore fornisca la prova atta a quantificare con esattezza la frequenza e la durata dell'esposizione, potendo ritenersi sufficiente, qualora ciò non sia possibile, avuto riguardo al tempo trascorso e al mutamento delle condizioni di lavoro, che si accerti, anche a mezzo di consulenza tecnica, la rilevante probabilità di esposizione del lavoratore al rischio morbigeno, attraverso un giudizio di pericolosità dell'ambiente di lavoro, con un margine di approssimazione di ampiezza tale da indicare la presenza di un rilevante grado di probabilità di superamento della soglia massima di tollerabilità»<sup>27</sup>.

Il 30 settembre 2003 fu introdotto il Decreto Legge n. 169<sup>28</sup> convertito con Legge 326 del 2003 che ridusse «drasticamente i benefici contributivi per esposizione all'amianto la cui maggiorazione contributiva è limitata al 25% ai soli fini della determinazione dell'importo delle prestazioni pensionistiche e non della maturazione del diritto di accesso alle medesime» e che introdusse «espressamente nella fattispecie legale il limite di soglia che prima non esisteva»<sup>29</sup>.

Fu poi emanato il 27 ottobre 2004, in attuazione dell'art. 47 comma VI del D.L. n. 266/03, il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

Furono individuati attraverso 500 atti di indirizzo i siti industriali dove maggiore e più grave potesse essere il rischio per i lavoratori e dove fosse comprovato il superamento della soglia di esposizione.

Tali provvedimenti furono successivi alla condanna che l'Italia subì nella Sentenza del 15 novembre 2001 da parte della Corte di Giustizia Europea per «l'inadempimento di direttive comunitarie relative alla sicurezza e all'integrità

26 E. BONANNI, «Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo», Firenze, 2009, p. 112.

27 Cfr. Sentenza della Cassazione Sezione Lavoro n. 16119/2005.

28 Pubblicato in G.U. del 2 ottobre 2003, n. 229.

29 E. BONANNI, «Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo», Firenze, 2009, p. 115.

fisica e per la mancata osservanza delle Direttive Comunitarie 89/391/CEE e 473/83/CEE».

La necessaria ed obbligata rivisitazione del complesso normativo condusse all'approvazione definitiva del D. Lgs. n. 81 del 2008<sup>30</sup> in attuazione delle direttive comunitarie<sup>31</sup> in tema di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro.

Il presente Decreto riordinò la complessa normativa e dedicò il capo III alla «protezione dai rischi connessi all'esposizione all'amianto»<sup>32</sup>.

Tuttavia, la genericità delle disposizioni e il linguaggio «tecnicamente scadente e discorsivo»<sup>33</sup> diedero luogo all'attuale quadro normativo ancora molto lontano dagli *standard* di protezione comunitario ed internazionale.

Fra le problematiche emergenti continuò ad esservi quella, di non trascurabile importanza, dell'eccessiva durata dei procedimenti in termini di riconoscimento dei benefici contributivi le cui gravi conseguenze hanno spinto a considerare come necessario in tale ambito il ricorso alla tutela cautelare.

I più recenti sviluppi giurisprudenziali interni ed europei e la possibile applicazione della tutela cautelare all'ambito considerato

Corte di Cassazione, IV<sup>a</sup> sez. pen., 08.05.2014, n. 18933: la sentenza che «blinda» la presentazione di ricorso ex art.39 in materia di amianto

La recentissima sentenza della Corte di Cassazione in materia di amianto<sup>34</sup> rafforza in modo inequivocabile quanto si sta tentando di sostenere.

L'argomento è del massimo interesse poiché consente di affermare ulteriormente ed in maniera certa la possibilità per gli individui

30 Cfr. Del 9 aprile 2008 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 101 del 30 aprile 2008.

31 Cfr. 89/391/CEE, 89/654/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE, 90/679/CEE, 93/88/CEE, 95/63/CE, 97/42/CE, 98/24/CE, 99/38/CE, 99/92/CE, 2001/45/CE, 2003/10/CE, 2003/18/CE, 2004/40/CE.

32 Cfr. La nuova normativa è contemplata negli artt. 246 e seguenti del Decreto.

33 E. BONANNI, «Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo», Firenze, 2009, p. 120.

34 Cfr. Corte di Cassazione, IV<sup>a</sup> sez. pen., del 08.05.2014, n. 18933.

“vittime da esposizione” di poter presentare un ricorso *ex art. 39*.

Nella presente pronuncia la Corte riconosce che: « (...) ritenere acquisita la indicata stadiazione irreversibile, non implica affatto che la prosecuzione dell'esposizione non produca una accelerazione dei tempi della progressione della patologia. Insomma, per il ricorrente, irreversibilità non significa che si è esclusa la ulteriore attività di promozione esercitata dalla protratta esposizione all'agente cancerogeno. (...) L'amianto, alla luce delle evidenze statistiche, costituisce sicuro fattore di iniziazione. Ma non vi sono solide evidenze che contrastino l'ipotesi che esso sia pure promotore: vi è plausibilità biologica, giacché la flogosi cronica potrebbe fornire un importante stimolo alla proliferazione di cellule già iniziate al processo di cancerogenesi. (...) Non esiste esposizione irrilevante. (...) Inoltre, costituisce sapere scientifico condiviso il fatto che l'evidenza epidemiologica disponibile sia univoca nell'indicare una relazione proporzionale tra dose cumulativa ed incidenza, nel senso che all'aumento dell'esposizione per intensità e durata aumentano i casi di tumore all'interno della popolazione esposta. Ancora, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità è indirizzato nel senso della rilevanza dell'effetto acceleratore. (...)».

In altre parole, con tale rivoluzionaria decisione la Corte non soltanto ha fornito nuovi ed ulteriori strumenti in materia di attribuzione di responsabilità penale e civile, ma ha affermato, con chiarezza senza precedenti, che: «la protratta esposizione all'amianto crea un'ulteriore attività di promozione che produce una accelerazione nei tempi di progressione della patologia».

Ciò costituisce la base essenziale per affermare con certezza che l'adozione di misure provvisorie in un simile ambito non possa che essere indispensabile. L'immediato allontanamento del ricorrente dal sito nocivo è in grado di rallentare il decorso della malattia.

La celerità del procedimento, pertanto, non consentirebbe solo, come è stato già precedentemente chiarito, il riconoscimento dei benefici contributivi, ma produrrebbe un risultato di assoluta e maggiore rilevanza e cioè la garanzia per il ricorrente di un'aspettativa di vita maggiore.

### **L'affaire Vincent Lambert**

Rispetto alla questione che si sta trattando assume rilevanza determinante una recentissima pronuncia della Corte di Strasburgo che inaugura una fase importante nel percorso evolutivo della materia cautelare.

Al di là di aspetti ulteriori che il caso potrebbe sollevare e che potranno essere oggetto di una futura trattazione, ciò che qui preme rilevare è l'orientamento giurisprudenziale della Corte con riferimento al ruolo svolto dalle misure provvisorie nell'ambito del diritto alla salute e nel contesto più generale del sistema di protezione dei diritti umani.

Per quanto riguarda il primo aspetto a rilevare è anzitutto la scelta operata dalla Corte in termini di “destinatario del provvedimento” o “vittima potenziale”.

Non si tratta, infatti, né, delle più note categorie di vittime (detenuti, espulsi, estradati) tutelate dalla Corte in ambito cautelare rispetto a violazioni dell'art. 3, e, né, di una fra quelle particolari categorie di vittime (anziani, donne, bambini) che godono di specifiche misure di protezione.

Il signor Lambert è “semplicemente” un uomo di 38 anni tetraplegico in stato vegetativo da sei anni.

L'attenzione che la Corte porta a tale vicenda conferma inequivocabilmente quanto si è andato sostenendo.

A ben vedere, infatti, diviene sempre più concreta per le “vittime dell'amianto” la possibilità di avvalersi di un rimedio effettivo in grado di garantire loro un immediato ristoro per il danno subito.

Ma v'è di più, poiché a questo aspetto, si somma l'indiscutibile “ruolo evolutivo” svolto dall'art. 3 quale disposizione invocabile a “vari livelli” dalle potenziali vittime per tutte quelle violazioni che riguardino il “diritto alla salute”.

Basti dire che ne le “griefs” del caso in oggetto si può leggere: «Citant l'article 3 de la Convention, ils estiment que la privation de nourriture et d'hydratation est un mauvais traitement constitutif de torture. Ils font également valoir que la privation de kinésithérapie depuis octobre

2012 ainsi que de rééducation équivaut à un traitement inhumain et dégradant»<sup>35</sup> e che la Corte «saisie d'une demande d'article 39 de son règlement» ha deciso di : «faire suspendre l'exécution de l'arrêt rendu par le Conseil d'État pour la durée de la procédure devant elle. La chambre a précisé que cette mesure provisoire implique que M. Vincent Lambert ne soit pas déplacé avec le but d'interrompre le maintien de son alimentation et de son hydratation».<sup>36</sup>

Tale emergente sensibilità non avalla solo quanto teorizzato in termini di tutela cautelare ed amianto ma anche quanto sostenuto rispetto al ruolo svolto dai provvedimenti cautelari nell'ambito del sistema europeo di protezione dei diritti umani<sup>37</sup>.

Si ritiene, infatti, che la Corte abbia da sempre riconosciuto alle misure provvisorie un ruolo di indiscutibile valore: «la Cour souligne que dans des affaires où le requérant allègue de manière plausible un risque de dommage irréparable quant à la jouissance de l'un des droits qui relèvent du noyau dur des droits protégés par la Convention, une mesure provisoire a pour objet de préserver et protéger les droits et intérêts des parties à un litige pendant devant la Cour dans l'attente de la décision finale de celle-ci»<sup>38</sup>.

L'affermazione della materia cautelare, come dimostrato dalla giurisprudenza, ha reso il sistema di protezione dei diritti umani più effettivo ed efficace cosa questa che spiegherebbe anche l'elaborazione da parte della Corte di un articolo intitolato alle misure provvisorie al fine di colmare la grave lacuna prodotta dall'assenza di una disposizione convenzionale.

La Corte ha precisato che: «une indication de mesures provisoires donnée par la Cour permet à celle-ci non seulement d'examiner efficacement une requête mais aussi de s'assurer de l'effectivité de la protection prévue par la Convention à l'égard du requérant»<sup>39</sup>.

35 Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, del 23 giugno 2014, causa n. 46043/14, Pierre Lambert e altri c. Francia.

36 Cfr. Note d'information sur la jurisprudence de la Cour, n. 176, luglio 2014.

37 Cfr. C. QUATTROCCHI, tesi dottorale, "Le misure provvisorie secondo la Cedu e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo".

38 Cfr. Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 10 marzo 2009, causa 39806/05, Paladi c. Moldavia, § 89.

39 Cfr. Sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, op. cit.,

L'uso delle congiunzioni correlative non solamente...mais aussi, riconoscendo alla "corretta conduzione del procedimento" e all' "interesse delle parti" un rapporto di pari ordinazione, confermato anche in altre sentenze<sup>40</sup>, permette di avanzare l'ipotesi che i due caratteri né si escludano a vicenda né si sovrappongano.

Non sarebbe un caso, pertanto, che la «garanzia giurisdizionale di carattere preventivo» sia stata considerata uno «degli aspetti più gratificanti dell'azione di protezione internazionale dei diritti fondamentali della persona»<sup>41</sup>.

La formulazione stessa dell'art. 39, come già ricordato, è da interpretarsi come la manifestazione concreta di un'ottica garantista.

La norma dispone, infatti, al I comma che: «le misure cautelari possono essere adottate nell'interesse delle parti o della corretta conduzione del procedimento».

Si tende a sostenere che l'articolazione della disposizione in oggetto non sia casuale e che il motivo per il quale l' "interesse delle parti" preceda la "corretta conduzione del procedimento" si possa ricondurre alla volontà della Corte di conferire un diversificato valore alle due finalità.

È possibile che, pur di rendere "efficace" e "concreta" la realizzazione dell' "interesse delle parti", la Corte si sia servita dello strumento procedurale e non viceversa, e che, sempre per lo stesso motivo, abbia scelto di far corrispondere l'inosservanza di misure provvisorie con la violazione dell'art. 34 della Convenzione.

Con tali "stratagemmi" essa sarebbe stata in grado di trasferire "per riflesso" alla materia

*Chamaïev e altri c. Georgia e Russia*, § 473.

40 Cfr. Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 6 febbraio 2003, causa 46827/99, 46951/99, Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia, § 125; del 28 marzo 2008, causa 44009/05, Shtukaturov c. Russia, § 104; del 24 febbraio 2009, causa 246/07 Ben Khemais c. Italia, § 82; del 10 marzo 2009, causa 39806/05, Paladi c. Moldavia, § 86: «(...) dans le système de la Convention, les mesures provisoires telles qu'elles ont été constamment appliquées en pratique (...) se révèlent d'une importance fondamentale pour éviter des situations irréversibles qui empêcheraient la Cour de procéder dans de bonnes conditions à un examen de la requête et, le cas échéant, d'assurer au requérant la jouissance pratique et effective du droit protégé par la Convention qu'il invoque».

41 CACADO TRINDADE, « Les mesures provisoires devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme », op. cit., p. 145

cautelare l'importanza che da sempre viene attribuita nel sistema convenzionale e, che è desumibile anche dalla giurisprudenza, all'oggetto della procedura.

È proprio nell'ottica di tale impostazione che si inserisce la tutela offerta dalla Corte al Signor Vincent Lambert quale espressione della più recente evoluzione del sistema di protezione europeo dei diritti umani.

Anche in questo caso la giurisprudenza si presta con favore<sup>42</sup> a dimostrare come la relazione fra elemento sostanziale e procedurale non impedisca di agire "concretamente" in situazioni<sup>43</sup> che rischierebbero altrimenti di pregiudicare la posizione della "presunta vittima".

Non sembra pertanto improprio affermare che l'importanza di uno strumento di prevenzione o cessazione della potenziale violazione dei

diritti fondamentali<sup>44</sup>, non debba risiedere tanto nella finalità teorica da esso perseguita quanto piuttosto nella sua capacità di porre in essere azioni reali e concrete di tutela degli individui.

## TERMINI E MOTIVAZIONI DELLE PROCEDURE

La procedura di richiesta di adozione di misure provvisorie delle singole posizioni dovrebbe essere attivata, come da consuetudine, a domanda degli interessati.

L'adozione della misura provvisoria non tenderebbe in alcun modo a sostituire la pronuncia del tribunale nazionale ma avrebbe quale unico scopo quello di riconoscere, in via preventiva e temporanea, il beneficio del trattamento pensionistico anticipato a quei ricorrenti a cui siano stati diagnosticati tempi brevissimi di vita nonché l'allontanamento immediato dal "luogo di esposizione".

Ciò tenderebbe a sanare una grave lacuna del sistema che, ad oggi, stenta a riconoscere al ricorrente malato diritti fondamentali. Numerosi sono i casi in cui «quando finalmente si giunge alla decisione definitiva, la Sentenza semplicemente non serve più, perché l'avente diritto ha già raggiunto l'età pensionabile o la massima anzianità contributiva o, cosa ancora più grave, è ammalato o deceduto per l'esposizione all'amianto»<sup>45</sup>. «Nelle more questi lavoratori per non correre il rischio di rimanere privi di reddito hanno continuato a lavorare in esposizione all'amianto che, anche in basse dosi e sporadicamente, ancor più per chi è stato per decenni, già esposto, e a dosi massicce, abbrevia enormemente i tempi di latenza e moltiplica il rischio di malattie professionali, in immanente contrasto con le norme costituzionali e con i principi dell'ordinamento giuridico interno ed internazionale»<sup>46</sup>.

La misura provvisoria, pertanto, in linea con il principio del "rispetto fra giurisdizioni", non interferirebbe in alcun modo con il procedimento

42 Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, del 23 giugno 2014, causa n. 46043/14, Pierre Lambert e altri c. Francia

43 Cfr. Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, op. cit., Mamatkulov et Askarov c. Turchia; del 11 luglio 2000, causa 40035/98, Jabari c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 8062/04, Sinan Eren c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 26050/04, Gurbuz c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 24040/04, Kuruçay c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 22913/04, Tekin Yıldız c. Turchia; del 10 novembre 2005, causa 7454/04, Uyan c. Turchia. Decisione del 6 ottobre 1976, causa 7317/75, Lynas c. Svizzera; Decisione della Commissione del 7 dicembre 1989, causa 15658/89, Mansi c. Svezia; Sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 20 marzo 1991, causa 15576/89, Cruz Varas e altri c. Svezia; Decisione della Commissione sulla ricevibilità del 16 ottobre 1992, causa 18560/91, D.S., S.N. B.T. c. Francia; del 18 ottobre 1993, causa 19776/92, Barir e Amuur c. Francia; del 23 gennaio 1997, causa 32824/96, Berke c. Francia; del 18 settembre 1997, causa 34795/97, A.B. c. Francia; Decisione del 18 maggio 1999, causa 48135/99, Bodika c. Francia; Decisione sulla ricevibilità del 3 luglio 2001, causa 44190/98, Nivette c. Francia; Sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 5 febbraio 2002, causa 51564/99, Conka e altri c. Belgio; Decisione sulla ricevibilità del 16 aprile 2002, causa 65964/01, Penafiel Salgado c. Spagna; Sentenza della Camera del 6 febbraio 2003, causa 46827/99 e 46951/99 58, Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia; Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 12 aprile 2005, causa 36378/02, Chamaiev e altri c. Georgia e Russia; del 10 agosto 2006, causa 24668/03, Olaechea Cahuas c. Spagna; Decisione per l'ammissibilità del 20 febbraio 2007, causa 35865/03, Al-Moayad c. Germania; Sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 20 settembre 2007, causa 45223/05, Sultani c. Francia; del 24 febbraio 2009, causa 246/07, Ben Khemais c. Italia; del 22 settembre 2009, causa 30471/08, Abdolkhani et Kariminia c. Turchia; del 3 dicembre 2009, causa 19576/08, Daoudi c. Francia; del 2 marzo 2010, causa 61498/08, Al-Saadon e Mufdhi c. Regno Unito; del 3 giugno 2010, causa 52812/07, Kamaliyevy c. Russia; del 13 luglio 2010, causa 33526/08, D. B. C. Turchia; del 1 aprile 2010, causa 24268/08, Klein c. Russia; del 13 aprile 2010, causa 50163/08, Trabelsi c. Italia; Casi pendenti, causa 8139/09, Omar Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito; causa 26494/09, Ahmed Ali c. Paesi Bassi e Grecia.

44 COHEN - JONATHAN, « De l'effet juridique des « mesures provisoires » dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel : à propos de l'arrêt de la Cour de Strasbourg Cruz Varas du 20 mars 1991 », R.U.D.H., 1991, p. 206

45 E. BONANNI, "Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo", Firenze, 2009, p. 143.

46 E. BONANNI, "Lo Stato dimentica l'amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo", Firenze, 2009, p. 128.



pendente dinanzi al Tribunale nazionale, ma, piuttosto, si limiterebbe a riconoscere al ricorrente gravemente malato un temporaneo ma necessario “ristoro” (maggiori prospettive di vita, benefici economici).

Essa inoltre “sanerebbe” questo tipo di ricorsi, che, a differenza di quanto precisato nella Convenzione, si presentano “in – efficaci” e “in – effettivi”<sup>47</sup>.

Tutto ciò avrebbe come risultato la «realizzazione di una maggiore protezione dei diritti umani»<sup>48</sup>.

Avuto riguardo delle motivazioni sopra esposte è ora opportuno approfondire la questione delle violazioni invocabili dai potenziali ricorrenti.

## LE VIOLAZIONI INVOCABILI

### L'art. 2: il diritto alla vita<sup>49</sup>

Il diritto alla vita è un diritto fondamentale<sup>50</sup> e figura fra quelle disposizioni la cui potenziale violazione è stata ritenuta dalla Corte come idonea all'avanzamento di richiesta di misure provvisorie. Esso impone allo Stato non solo obblighi di “non fare” ma anche obblighi positivi che dovrebbero estrinsecarsi nell’emanazione di una legislazione idonea a reprimere ogni attentato alla vita<sup>51</sup>, nella protezione della vita

47 C. ZANGHI, “La protezione internazionale dei diritti dell'uomo”, Torino, 2006, p. 250.

48 C. ZANGHI, “La protezione internazionale dei diritti dell'uomo”, Torino, 2006, p. 247.

49 Art. 2: “1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena.

2. La morte non si considera inflitta in violazione di questo articolo quando risulta da un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

a. per assicurare la difesa di ogni persona dalla violenza illegale;  
b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona legalmente detenuta;  
c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione”.

50 Cfr. Sentenze Grande Camera del 17 gennaio 2002, causa 32967/96, Calvelli e Ciglio c. Italia; del 24 ottobre 2002, causa 37703/97, Mastromatteo c. Italia; del 8 luglio 2004, causa 53924/00, Vo c. Francia; del 12 maggio 2005, causa 46221/99, Ocalan c. Turchia.

51 C. ZANGHI, “La protezione internazionale dei diritti dell'uomo”, Torino, 2006, p. 255

dell'individuo<sup>52</sup>, nella tutela dell'individuo la cui vita sia minacciata da comportamenti criminosi di terzi<sup>53</sup> o dal rischio di una malattia in grado di cagionare la morte<sup>54</sup> e nella prevenzione efficace e dissuasiva del pregiudizio alla vita<sup>55</sup>.

Dall'analisi precedentemente condotta emerge che, nei casi considerati, gli obblighi derivanti dalla norma in oggetto non siano stati soddisfatti motivo per il quale si tende a ritenere come assolutamente necessaria e pertinente la richiesta e conseguente adozione di misure provvisorie.

### L'art. 3: Divieto della tortura

I diritti garantiti in questa disposizione si sono prestati, forse più di altri, ad interpretazioni di tipo evolutivo<sup>56</sup>.

È possibile evincere dalla giurisprudenza come l'art. 3 sia venuto in rilievo per tutelare il diritto alla “salute”<sup>57</sup> e quello al “riconoscimento di pensioni sociali”<sup>58</sup>.

In merito a quest'ultimo aspetto la Corte ha precisato che<sup>59</sup>: “(...) In the modern democratic State many individuals are, for all or part of their lives, completely dependent for survival on social

52 Cfr. Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 29 aprile 2002, causa 2346/02, Pretty c. Regno Unito; del 17 gennaio 2002, causa 32967/96, Calvelli e Ciglio c. Italia.

53 Cfr. Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 28 ottobre 1998, causa 23452/94, Osman c. Regno Unito, par. 115; del 28 marzo 2000, causa 22492/93, Kilic c. Turchia, par. 62 e 67; del 29 aprile 2002, causa 2346/02, Pretty c. Regno Unito.

54 Cfr. Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 2 settembre 1998, causa 22495/93, Yasa c. Turchia, par. 92 – 108; del 28 ottobre 1998, causa 23452/94, Osman c. Regno Unito, par. 115 – 122; del 20 dicembre 2004, causa, Makaratzis c. Grecia, cap. 50.

55 Cfr. mutatis mutandis, Osman c. Regno Unito, del 28 ottobre 1998; Kilic c. Turchia, del 28 marzo 2000.

56 C. ZANGHI, “La protezione internazionale dei diritti dell'uomo”, Torino, 2006, p. 247.

57 Cfr. Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 23 aprile 2002, causa 56869/00, Larioschina c. Russia; del 18 giugno 2009, causa 45603/05, Budina c. Russia; del 24 aprile 2012, causa 25446/06, Yordanova e altri c. Bulgaria; del 23 giugno 2014, causa n. 46043/14, Pierre Lambert e altri c. Francia.

58 Cfr. Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”: “I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza”, Trapani, 8-9 giugno 2012.

59 Cfr. Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 15 settembre 2009, causa 10373/05, Moskal c. Polonia; del 30 settembre 2003, causa 40892/98, Koua Poirrez c. Francia; del 9 luglio 2009, causa 46368/06, Zeibek c. Grecia; del 18 febbraio 2009, causa 55707/00, Andrejeva c. Lettonia; del 15 marzo 2011, causa 43134/05, G.N. c. Italia.

security and welfare benefits. Many domestic legal systems recognise that such individuals require a degree of certainty and security, and provide for benefits to be paid – subject to the fulfilment of the conditions of eligibility – as of right. Where an individual has an assertable right under domestic law to a welfare benefit, the importance of that interest should also be reflected by holding Article 1 of Protocol No. 1 to be applicable.

The mere fact that a property right is subject to revocation in certain circumstances does not prevent it from being a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, at least until it is revoked.

On the other hand where a legal entitlement to the economic benefit at issue is subject to a condition, a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition cannot be considered to amount to “possessions” for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1.(...)”<sup>60</sup>.

Ciò rileva in maniera determinante per la questione che qui si sta trattando.

Nei casi oggetto d'esame, infatti, il mancato riconoscimento dei “benefici” in favore delle vittime costituisce una violazione degli artt. 3 della Convenzione e 1 del Protocollo n.1.

#### **L'art. 8: Diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>61</sup>**

I diritti garantiti in tale disposizione hanno un'ampia interpretazione. Le nozioni di “vita privata e familiare” si sono, nel corso del tempo, giuridicamente evolute ed estese.

Nella “vita privata” si tende, infatti, a far rientrare anche la salute<sup>62</sup>, i comportamenti

sessuali, l'identità della persona, il nome<sup>63</sup> e la riservatezza dei dati sanitari<sup>64</sup>.

Altrettanto interessante è l'interpretazione data all'accezione di “vita familiare” nella quale vengono ricompresi i diritti parentali<sup>65</sup>, la corrispondenza e il domicilio personale<sup>66</sup> e professionale<sup>67</sup>.

Proprio in merito a quest'ultimo aspetto la Corte ha messo in luce la possibilità di interpretare l'art. 8 come «comprendente, in determinate circostanze, il diritto di una società al rispetto della sua sede sociale, la sua agenzia o i suoi locali professionali<sup>68</sup>» ed ha inoltre evidenziato che «pregiudizi gravi all'ambiente possono intaccare il benessere di una persona e privarla del godimento del suo domicilio così da nuocere alla sua vita privata e familiare»<sup>69</sup>.

Pertanto, nei casi di gravi rischi per la salute si è proposto per una soluzione di giusto bilanciamento fra le vittime e gli interessi concorrenti della comunità in correlazione con un ruolo attivo da parte dello Stato il quale è invitato ad intervenire «per tutelare la salute dei cittadini da qualsiasi rischio che possa discendere anche dall'industria privata»<sup>70</sup>.

L'art. 8 sembrerebbe essere pertanto un prolungamento ed un completamento del diritto alla salute sancito all'art. 3.

L'esposizione a sostanze nocive (quali amianto, uranio impoverito, etc.) tenderebbe a negare gli obblighi che sono in capo allo Stato. Nei casi considerati le vittime sono obbligate a continuare

<sup>60</sup> Cfr. *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 15 settembre 2009, causa 10373/05, Moskal c. Polonia*, §§ 39 – 40.

<sup>61</sup> Art. 8: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del Paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

<sup>62</sup> Cfr. *Sentenza della Grande Camera del 19 ottobre 2005, causa 32555/96, Roche c. Regno Unito*, par. 155 ss.

<sup>63</sup> Cfr. *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 22 febbraio 1994, causa 16213/90, Burghartz c. Svizzera*.

<sup>64</sup> Cfr. *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 25 febbraio 1997, causa 22009/93, Z. c. Finlandia*.

<sup>65</sup> Cfr. *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 7 agosto 1996, causa 17283/90, Johansen c. Norvegia*.

<sup>66</sup> Cfr. *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 18 luglio 2006, causa 28867/03, Keegan c. Regno Unito*, par. 29 ss.

<sup>67</sup> Cfr. *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 25 febbraio 2003, causa 51772/99, Roemen e Schmit c. Lussemburgo*, Raccolta, 2003 – IV, par. 64.

<sup>68</sup> C. ZANGHI, “La protezione internazionale dei diritti dell'uomo”, Torino, 2006, p. 271.

<sup>69</sup> Cfr. *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 9 dicembre 1994, causa 16798/90, Lopez Ostra c. Spagna*.

<sup>70</sup> Cfr. *Sentenza della Grande Camera del 8 luglio 2003, causa 36022/97, Hatton c. Regno Unito*, Raccolta, 2003 – VIII, PAR. 116 ss.; *Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 9 giugno 2005, causa 55723/00, Fadeieva c. Russia*, parr. 104 – 105 e 116 ss.

a lavorare in esposizione a sostanze nocive cosa questa che si traduce nella promozione e accelerazione delle patologie “asbesto correlate”<sup>71</sup>.

Grave è da ritenersi la condotta dello Stato nella misura in cui obblighi le presunte vittime, lavoratori che, per diritto, dovrebbero essere collocati in pensione, a continuare a lavorare in condizioni di accresciuta pericolosità e di rischio per la salute.

Si tende a ritenere pertanto che, anche in questo caso, lo Stato abbia disatteso ai propri obblighi e creato una fattispecie idonea alla richiesta di misure provvisorie.

La potenziale inosservanza delle misure provvisorie da parte dello Stato e la giustificata invocazione di violazione dell’art. 34 della Convenzione da parte della Corte<sup>72</sup>

L’art. 34 è una norma di straordinaria portata che conferisce al ricorrente un diritto di natura processuale.

L’individuo che sia “legittimato ad agire” può ricorrere liberamente contro qualsiasi Parte contraente. La legittimazione ad agire gli viene direttamente attribuita dalla precisa condizione di potersi pretendere vittima di una violazione.

Tale disposizione, il cui richiamo in termini di violazione di misure provvisorie ha da sempre ricevuto numerose critiche da parte della dottrina che vi ravvedrebbe un semplice rapporto di subordinarietà dell’elemento sostanziale a quello procedurale<sup>73</sup>, tenderebbe ad essere violata nel caso specifico proprio a causa della morte del

ricorrente che andrebbe a vanificare il ricorso privandolo del suo “oggetto”.

Pertanto, non sembra improprio concludere che anche l’aspetto procedurale sia da considerarsi violato.

#### CONCLUSIONI

Esaminati i differenti argomenti è possibile trarre alcune conclusioni.

Anzitutto si impone una precisazione di carattere terminologico atta ad agevolare la Corte ad esaminare solo i ricorsi che presentino determinate caratteristiche.

I ricorrenti potrebbero riportare in prima pagina la dicitura: “lavoratori con patologie terminali da esposizione a sostanze nocive”.

Un’ulteriore considerazione che si impone è quella, per altro già formulata, relativa alla evidente pertinenza di questi casi con l’ambito di applicazione della tutela cautelare. Le violazioni riscontrate, “sostanziali” (artt. 2, 3 e 8 CEDU), e, “procedurali” (art. 34 CEDU), rientrano fra quelle indicate dalla Corte stessa<sup>74</sup> come idonee affinché la presunta vittima sia “legittimata” ad avanzare richiesta di adozione di misure provvisorie.

Come già affermato le soluzioni interne si presentano a tal punto inefficaci ed inefficienti da rendere spesso vano l’esercizio del diritto di ricorso da parte delle vittime.

Ciò tende a rendere assolutamente necessaria l’esistenza di una procedura da cui possa scaturire una decisione tempestiva capace di conferire ai potenziali ricorrenti la tutela di quei diritti attualmente negati.

A questo riguardo occorre far presente che in alcun modo si tenderebbe ad intaccare il principio che sottende ai rapporti fra ordinamenti. L’adozione della misura provvisoria interverrebbe, infatti, al solo scopo di creare una situazione temporanea in attesa del giudizio interno. Tale soluzione sembrerebbe essere l’unica in grado di offrire alle vittime quel ristoro “immediato” “essenziale” a sollevarle, in quanto già gravemente malate, dall’obbligo di continuare a lavorare in esposizione a sostanze che tendono ad accelerare il decorso della malattia.

71 E. BONANNI, “Lo Stato dimentica l’amianto killer. Diritti negati. Ricorso a Strasburgo”, Firenze, 2009, p. 169. Cfr. Cass. IV Sez. Pen., del 2008, causa 42128.

72 Art. 34: “1. La Corte può essere investita di una domanda fatta pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d’essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l’effettivo esercizio di tale diritto.

73 In merito a questo aspetto si tende invece a sostenere che: L’individuazione da parte della Corte dello stretto legame fra l’articolo 39 del Regolamento e l’articolo 34 della Convenzione contribuisce a rafforzare la convinzione che vi sia da parte di questa l’intenzione di trasferire “per riflesso” all’elemento sostanziale e alla materia cautelare in generale l’importanza che, da sempre, viene attribuita nel sistema convenzionale e, che è desumibile anche dalla giurisprudenza, all’oggetto della procedura. (Tesi dottorale: “Le misure provvisorie secondo la Cedu e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo”).

74 Cfr. Sentenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo, op. cit., Mamatkulov et Askarov c. Turchia, par. 104.

Viepiù che, in questo modo, si tenderebbe ad arginare, seppur non totalmente ma almeno parzialmente, la questione sollevata in più sedi<sup>75</sup>, dell'accertamento del fatto<sup>76</sup>.

Richiamate queste opportune osservazioni sembra opportuno concludere rammentando che: "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato sia parte". La norma, "pur riconoscendo la supremazia dei diritti già vigenti o di quelli che potrebbero essere successivamente riconosciuti, determina, in ogni singolo caso, l'applicazione della norma più favorevole all'individuo"<sup>77</sup>.

Inoltre la più recente giurisprudenza a cui si è fatto riferimento nel corso della trattazione<sup>78</sup> sembrerebbe essere intervenuta proprio a sostegno di tale teoria.

Pertanto, si tende a concludere che, nei casi che si sono fatti oggetto di studio, il sistema più favorevole all'individuo sembrerebbe essere proprio quello di tutela cautelare in seno alla Corte di Strasburgo.

---

75 FABIANI, E. BONANNI, "Il danno da amianto. Profili risarcitori e tutela medico - legale", Milano, 2013.

76 Vi si sollevano a tal proposito sempre numerosi problemi dato che alla lunga latenza delle patologie si lega il profondo mutamento della situazione fattuale in cui la vittima ha prestato la propria attività.

77 C. ZANGHI, "La protezione internazionale dei diritti dell'uomo", Torino, 2006, p. 168.

---

78 Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, del 23 giugno 2014, causa n. 46043/14, Pierre Lambert e altri c. Francia e Corte di Cassazione, IV<sup>a</sup> sez. pen., 08.05.2014, n. 18933.

## BIBLIOGRAFÍA

- CANÇADO TRINDADE, “Les mesures provisoires devant la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, in COHEN-JONATHAN e FLAUSS, *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, 2005, pp. 148-149.
- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto procesuale civile*, Napoli, 1933.
- COHEN – JONATHAN, *De l’effet juridique des “mesures provisoires” dans certaines circonstances et de l’efficacité du droit de recours individuel: à propos de l’arrêt de la Cour de Strasbourg Cruz Varas du 20 mars 1991*, in RUDH, 1991, p. 205.
- CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6 ed., Paris, 2004.
- Note d’information sur la jurisprudence de la Cour, n. 176, luglio 2014.
- DE SALVIA, *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell’uomo: subordinazione, sussidiarietà?*, in RIDU, 1994, p. 24.
- DE SALVIA, *Ricorrere a Strasburgo: presupposti e procedura*, Milano, Giuffrè, 2011.
- FLAUSS, *Mesures provisoires et droits fondamentaux*, COHEN-JONATHAN e FLAUSS (a cura di), *Droit et Justice*, Bruylant, 2005, p. 199.
- GAETA, *I provvedimenti cautelari nel sistema europeo di protezione dei diritti dell’uomo*, in RID, 1996, p. 34.
- QUATTROCCHI, tesi dottorale, “Le misure provvisorie secondo la Cedu e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo”.
- SACCUCCI, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006.
- ZANGHÍ, *La protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, Torino, 2006.
- Amianto
- Air Force Armament Laboratory, *Morphological Characteristics of Particulate material Formed from High Velocity Impact of Depleted Uranium Projectiles with Armor Targets. Final Report for period October 1977 – October 1978*; IARC, *Monograph vo. 14, “Asbestos”*, 1977.
- Bonanni, *Lo Stato dimentica l’amianto Killer*, Firenze, 2009.
- Fabiani, Bonanni, “Il danno da amianto. Profili risarcitori e tutela medico – legale”, Milano, 2013.
- Governa, Amati, Fontana et al., *Role of the iron in asbestos – body – induced oxidant radical generation*, in *Toxicol Environ Health part A*, 1999; 58: pp. 279 – 87.
- Gustavsson et al., “Occupational exposures and squamous cell carcinoma of the oral cavity, pharynx, larynx and oesophagus: a case – control study in Sweden”, in *Occup. Environ med.* 55, pp. 393 – 400, 1998.
- Documentazione amianto
- Gazzetta Ufficiale n. 87 del 13 aprile 1992
- Gazzetta Ufficiale n. 229 del 2 ottobre 2003
- Gazzetta Ufficiale n. 101 del 30 aprile 2008
- Legge 4 agosto 1993, n. 271
- Legge 27 marzo 1992 n. 257: norme relative alla cessazione dell’impiego dell’amianto.
- Relazione Giudice del Lavoro Tribunale di Ravenna Dott. Roberto Rivero per incontro CSM sulla formazione dei magistrati del 26.11.2008 “Il rischio amianto: le controversie in materia di maggiorazione contributiva”.

### GIURISPRUDENZA CITATA

- 6 ottobre 1977, causa 7317/75, Lynas c. Svizzera
- 7 luglio 1989, causa 14038/88, Soering c. Regno Unito
- 20 marzo 1991, causa 15576/89, Cruz Varas e altri c. Svezia
- 30 ottobre 1991, causa 13163/87, 13164/87, 13165/87, Vilvarajah e altri c. Regno-Unito
- 2 maggio 1997, causa 30240/96, D. c. Regno Unito
- 11 luglio 2000, causa 40035/98, Jabari c. Turchia
- 5 febbraio 2002, causa 51564/99, Conka e altri c. Belgio

- 8 luglio 2004, causa 48787/99, Ilascu e altri c. Moldavia e Russia
- 4 febbraio 2005, causa 46827/99 e 46951/99, Mamatkulov e Askarov c. Turchia
- 12 aprile 2005, causa 36378/02, Chamaïev e altri c. Georgia e Russia
- 10 novembre 2005, causa 26050/04, Gurbuz c. Turchia
- 10 novembre 2005, causa 24040/04, Kuruçay c. Turchia
- 10 novembre 2005, causa 8062/04, Sinan Eren c. Turchia
- 10 novembre 2005, causa 22913/04, Tekin Yildiz c. Turchia
- 10 novembre 2005, causa 7454/04, Uyan c. Turchia
- 10 agosto 2006, causa 24668/03, Olaechea Cahuas c. Spagna
- 26 aprile 2007, causa 25389/05, Gebremedhin c. Francia
- 20 settembre 2007, causa 45223/05, Sultani c. Francia
- 28 febbraio 2008, causa 37201/06, Saadi c. Italia
- 27 marzo 2008, causa 44009/05, Chtoukatourov c. Russia
- 27 marzo 2008, causa 28320/02, Guidi c. Italia
- 22 dicembre 2008, causa 46468/06, Aleksanyan c. Russia
- 24 febbraio 2009, causa 246/07, Ben Khemais c. Italia
- 10 marzo 2009, causa 39806/05, Paladi c. Moldavia
- 18 giugno 2009, causa 45603/05, Budina c. Russia
- 22 settembre 2009, causa 30471/08, Abdolkhani e Kariminia c. Turchia
- 3 dicembre 2009, causa 19576/08, Daoudi c. Francia
- 2 marzo 2010, causa 61498/08, Al Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito
- 1 aprile 2010, causa 24268/08, Klein c. Russia
- 13 aprile 2010, causa 50163/08, Trabelsi c. Italia
- 3 giugno 2010, causa 52812/07, Kamaliyevy c. Russia
- 21 gennaio 2011, causa 30696/09, M.S.S. c. Belgio e Grecia
- 5 aprile 2011, causa 25716/09, Toumi c. Italia
- 20 dicembre 2011, causa 10486/10, Yoh Ekale c. Belgio
- 10 gennaio 2012, causa 66697/10, Tamara Suzi c. Finlandia
- 17 gennaio 2012, causa 8139/09, Othman (Abou Qatada) c. Regno Unito
- 24 gennaio 2012, causa 26494/09, Ahmed Ali c. Paesi Bassi e Grecia
- 10 aprile 2012, causa 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, Babar Ahmad e altri c. Regno Unito
- 8 gennaio 2013, causa 10079/06, Jashi c. Georgia
- 23 giugno 2014, causa n. 46043/14, Pierre Lambert e altri c. Francia
- Amianto
- 12 novembre 2008, causa 42128, Sentenza della Corte di Cassazione IV Sez. Pen.
- Cassazione 21682/2004
- Cassazione Sezione Lavoro 16119/2005
- Cassazione 16119/2005
- Cassazione Sezione Lavoro n. 21256/2004; 2456/2005; 2587/2005; 1392/2005, 2582 – 83 85/2005; 16117/2005
- Sentenze del Tribunale di Terni confermate in Cassazione: 22432/2004; 22433/2004; 22435/2004; 22446/2004; 377/2004; 2243/2004; 22519/2004; 22541/2004; 22831/2004; 23524/2004; 21929 – 2031 – 32/2004; 21889 – 90 – 91/2004; 1980/2004; 4557/2004; 4550/2004; 2415/2004; 1969/2004; 4665/2004; 3463/2004; 2416/2004; 2408/2004; 2475/2004; 1974/2004; 22313 – 14 – 15 – 16 – 17 – 18/2004; 22300/2004; 21864 – 65 – 66 – 67 – 68/2004; 396/2004; 320/2004; 22156 – 57 – 58/2004; 21861/2004; 21991/2004; 22301 – 02 – 03 – 04/2004; 22079 – 80/2004; 20465/2004; 10673/2004; 21223/2004; 21330 – 31/2004; 21445/2004.
- Sentenza della Cassazione Sezione Lavoro n. 16119/2005

**LA “CAPACIDAD DE PERCEPCIÓN” DE LOS ADULTOS  
MAYORES EN LA DEFENSA DE SUS DERECHOS  
FUNDAMENTALES\***

**THE “PERCEPTION CAPABILITY” OF ELDERLY  
PEOPLE IN THE DEFENSE OF THEIR FUNDAMENTAL  
RIGHTS**

**A “CAPACIDADE DE PERCEPÇÃO” DO ADULTO  
MAIS VELHO NA DEFESA DOS DIREITOS  
HUMANOS FUNDAMENTAIS**

**Juan Manuel Ortega Maldonado<sup>a</sup>**  
juan.mom@hotmail.com

**Gabriela Mendizábal Bermúdez<sup>b</sup>**  
gabymendizabal@yahoo.com.mx

Fecha de recepción: 9 de Septiembre 2014

Fecha de revisión: 11 de Septiembre 2014

Fecha de aceptación: 24 de Noviembre 2014

## **RESUMEN**

Se parte del postulado básico reconocido por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia internacional de que si bien los adultos mayores tienen las mismas prerrogativas que cualquier adulto, también lo es que su capacidad psíquica, social, emocional y física está disminuida, por lo que el sistema jurídico debe tratarlos en forma específica para lograr la efectividad de sus derechos fundamentales. La propuesta es que el propio sistema jurídico reconozca diferentes categorías de adultos mayores y que, en consecuencia, el régimen jurídico para cada categoría sea específico. Se sugiere que esa distinción parta de aceptar el concepto: *capacidad de percepción*. Concepto que puede incorporarse en la normativa de forma objetiva, subjetiva o mixta. La primera pretendería separar

---

\*Artículo de investigación que presenta parte de los resultados de un proyecto de investigación realizado por los autores y financiado por el Gobierno Mexicano en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

a. Profesor investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México; profesor de la División de Estudios de Posgrado en Derecho de la UNAM; doctor en Derecho por la UNAM; doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.

b. Profesora investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México; doctora en Derecho por la Universidad de Viena, Austria y posgraduada en Derecho y Globalización por la Universidad de Castilla La Mancha, en Toledo, España.

a los adultos mayores simplemente de acuerdo a su edad (como actualmente lo reconoce la legislación de muchos países); la segunda, por el contrario, los distinguiría conforme a criterios de apreciación sobre esa "capacidad de percepción" y la tercera, postula una diferenciación utilizando una combinación matizada de las dos posturas anteriores.

### **PALABRAS CLAVE**

Capacidad de percepción, adultos mayores, legislación, edad biológica, derechos fundamentales y sociales.

### **ABSTRACT**

The authors start from the basic premise recognized by Law, doctrine and international jurisprudence, while older adults have the same rights as any adult, they also have their mental, social and physical abilities diminished, thus the legal system should treat them in a specific way for the realization of their Fundamental Rights. What authors propose is that the legal system itself should recognize different categories of older adults and that the laws should be specific for each category. The authors suggest these differential categories to be developed based on the concept of "perception capability". This concept can be incorporated into the regulations in any of the following ways: objective, subjective and mixed. The first would seek to separate the elderly according to their age (as the current legislation in many countries does); the second, by contrast, distinguishes the elderly according to assessment criteria based on perception capability and the third proposes a differentiation using a nuanced combination of the above mentioned two approaches.

### **KEY-WORDS**

Perception capability, older adult, elderly.

### **RESUMO**

Levando em conta o postulado básico reconhecido pela legislação, a doutrina e a jurisprudência internacional de que os adultos mais velhos têm as mesmas prerrogativas que qualquer adulto, também é certo que a sua capacidade social, emocional e físico-mental é diminuída; portanto o sistema jurídico deve

tratá-los especificamente para alcançar a realização dos seus direitos fundamentais. A proposta é que o próprio sistema jurídico tem de reconhecer diferentes categorias de adultos mais velhos e que, por conseguinte, o regime jurídico para cada categoria seja específico. Sugere-se que esta distinção baseie-se em aceitar o conceito: "capacidade de percepção". Conceito que pode ser incorporado aos regulamentos de forma objetiva, subjetiva ou mista. A primeira buscaria separar os idosos simplesmente de acordo com sua idade (como atualmente reconhece a legislação de muitos países); a segunda, por outro lado, iria distingui-los de acordo com os critérios de apreciação sobre a "capacidade de percepção", e o terceiro postula uma diferenciação sutil, usando uma combinação das duas posições anteriores.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Capacidade de percepção, adultos mais velhos.

### **INTRODUCCIÓN**

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos los adultos mayores son titulares de idénticos derechos constitucionales como cualquier otro ciudadano. No obstante ello, algunos adultos mayores poseen en muchos casos una capacidad psíquica y física en franco deterioro, lo cual reduce sus posibilidades de ejercer y disfrutar en plenitud de todos esos derechos.

De esta afirmación podemos derivar dos puntos de partida. Por un lado, hay que contar con que los adultos mayores no pueden ejercer desde el momento en que empiezan a serlo algunos derechos fundamentales de la misma manera en que podían hacerlo antes, especialmente aquéllos que requieren cierta manifestación física (como el derecho de expresión en manifestaciones públicas) o el derecho a la administración de justicia (que exige fortaleza moral). Se trata de una capacidad que se va deteriorando con el proceso paulatino del envejecimiento. Por otra parte, es un hecho irrefutable que los adultos mayores son más vulnerables y, por lo mismo, requieren mayor protección.

De estas reflexiones cabe, a su vez, inferir dos aseveraciones básicas. La primera, el alcance del ejercicio de los derechos fundamentales por los adultos mayores debe ser precisado en atención a



sus características específicas. En este contexto es esencial no olvidar que tales matizaciones podrían hacer peligrar la universalidad de los derechos y libertades, por lo que habrá que ser sumamente cautos en este terreno.

Asimismo, en segundo lugar, es preciso considerar que los adultos mayores requieren un especial cuidado y protección de sus familiares, del Estado y de la sociedad en atención a su vulnerabilidad.

En tales condiciones, el objeto de este trabajo consiste en una aproximación a cómo se enfrenta -y cómo debería enfrentarse- nuestro ordenamiento a estos dos problemas. En el ámbito regulatorio se ha emprendido en México una importante reforma legislativa en materia de adultos mayores desde hace algunos años que nos permitirá reflexionar un poco más.

Sin embargo, se hace necesaria una aproximación constitucional ya que ésta es omisa hasta ahora en dispensar expresamente derechos especiales a los adultos mayores. Además, el modelo constitucional federal posee un especial interés para los ordenamientos estatales y municipales.

A esto se suma el hecho de que el paulatino proceso de integración jurídica latinoamericana, a través de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los pronunciamientos de la Corte Interamericana impone el conocimiento, o por lo menos la aproximación, al marco normativo en materia de derechos humanos del continente. No olvidemos que la Constitución Política mexicana fue reformada recientemente y, con ello, se ha impuesto un “nuevo sistema jurídico”, en el que los Derechos Humanos tienen un rol primordial.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Los adultos mayores en México son tratados jurídicamente en forma igual; sin embargo, este trato igualitario lo único que origina en realidad es un trato discriminatorio para aquellos adultos mayores que sufren una severa disminución de sus facultades físicas, psíquicas, emocionales y sociales con relación a otros adultos mayores que no tienen estos problemas. Conviene descartar aquellas situaciones en las que los adultos mayores sufren de una discapacidad objetiva o que han sido declarados incapaces. Nos referimos

a aquellos adultos mayores que la legislación los declara aptos. Un adulto mayor no tiene las mismas capacidades a los 60 años que a los 90 años, ni tampoco las tiene un adulto mayor indígena que otro que no tiene esa condición. Pero a pesar de ello el sistema jurídico los trata en forma igualitaria. Por ello es dable cuestionarse ¿Debe el régimen jurídico de cada país hacer una distinción en cuanto al trato que le da a los adultos mayores, en relación a su capacidad de percepción y la protección de sus derechos fundamentales?

Dicho de otro modo, cómo lograr que la normatividad mexicana considere específicamente a los adultos mayores disminuidos considerablemente de sus capacidades físicas y psíquicas, quienes no tienen representante legal para ejercer sus derechos fundamentales, para que no estén en desventaja con los adultos mayores en plenitud.

## METODOLOGÍA

Para desarrollar el trabajo en un primer momento se utilizó el método analítico, pues se partió de estudiar los actuales enfoques del principio de igualdad y no discriminación que regula el sistema jurídico; seguidamente se utilizó el método comparativo para acreditar que existen diferencias emocionales, físicas, psíquicas y sociales entre los adultos mayores, distinciones que han sido ya puestas de relieve por otras disciplinas científicas. Posteriormente describiremos el concepto “capacidad de percepción” y la necesidad de su reconocimiento por el sistema jurídico.

Enseguida se postula que la normatividad está obligada a reconocer estas diferencias y a crear categorías jurídicas distintas y para ello utilizamos el método analógico con el propósito de obtener conclusiones similares a las que el sistema jurídico estableció para distinguir entre menores de edad, entre personas con alguna discapacidad, entre la población indígena y la que no lo es y entre mujeres y hombres. Finalmente, se establece que este concepto resultaría de primera importancia tanto para los tribunales como para las autoridades administrativas en la efectiva defensa de los derechos fundamentales de los adultos mayores.

## 1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN FRENTE A LOS ADULTOS MAYORES

Si bien es cierto que estos conceptos están estrechamente vinculados, también lo es que no son idénticos, aunque sí complementarios. La idea de que no deben establecerse, ni permitirse distinciones entre los derechos de las personas con base en su nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social es consecuencia de que todas las personas son iguales; es decir, la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que se reconocen a quienes no se consideran en tal situación de inferioridad. Así pues, no es admisible crear diferencias de trato entre seres humanos que no correspondan con su única e idéntica naturaleza.

Sin embargo, como la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Por tanto, la igualdad prevista por el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, más que un concepto de igualdad ordena al legislador no introducir distinciones entre ambos géneros y, si lo hace, éstas deben ser razonables y justificables.

El Máximo Tribunal mexicano, en pronunciamientos muy recientes, se ha venido refiriendo a este postulado con la denominación de "discriminación positiva o acción afirmativa"<sup>1</sup>. De esta forma ha establecido que la discriminación puede operar de manera legal o de hecho, por objeto o resultado (directa o indirecta), o a través de la omisión de adoptar medidas temporales diferenciadas para responder o evitar perpetuar situaciones de discriminación estructural.

Además, la discriminación puede tener un efecto único en el tiempo o puede operar también de manera continuada.

Si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, puesto que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma estén en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado.

En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se están en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Dicho de otra manera, el postulado de igualdad que recoge la Constitución no exige que en México todos debamos ser iguales, al estilo que proponían las teorías comunistas más radicales. La misma Carta Fundamental reconoce diferencias materiales y económicas entre los mexicanos; pero lo que sí reconoce es la aspiración de todos a las mismas oportunidades económicas, culturales, educativas, sociales, políticas, etcétera.

Ahora bien, es verdad que el legislador posee libertad de configuración para regular la situación del adulto mayor; dicha facultad está limitada por los mandatos constitucionales y el reconocimiento de derechos humanos desde la Constitución y los tratados internacionales suscritos por México.

<sup>1</sup> Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 3 C (10a.). Página: 2364. Registro electrónico: 2001828

Por eso, como lo anota la Suprema Corte:

“(…) el principio de igualdad y no discriminación aplica de manera transversal a los demás derechos humanos, y cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia en el ejercicio de dicho derecho que, además, se encuentre basada en alguna de las categorías prohibidas, constituye una violación del derecho citado...”<sup>2</sup>.

Así pues, tenemos que apuntar que existe un principio general de igualdad contenido en la Constitución Federal. Ésta alude en diversos artículos a este principio, por lo que en realidad, si bien se observa, la propia Constitución no es sino un listado de propósitos de igualdad, los cuales pueden analizarse desde tres perspectivas diferentes<sup>3</sup>.

**1. Igualdad en la ley.** La ley no debe establecer desigualdades, es decir, debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Este es el propósito de los artículos 1º, 4º, 12, 31, fracción IV, 132, 17 y 28 de la Norma Fundamental. El primero de ellos indica:

“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

**2. Igualdad por la ley.** En este sentido la ley debe ser observada como instrumento para lograr la igualdad de las personas, corrigiendo las desigualdades económicas, políticas, sociales o de cualquier otra naturaleza, que imperan en un espacio y lugar determinado. A través de esta igualdad se busca la justicia social. En esta línea cabe señalar que este principio tiene también como propósito remover los obstáculos para que todos tengan el pleno desenvolvimiento de su personalidad y la protección de su dignidad, lo que significa generar un derecho social que proteja en forma sistemática a los menos favorecidos.

<sup>2</sup> Tesis: 1a. CCLVIII/2014 (10a.) de fecha 04 de julio de 2014.

<sup>3</sup> ORTEGA MALDONADO, Juan. *Lecciones de Derecho Fiscal*; Editorial Porrúa, México; 2012, p. 158.

La Constitución Federal busca este propósito a través de los artículos 2º, 3º, 4º, 25, 27, 28, 123, etcétera. El profesor MORENO PADILLA escribe: “El Estado debe ser impulsor de las estructuras sociales, para que a través del derecho, toda la sociedad participe del cambio. Se trata de la igualdad como transformación social”<sup>4</sup>.

**3. Igualdad ante la ley.** Significa que la norma debe ser aplicada con criterio de estricta igualdad, a todos los afectados por ella. Aplicación que permite al operador jurídico valorar la “capacidad de percepción” del adulto mayor.

## 2. ETAPAS BIOLÓGICAS, PSICOLÓGICAS Y SOCIALES ENTRE LOS ADULTOS MAYORES

El estudio del envejecimiento humano se ha realizado por diversas ciencias (entre ellas la biología, la psicología y la sociología, como ahora veremos) que pretenden explicar el origen, las características y las fases que presenta. Ello, por un lado, ha enriquecido el análisis del fenómeno, pero, por otro, lo ha hecho más complejo pues no existe coincidencia en los conceptos ni en la metodología aplicados.

Lo cierto es que el proceso de envejecimiento es afectado por varios factores. Como bien lo apunta Berenice Bracho, “...envejecer es un proceso multifactorial (integrado por cambios endógenos y exógenos) que impone la indefectible pérdida o limitación de las capacidades y habilidades del individuo...”<sup>5</sup>.

### 2.1. Edad biológica

Se refiere a la edad cronológica y “se ha asociado a los efectos de las variables que tiene consecuencias tanto madurativas como degenerativas en el cuerpo humano”<sup>6</sup>. Según este criterio, la vejez se define a partir de los 60 o 65 años. “Desde esta perspectiva, el envejecimiento lleva consigo cambios en la posición del sujeto en la sociedad, debido a que muchas responsabilidades

<sup>4</sup> MORENO PADILLA, Javier; *El Principio de Igualdad en el Derecho Tributario; en la obra Principios Tributarios Constitucionales*; TFF; México; 1989. p. 279.

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ BRACHO, Amalia. “Protección a las personas adultas mayores y en situación de dependencia en Morelos”; Tesis Doctoral, defendida el 30 de junio de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; p. 13 y 24.

<sup>6</sup> VEGA VEGA, José y BUENO MARTÍNEZ, María. *Desarrollo Adulto y envejecimiento*; Ed. Síntesis, Madrid, 1999, p. 36.

y privilegios sobre todo aquellos asociados al empleo, dependen de la edad cronológica"<sup>7</sup>.

En atención a este criterio, en la Unión Europea se aplica, para efectos legales y de servicios sociales, una división de las personas adultas mayores como de la tercera y cuarta edad.

La tercera edad inicia a los 65 años y finaliza a los 80, en este grupo identifican a las personas que se encuentran relativamente saludables que pueden o no haberse retirado de la actividad laboral y buscan, ante esa desocupación, usar el tiempo libre con sentido, también los denominan viejos jóvenes.

La cuarta edad se extiende desde los 80 años en adelante y la han subdividido a su vez en dos grupos más que lo integran del modo siguiente:

- a) Por el grupo integrado por los viejos-viejos, personas de 80 a 95 años de edad, en el que se integran algunas personas activas, aunque la mayor parte requiere servicios sociales y sanitarios de apoyo, así como ayuda económica.
- b) Los muy viejos y los centenarios, es el grupo integrado por personas que rebasan los 95 y 100 años de edad y que por el deterioro físico seguramente requieren servicios sociales, sanitarios y ayuda, en función del grado de dependencia de otras personas para sobrevivir.

Paula Aranibar señala que si se estudia la vejez a partir de la edad como elemento orientador es posible reconocer que en la medida en que "aumenta el grado de modernización de las sociedades, disminuye la valoración social de la vejez"<sup>8</sup>.

## 2.2. Edad psicológica

Estudiar la edad psicológica de los adultos mayores implica el análisis de las "capacidades del

individuo para una conducta adaptativa"<sup>9</sup>, implica actitudes y aptitudes respecto al proceso de envejecimiento en el que participa la percepción subjetiva de la persona, toda vez que envejecer es una experiencia individual que involucra no sólo el "recuerdo del pasado, también exige de la persona la capacidad de orientarse rápidamente en el presente utilizando la experiencia personal y ajena, de hecho irreplicable, así como los conocimientos adquiridos"<sup>10</sup> para estar en condición de adaptarse al entorno en constante cambio.

Por eso es válido afirmar junto a Vega y Bueno que "...no hay una edad psicológica única sino tantas como ambientes concretos tengan que afrontar las personas..."<sup>11</sup>.

La edad psicológica tiene íntima relación con la edad cronológica en el sentido que al presentarse cambios y disminución en diferentes capacidades como la audición o la visión, esto puede suponer alteraciones o dificultades para una adecuada percepción del mundo que rodea al adulto mayor. Por ejemplo, en el caso específico de la pérdida progresiva de la capacidad auditiva, la persona queda poco a poco aislada de su entorno, originando un retraimiento y una soledad involuntaria.

También se presentan cambios en la capacidad motriz, hay mayor lentitud para el desplazamiento y aparecen enfermedades crónicas degenerativas como la artrosis; lo anterior, en conjunto, va a derivar en una disminución de la autonomía funcional de la persona y por tanto en una cada vez mayor dependencia de otras personas.

Es claro que estos casos pueden derivar en un impacto o afectación en el área psicológica del individuo; la mente de una persona adulta mayor puede encontrarse en perfectas condiciones de salud, sin embargo, la creciente dependencia de alguien más para moverse o para conectarse con su entorno ante una visión o audición disminuida, podrían impactar en la autoestima del sujeto.

Pero no sólo eso, sino también puede conducir a una *desvinculación del individuo* que

7 HUENCHUAN, Sandra y RODRÍGUEZ PIÑERO, Luis; *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, CEPAL, ONU, Santiago de Chile, 2010, p. 14.

8 ARANIBAR, Paula; *Acercamiento conceptual a la situación del adulto mayor en América Latina*; Serie Población y Desarrollo, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, División de Población de la CEPAL, Área de población y desarrollo de la CELADE, Chile, 2001, p. 13.

9 KRASSOIEVITCH, Miguel; *Psicoterapia Geriátrica*, Colección de Psicología, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 23.

10 *Ibidem*. Pág. 12

11 VEGA, José Luis, Bueno, Belén; *op. cit.*, p. 43.

se caracteriza por un alejamiento mutuo en el que la persona mayor reduce voluntariamente sus actividades y compromisos. A esta de por sí difícil situación se adiciona el hecho de que la sociedad estimula la segregación generacional presionando, entre otras cosas, para que la gente mayor se retire del mercado laboral y de la vida en sociedad.

Esta noción atiende especialmente a la percepción no sólo que el individuo tiene de sí mismo como persona frente a su proceso de envejecimiento, sino también ante los prejuicios de su entorno social que lo identifican como viejo, imponiendo cambios en su personalidad, en las metas que se traza y en las oportunidades a las que puede tener acceso.

### 2.3. Edad social

La edad social puede bien conceptualizarse como:

(...) una construcción que incluye a un conjunto de valores y símbolos culturales que la sociedad define y determina lo que considera el deber ser de las personas adultas mayores, es decir, son las expectativas que tiene su entorno social, para con los miembros de su grupo etario<sup>12</sup>.

De lo expuesto se advierte que la vejez no tiene únicamente un sentido biológico, sino también el significado que el grupo social le asigna a ser viejo, lo que influye en la percepción subjetiva de la persona adulta mayor, estableciendo las actitudes y conductas que se consideran adecuadas para una determina edad.

Además, la sociología ha hecho aportaciones importantes para la explicación de la edad social de los adultos mayores. Es así como se revela: a) la noción o tesis funcionalista sobre el envejecimiento, b) la noción de la economía política del envejecimiento y c) la teoría de la dependencia estructurada.

La primera considera a la vejez como “una forma de ruptura social y, en términos de la teoría del rol, como una pérdida progresiva de funciones”<sup>13</sup>. Este enfoque ha dado como resultado, por lo menos en el plano de la

ciencia jurídica, entre otras anomalías, que sólo se haya estudiado a la vejez como un grupo económicamente dependiente, una carga para los sistemas de seguridad social y de salud y al que sólo se le podía mirar a través del asistencialismo.

Respecto a la noción de economía política de la vejez, se ha propuesto como un factor de análisis fundamental para comprender la situación de los adultos mayores la “posición y la calidad de vida que el individuo guarda en el mercado de trabajo al momento de la jubilación”<sup>14</sup>, que parece obvio es un enfoque capitalista. Se ha criticado esta postura pues no resulta acertado sostener que a los adultos mayores se les coloque sólo en una categoría social caracterizada por la desvinculación del sistema productivo y la falta de tributación a la seguridad social.

Con relación a la noción de dependencia estructurada, esta tesis expresa que el problema radica en el individualismo en el que vivimos. Esta forma de vida desvincula al sujeto de la actividad económica y que al final de sus días por eso representa una carga para la población activa. Por eso propone que se debe cuidar el sistema social en general, es decir, el cuidado y responsabilidad ante las personas adultas mayores debe provenir de la sociedad en su conjunto, lo que evitará la exclusión de estos.

Como hemos visto en el presente recorrido, la edad de los adultos mayores puede ser abordada desde diversos puntos de vista. Ahora comprendemos que ser un adulto mayor no sólo se presenta cuando se cumplen 60 años, sino que también existe una edad psicológica y una edad social que pueden ser coincidentes o no. Que, además, existen distintas etapas de la vejez plenamente identificadas. Pese a la ausencia de una idea generalizadora, lo importante es que nos permiten acercarnos al fenómeno del envejecimiento desde la perspectiva jurídica.

En efecto, a través de las normas que un Estado integra en su ordenamiento nacional es posible analizar cómo se diseñan no sólo las políticas públicas sino, sobre todo, cuál es la forma en que se concibe el fenómeno y cómo se comprende y aplica al grupo de los adultos mayores.

<sup>12</sup> KRASSOIEVITCH, Miguel; *op.cit.* p. 23

<sup>13</sup> Cfr. HUENCHUAN, Sandra, *ob. cit.*, p. 19-20

<sup>14</sup> Cita de HUENCHUAN, Sandra; *ob. cit.* p. 20.

### **3. LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD DE PERCEPCIÓN A EFECTOS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **3.1. Concepto y contenido de la capacidad de percepción**

Como ya se advirtió con antelación, según los artículos 1 y 4 de la Constitución Federal mexicana, todas las personas somos iguales ante la ley, pero este principio de igualdad no exige, sin embargo, un trato idéntico a todos.

El no discriminar significa a menudo tener en cuenta las peculiaridades que obstaculizan o impiden la igualdad material. Sería ilógico e injusto no considerar que los adultos mayores posean una capacidad física y psíquica distinta al resto de los demás adultos.

No cabe ninguna duda de que los adultos mayores, son desde ese momento, titulares de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. La diferencia reside en el ejercicio de los mismos. Nos enfrentamos, pues, a una situación que en nuestra opinión sólo puede ser abordada de manera eficaz a partir de nuevos conceptos jurídicos, sin desconocer que posiblemente pueda bordarse también a partir de mecanismos de ejecución del orden normativo, sin que por el momento podamos ocuparnos de estos últimos.

Por eso insistimos en que una mejor aproximación puede venir de la mano del concepto "percepción" que nos ofrece la psicología y para convertirlo al sistema jurídico bien lo podemos denominar como capacidad de percepción. Este concepto implicaría la capacidad de orientarse rápidamente en el presente utilizando la experiencia personal y ajena, para estar en posibilidad de adaptarse al entorno en constante cambio. Este enfoque se centra en la forma en que las personas adultas mayores responden a las condiciones que les toca vivir; buscando la solución a sus problemas, aceptando y asumiendo pérdidas inevitables de forma que puedan seguir sintiéndose satisfechos e interesados en su existencia. Capacidad de percepción que podría medirse de diversas formas, según veremos.

Por el momento interesa destacar que esa capacidad de percepción está estrechamente vinculada con el ejercicio de los derechos fundamentales o la dependencia de dicho ejercicio a una determinada edad. Esta precisión debe ser hecha en forma muy cautelosa a fin de no dañar la universalidad de los derechos fundamentales.

No debemos olvidar que los adultos mayores, a diferencia de los menores, han pasado de ser considerados sujetos de pleno derecho (antes de los 60 años) a sujetos de protección (a partir precisamente de su consideración de personas con una capacidad disminuida).

A pesar de su relevancia, los derechos humanos no están plenamente garantizados de manera efectiva para los adultos mayores. Ello debido a que tales derechos fueron diseñados por adultos y pensados para adultos, pero no por adultos mayores. Si reconocemos que los adultos mayores son personas diferentes a los adultos, en consecuencia sus derechos fundamentales debieran ajustarse a partir de las características específicas de este colectivo.

#### **3.2. Capacidad de percepción y sistema jurídico**

El desarrollo del adulto mayor se da a lo largo de etapas, como ya indicamos, cada una de las cuales se caracteriza por la pérdida gradual de habilidades cognitivas, facultades físicas y determinadas características emocionales. En suma, se va perdiendo esa capacidad de percepción. De esta forma, la pérdida de las habilidades se va presentando de manera progresiva, lo que supone que según la etapa en la que se encuentre el adulto mayor, le será posible llevar a cabo ciertas operaciones mentales y tendrá determinadas características emocionales, y le será imposible realizar o tener otras.

Las habilidades cognitivas, sus facultades físicas y las características emocionales son de carácter estructural, es decir, no están sujetas a la voluntad de la persona (no son modificables), sino que se encuentran asociadas a la disminución de su desarrollo. Al respecto, es importante tener presente que si bien el nivel de desarrollo determina las capacidades que un adulto mayor puede desplegar, no es lo mismo que la edad cronológica. Ésta no necesariamente

es coincidente con el nivel de desarrollo, de ahí que no deba ser el criterio a partir del cual se determine el posible nivel de desarrollo de una persona adulta mayor.

Pues bien, las características específicas del adulto mayor impactan de forma significativa en la forma en que rinde su testimonio, en sus habilidades para comprender el lenguaje hablado, en su capacidad para elaborar un relato de manera coherente y ordenada, o para recordar los hechos de manera precisa y suficiente, en la manera como controlar las emociones para sobrellevar una situación que le provoca angustia, en su capacidad de mantener la atención y concentración durante una diligencia judicial, cierta actividad administrativa, entre otros aspectos.

De ahí la necesidad de impulsar medidas especiales necesarias para que la participación de los adultos mayores en la defensa de sus derechos fundamentales sea idónea, garantizando de esta manera su pleno desarrollo.

Adicionalmente, los adultos mayores son considerados un grupo en situación de vulnerabilidad, entendiéndose por ello aquellas personas que por su particular condición, como es la edad, género, color, raza, origen étnico, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier tipo, origen nacional, posición económica o condición social se encuentran en riesgo de que se vulneren sus derechos humanos.

Para el caso de los adultos mayores, el principal factor de vulnerabilidad es su edad, lo que no impide que además de ésta, tengan características adicionales que los coloquen en una situación de vulnerabilidad agravada, por ser adicionalmente mujer, indígena, tener una discapacidad o ser migrante, etc.

El hecho de que los adultos mayores sean considerados como grupo vulnerable por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no implica de ninguna manera que deban ser tratados únicamente como objetos de protección por parte del Estado. Por el contrario, deben volver a verse también como sujetos plenos de derechos.

Que los adultos mayores sean un grupo vulnerable conlleva para el Estado el impulso de medidas de protección especiales que les permitan el ejercicio de sus derechos. En otras

palabras, la obligación del Estado de cara a los derechos del adulto mayor demanda también de una obligación reforzada para que esos derechos puedan concretarse en la realidad.

Por lo anterior, el Estado tiene el deber de garantizar los derechos de los adultos con una serie de medidas especiales, lo cual también supone la adopción de una serie de medidas especiales que permitan que los adultos mayores puedan verdaderamente ejercer estos derechos.

### 3.3. La capacidad de percepción en las distintas manifestaciones de envejecimiento

Este enfoque, de cualquier forma, debe tomar en cuenta tres nociones fundamentales en los adultos mayores, como bien lo anota Caro López<sup>15</sup>: envejecimiento físico, envejecimiento biológico y envejecimiento social o cultural.

El envejecimiento físico está marcado por cambios en la apariencia física de las personas, entre ellos la pérdida de la elasticidad de la piel, adelgazamiento y decoloración del cabello, cambio en el tono de voz y aumento de las áreas de pigmentación, entre otros.

El biológico se manifiesta en niveles de trastorno o deterioro funcional y está íntimamente ligado al envejecimiento físico, ya que un número importante de los cambios que tienen lugar en los adultos mayores son resultado del deterioro de los sentidos y órganos, como disminución de la vista, de la capacidad auditiva, de la memoria o baja del rendimiento cardíaco.

El envejecimiento social o cultural corresponde a las actitudes y conductas sociales que se consideran adecuadas para una determinada edad; es decir, se refiere a la forma en cómo las culturas construyen la imagen de lo viejo y del anciano y a la asignación de roles y posiciones que establece la sociedad para los adultos mayores.

Existen múltiples factores externos como la alimentación, enfermedades, ejercicio, contaminación, condiciones de trabajo, etcétera, que contribuyen al retraso o aceleración de los

<sup>15</sup> CARO LÓPEZ, Elizabeth; "Nuevas Políticas para Adultos Mayores: El caso del Distrito Federal. De la asistencia a la participación social; en Revista de Administración Pública, N° 109, p. 76.

diferentes tipos de envejecimiento, por lo que éste se da en diferente grado y forma para cada persona.

Ello se afirma porque si de lo que se trata es de analizar las aptitudes de una persona adulta mayor para defender sus derechos fundamentales, entonces debemos convenir en que se hace necesario referirnos a la noción de "capacidad de percepción" para la defensa efectiva de los derechos humanos de los adultos mayores.

### 3.4. Capacidad de percepción y derechos fundamentales

Siguiendo este trazo, podemos distinguir entre la actuación jurídica y la actuación física o natural. En el campo de la actuación jurídica son los límites fijados legalmente los que determinan la capacidad de ejercicio. En este sentido cabe señalar los derechos fundamentales recogidos en los artículos 4 (protección constitucional del matrimonio y la familia), 14 y 27 (derecho a la propiedad privada y a heredar).

En cuanto a las actuaciones no reguladas formalmente, por el contrario, la capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales depende únicamente de las facultades psíquicas de cada persona. Es el caso de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 3 (derecho a la educación), 6 (libertad de expresión), 8 (derecho de petición), 16 (derecho a la privacidad de las comunicaciones), y otros. Todos estos derechos mantienen una estrecha dependencia respecto del grado de percepción individual.

Por eso nos pronunciamos en contra del requisito de una edad determinada, ya que esta solución no toma en cuenta el progresivo deterioro de la personalidad del adulto mayor. No es lo mismo una persona de 60 años (que es la edad mínima para ser considerado adulto mayor), que una persona de 90 años. De la misma manera en que no puede afirmarse el mismo nivel de madurez intelectual y emocional de un niño de 8 años y uno de 16.

### 3.5. Conflictos del adulto mayor con los poderes públicos y con sus familiares

Ahora bien, pueden surgir conflictos en dos ámbitos: en la relación directa del adulto mayor

respecto a los poderes públicos, circunstancia para la que la ley no contempla limitación alguna por motivos de disminución de facultades y en el derecho y obligación de los familiares al cuidado de los adultos mayores, que puede conducir de forma progresiva con el transcurso del tiempo a colisiones con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de la educación o de cualquier otro derecho del adulto mayor.

La relación de un adulto mayor con el Estado se desarrolla principalmente en el marco de instituciones públicas como el DIF<sup>16</sup>, pero aquella también se hace patente cuando el adulto mayor participa, por ejemplo, en una manifestación. Especialmente conflictivo puede ser la "capacidad de percepción" a efectos de los derechos fundamentales frente al derecho de los familiares de cuidado del adulto mayor. La constante e imparable disminución del grado de percepción de un adulto mayor, conlleva irremediablemente un correlativo aumento del derecho-obligación de sus familiares a su cuidado.

Que el bienestar del adulto mayor deba ser la pauta de decisión que trace la difícil frontera entre los derechos de aquéllos y de sus familiares, o que estos familiares tengan la obligación de ejercer todos aquellos aspectos de su deber de cuidado y protección desde el principio fundamental de respeto a la dignidad de la persona, son efectivamente criterios muy notables a considerar; que aunque no excluyen el conflicto, si muestran que tropezamos con los límites de la esfera privada de la familia.

Resumiendo esta primera parte del trabajo, podemos decir que los adultos mayores siguen siendo titulares o sujetos de los derechos fundamentales, pero no sería realista ignorar la progresiva reducción de sus aptitudes morales, intelectuales y físicas, pues estas tienen decisivas consecuencias para el ejercicio consciente de los derechos fundamentales. ¿Qué sentido real puede tener, por ejemplo, el derecho a la propiedad, si un individuo no tiene la capacidad de razonar con claridad sus alcances? A dar una respuesta a esta problemática debe contribuir el concepto

<sup>16</sup> Se trata de las iniciales de una institución pública que significan literalmente Desarrollo Integral de la Familia, y que en realidad constituyen todo un Sistema con ese propósito a nivel nacional y local.



de “capacidad de percepción” para efectos de los derechos fundamentales.

En los conflictos entre los adultos mayores respecto al Estado o a los familiares, sería tal vez lo más conveniente, a pesar de la dificultad de su aplicación práctica, atender al grado de *capacidad de percepción* de cada adulto mayor, jugando el bienestar del anciano y el principio de máxima libertad posible como criterios decisivos. Las obligaciones de los poderes públicos del Estado comprenden un especial deber de protección de los derechos de los adultos mayores.

No obstante la verdadera demostración de que un derecho está vigente y es efectivo la proporciona exclusivamente su garantía procesal. La posibilidad de invocarlo a los tribunales. Aquí también son aplicables los principios citados en el párrafo anterior. Los problemas más agudos se hallan, sin embargo, cuando a esa capacidad de ejercicio se le añan consecuencias económicas. En razón de la especial vulnerabilidad y necesidad de protección del adulto mayor, la legitimación para la interposición de los medios de defensa únicamente se debe regir por un principio de máxima autonomía mientras no le suponga un perjuicio eco.

#### 4. SOBRE LA NECESIDAD DE DIFERENCIAR ENTRE LOS ADULTOS MAYORES

##### 4.1. Del reconocimiento de las desigualdades de hecho entre los adultos mayores

La existencia de desigualdades de hecho en el ejercicio de cualquier derecho fundamental de los adultos mayores, impone la necesidad de hacer una distinción en el trato. Si bien pudiera cuestionarse argumentado la vulneración del principio de igualdad y no discriminación<sup>17</sup>, en

<sup>17</sup> De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos la discriminación es toda exclusión, privilegio o restricción –que carece de objetividad y razonabilidad– que implica un detrimento de los derechos humanos. La igualdad, por su parte, es una característica esencial de la persona que se desprende de la dignidad humana, de acuerdo con la cual es incompatible considerar a un grupo como superior y tratarlo con privilegio o, a la inversa, considerarlo inferior y tratarlo con hostilidad. Cfr. Corte IDH. OC18/03 Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 87. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/02 Condición jurídica y derechos humanos del niño. 28 de agosto de

tanto se trata de una distinción fundamentada en desigualdades reales, se vuelve indispensable para el ejercicio pleno estos derechos y para no transgredir el principio de igualdad y no discriminación.

Reconociendo que los adultos mayores, a partir de sus características propias de desarrollo cognitivo, emocional y social, no son iguales a otros adultos (los menores de 60 años) e incluso, entre otros adultos mayores (los mayores de 80 y 95 años), y que, en consecuencia, no pueden ejercer algunos derechos en las mismas condiciones que aquellos, el Estado se encuentra obligado a hacer una distinción de trato.

Debemos recordar, junto al Supremo Tribunal del país, que: “...el principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará... permitido o, incluso, constitucionalmente exigido...”<sup>18</sup>.

Con el fin de cerrar este apartado diremos que para poder cumplir con este principio de igualdad y no discriminación, el legislador no sólo está facultado, sino que tiene obligación de crear categorías o clasificaciones de adultos mayores, a condición de que éstas no sean caprichosas o arbitrarias, o creadas para hostilizar a determinadas clases o universalidades de ciudadanos, esto es, que se sustenten en bases objetivas que justifiquen el tratamiento diferente entre una y otra categoría, y que pueden responder a finalidades económicas, psicológicas, biológicas, sociales o razones de política social.

Sostenemos que algunas de las directrices que pueden tomarse en cuenta para esa clasificación, serían las que más adelante se proponen.

##### 4.2. La igualdad en la Ley y los adultos mayores

Este mecanismo de clasificación entre los adultos mayores al que nos referimos debe necesariamente aparecer en ley. Advertimos que la ley ordinaria (Ley del Adulto Mayor)

<sup>2002</sup>. Serie A No. 17, párr. 45.

<sup>18</sup> Tesis de jurisprudencia 55/2006 emitida por la Primera Sala de la SCJN, Septiembre de 2006., tomo XXIV, SJF.

es irrespetuosa del principio de igualdad y no discriminación por agrupar a todos los adultos mayores después de los 60 sin hacer distinciones entre ellos, siendo que tales distinciones existen. Estimamos que esta ley debe reconocer una clasificación de los adultos, según su grado de vulnerabilidad.

Entendemos que legislar implica necesariamente clasificar y distinguir casos que en cualquier medida legal clasificatoria opera una afectación de expectativas o derechos. Sin embargo, cuando las autoridades se ven llamadas a actuar como garantes del principio de igualdad y no discriminación, ello las obliga a examinar rasgos adicionales a los que se consideran cuando se contempla la cuestión desde la perspectiva de los derechos sustantivos involucrados.

Así, aunque se haya concluido que una determinada regulación limitadora de derechos no es excesiva sino legítima, necesaria y proporcional, justificada por la necesidad de armonizar las exigencias normativas derivadas del derecho alegado por un adulto mayor, por ejemplo, todavía puede ser necesario analizar, bajo el principio de igualdad, si las cargas que esa limitación de derechos representa están repartidas utilizando criterios clasificatorios legítimos y suficientes.

Esto es, aunque una norma legal sea adecuada en el sentido de representar una medida globalmente apta para tratar de alcanzar un determinado fin, puede tener defectos de sobre-inclusión o de infra-inclusión (como es el caso de los adultos mayores de estar todos incluidos en la misma categoría a partir de los 60), de los que derive una vulneración del principio de igualdad y no discriminación. La clasificación deberá entonces estar basada en la vulnerabilidad del individuo y no necesariamente en la edad.

Incluso, en algunas ocasiones, por el tipo de criterio usado por la Ley del Adulto Mayor (origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas) o por la extensión e intensidad de la incidencia en el goce de un derecho fundamental, será necesario examinar

con especial cuidado si los medios (distinciones inexistentes) usados por el legislador son adecuados y suficientes a la luz del fin perseguido.

#### **4.3. Sobre la intensidad en el escrutinio del principio de igualdad para los adultos mayores**

Por otro lado no podemos dejar de subrayar que la igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y éste referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Constitución permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros se debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad.

El artículo 1o. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que "todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece", lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye.

Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación.

Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones,

preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo.

En esos casos, se deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.

En resumen, existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarse en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías que no parecen tener cabida dentro de los términos del artículo 1o de la Constitución; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno.

#### **4.4. Propuesta de criterios de clasificación entre adultos mayores**

Ahora, nosotros postulamos que esa distinción puede darse, como ya se adelantó, utilizando el concepto de capacidad de percepción. Esta diferenciación implicaría que la normatividad dispense un trato más protector a aquellos adultos mayores cuya capacidad de percepción se encuentre disminuida. Entonces hablaríamos de una ecuación simple: entre menor sea la capacidad de percepción, mayor será la protección que debe

otorgarse al adulto mayor. Eso permitiría tratar en forma distinta a un adulto mayor de 60 años que a otro de 80 o de 95.

Ahora bien, la utilización de este concepto tácitamente ha sido reconocida por la mayoría de las legislaciones porque todas coinciden en que se empieza a ser adulto mayor a partir de determinada edad (generalmente 60 o 65 años). Esto es, se reconoce que la capacidad de percepción empieza a disminuir precisamente en esa edad. Se trata de un dato objetivo.

En la Unión Europea se divide a los adultos mayores en dos grupos: un primer grupo que va de los 65 a los 80 y un segundo grupo que va de los 81 en adelante. Incluso habría la posibilidad de referirse también a adultos mayores de 95 años. Esa puede ser una propuesta interesante que permita a las autoridades contar con un dato objetivo para efectos de la aplicación de determinado régimen jurídico cada vez más favorable.

Por otro lado estaría la posibilidad de descartar totalmente esta postura y remitirse a una tesis subjetiva bajo la cual el operador jurídico podría valorar "libremente" la aplicación de determinado régimen más o menos favorable para un adulto mayor en función a su capacidad de percepción. Si estima que la capacidad de percepción del adulto mayor, cuya situación estaría analizando, se encuentra seriamente afectada, entonces podría dispensar una aplicación en extremo favorable para esa persona. Pongamos por efectos prácticos, como ejemplo, una absoluta suplencia de la queja deficiente en los juicios que llegue a tramitar. Si, por el contrario, estima que su capacidad de percepción es plena, entonces no habría necesidad de aplicar más que los beneficios ordinarios para cualquier adulto mayor.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con ninguna de las tesis anteriores. Antes bien, sostenemos que no resulta prudente colocarse en alguno de esos extremos, sino que el sistema jurídico debería atemperar el rigor con el que pudieran llegar a aplicarse tanto el sistema objetivo como el subjetivo.

Por eso creemos que sería necesario postular que una sana mezcla entre ambas tesis resulta saludable. Para ello entonces la legislación debería partir de un dato objetivo y dividir a los adultos

mayores en tres grandes grupos como lo han hecho ya disciplinas como la biología, apoyada por la psicología y la sociología. De esta suerte tendríamos los siguientes regímenes jurídicos aplicables a los adultos mayores:

- Primera etapa: 60 a 85 años
- Segunda etapa: 85 a 95
- Tercera etapa: 95 en adelante.

Algo muy importante que debe anotarse es que este dato objetivo sólo serviría como referencia, pero no constituiría ninguna camisa de fuerza para la aplicación de un específico régimen normativo. El operador tendría la posibilidad, apoyado por profesionales especializados, de aplicar un régimen más favorable (nunca menos favorable) cuando estime que el adulto mayor tiene una capacidad de percepción seriamente disminuida en relación al estándar o media de su edad.

En otras palabras se procuraría que la intensidad del escrutinio, a la luz de los principios de capacidad de percepción y plena autonomía del adulto mayor, no sean de carácter estricto, sino flexibles o laxos.

Reiterando diremos que cuando la acción del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación y si para ello es necesario crear clasificaciones de los sujetos beneficiados, el legislador estaría obligado a proceder en esa forma.

Por el contrario, en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia de las autoridades son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada.

En tales esferas, un control muy estricto llevaría al juez constitucional a sustituir la

competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias. Pero fuera de tales clasificaciones económicas, las clasificaciones sobre adultos mayores se imponen.

Esta solución resulta mucho más ajustada a los principios jurídicos relativos a los derechos humanos, amparados por la Constitución y los tratados internacionales en esta materia.

Cada rango normativo debería tener consecuencias jurídicas distintas tanto para efectos de prestaciones sociales y asistenciales, como familiares, civiles, penales, laborales, fiscales, administrativas, etcétera. Lo ideal sería contar con una regulación específica para este grupo vulnerable y sus propias excepciones<sup>19</sup>, pero ante esta imposibilidad lo mejor es que el operador jurídico atempere el rigor de las normas y obligaciones contenidas en todos los ordenamientos jurídicos para ser aplicados a los adultos mayores con mayor o menor rigor, como hemos anotado.

## RESULTADOS

Como resultado de los grandes cambios que se han presentado en nuestro país respecto a las cuestiones relativas a la edad de los individuos,

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, en el artículo 284 del Código Civil para el Estado de Chiapas (vigente a partir del doce de septiembre de dos mil siete), en su tercer párrafo dispone que en el divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges no tienen derecho a pensión alimentaria, salvo pacto en contrario; asimismo, en el párrafo siguiente se prevé que tratándose del mismo tipo de divorcio y en aquellos casos en los que no exista cónyuge culpable, la mujer tendrá derecho de recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará: a) si no tiene ingresos suficientes y b) mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. Las anteriores disposiciones no son contradictorias, pues el tercer párrafo prevé una regla general acorde con la igualdad formal entre cónyuges, mientras que el párrafo cuarto establece una excepción a favor de la mujer, instituida por el legislador "con el objeto de dotar de equidad a los cónyuges", esto es, se trata de una acción afirmativa o medida legislativa de discriminación positiva, creada a partir del reconocimiento de que en nuestro país las tareas domésticas y el cuidado de los hijos del matrimonio continúa siendo responsabilidad preponderante de la mujer, lo que provoca un estado de desigualdad material con el varón con motivo del divorcio; de ahí que dicha medida busca establecer una igualdad material de género, acción afirmativa que resulta acorde con los artículos 1o. y 4o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés).

puesto que determinados estudios reflejan que más del 50% de la población es joven y los adultos mayores sufren cambios significativos en su esfera personal y profesional, debido a que con el paso mismo de los años se presenta un notable deterioro físico, psíquico, económico, social y emocional, lo cual los imposibilita para ejercer sus derechos fundamentales de forma plena.

Si bien es cierto que nuestra legislación reconoce a las personas adultas mayores una igualdad para el acceso al trabajo, también es oportuno reconocer que esta situación no es totalmente cierta. Por ello y como resultado de las investigaciones realizadas, consideramos que las personas adultas mayores deberían ser tratadas por nuestro sistema jurídico de forma particular o diferenciada, tomando en consideración que los adultos mayores son vulnerables y por ende, requieren de mayor protección por parte del Estado

Se espera proponer a consideración de las instancias gubernativas las conclusiones del presente trabajo para el efecto de que puedan incorporarse a la ley en el nivel federal y en el estatal.

## CONCLUSIONES

1. Cuando hablamos de la capacidad de los adultos mayores para proteger por sí mismos sus derechos fundamentales, no podemos soslayar su singular situación psíquica, emocional y física, ya que estas condiciones tienen decisivas consecuencias para el ejercicio consciente de los derechos fundamentales. A solucionar este problema

debe contribuir el concepto de “capacidad de percepción”.

2. El principio que ha de guiarnos ha de ser el de máximo posible de reconocimiento de capacidad a efectos de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, a fin de garantizar la universalidad de los mismos. Cuando existan conflictos entre los derechos de los adultos mayores y el Estados y/o sus familiares, el concepto de capacidad de percepción vendría bien, combinándolo con el principio de bienestar del adulto mayor y el principio de máxima libertad posible como criterios decisivos.
3. Hemos constatado que la preocupación por el bienestar de los adultos mayores está efectivamente presente en el ordenamiento nacional. A pesar de que a nivel constitucional no encontramos una mención expresa a la especial necesidad de cuidado de los adultos mayores, los derechos fundamentales existentes son lo suficientemente amplios, detallados y universales para garantizar y dar cabida a una particular protección de este grupo vulnerable. Un papel clave desempeña en este sentido la posición central de la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 25).
4. Se pretende proteger a los adultos mayores en relación a su grado de vulnerabilidad física o psíquica y no en relación a su edad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARANIBAR, Paula; Acercamiento conceptual a la situación del adulto mayor en América Latina; Serie Población y Desarrollo, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, División de Población de la CEPAL, Área de población y desarrollo de la CELADE, Chile, 2001, 70 p.
- CARO LÓPEZ, Elizabeth; "Nuevas Políticas para Adultos Mayores: El caso del Distrito Federal. De la asistencia a la participación social"; EN: Revista de Administración Pública, N° 109, 12 p.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 Convención publicada en el diario oficial de la federación, el jueves 7 de mayo de 1981.
- Gaceta Parlamentaria, año IV, número 714, viernes 23 de marzo de 2001. Propuesta a cargo del diputado Pedro Miguel Rosalindo Salazar del PRD.
- Gaceta Parlamentaria, año V, número 1115, miércoles 23 de octubre de 2002.
- Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados de fecha 18 de octubre de 2011.
- Hernández Bracho, Amalia Berenice; "Protección a las personas adultas mayores y en situación de dependencia en Morelos"; Tesis Doctoral, defendida el 30 de junio de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; p. 13 y 24.
- HUENCHUAN, Sandra y RODRÍGUEZ Piñero, Luis; Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección, CEPAL, ONU, Santiago de Chile, 2010, 144 p.
- KRASSOIEVITCH, Miguel; Psicoterapia Geriátrica, Colección de Psicología, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 269 p.
- Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores Publicada en el DOF de fecha 25 de junio de 2002.
- MORENO PADILLA, Javier; El Principio de Igualdad en el Derecho Tributario; en la obra Principios Tributarios Constitucionales; TFF; México; 1989. p. 279.
- ORTEGA MALDONADO, Juan Manuel; Lecciones de Derecho Fiscal; Editorial Porrúa, México; 2012, 328 p.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos DOF 20 de mayo de 1981.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales DOF 12 de mayo de 1981.
- PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS EN FAVOR DE LAS PERSONAS DE EDAD (adoptó el 16 de diciembre de 1991 - Resolución 46/91).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Protocolo de San Salvador Protocolo publicado en el Diario Oficial de la Federación, el martes 1 de septiembre de 1998.
- Tesis de jurisprudencia 55/2006 emitida por la Primera Sala de la SCJN, Septiembre de 2006., tomo XXIV, SJF.
- Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 3 C (10a.). Página: 2364. Registro electrónico: 2001828
- Tesis: 1a. CCLVIII/2014 (10a.) de fecha 04 de julio de 2014.
- VEGA, José Luis y BUENO MARTÍNEZ, María Belén; Desarrollo Adulto y envejecimiento; Ed. Síntesis, Madrid, 1999, 368 p.

**CIENCIA JURÍDICA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO**  
**Primeros pasos hacia una concepción del Derecho\***

**JUDICIAL SCIENCE AND TEACHING OF LAW**  
**(first steps towards a conception of Law)**

**CIÊNCIA LEGAL E EDUCAÇÃO LEGAL**  
**(Primeiros passos no sentido de uma**  
**concepção do Direito)**

**Luis Antonio Corona Nakamura<sup>a</sup>**

lacn2004@yahoo.com.mx

**José María Arredondo Bartolo<sup>b</sup>**

chemaarredondo.3@gmail.com

Fecha de recepción: 26 de mayo 2014

Fecha de revisión: 17 de diciembre 2014

Fecha de aceptación: 21 de diciembre 2014

**RESUMEN**

Existe una relación poco visible, aunque presente, entre el desarrollo de la teoría de la ciencia, la ciencia jurídica, vista como una más de entre la variedad de disciplinas científicas, la teoría del derecho, como la reflexión filosófica sobre lo que es el derecho (mediante una metodología y justificación que permite apreciar sus conclusiones) y, en último término, la teoría de los derechos, incluida como la base sobre la que se desarrolla todo el andamiaje normativista desde la cúspide constitucional o de derechos fundamentales, sea cual sea la fuente, y el desarrollo legislativo que reduce la ambigüedad de los términos base del derecho.

*\*Artículo de reflexión que corresponde a resultados de investigación terminada, elaborado desde el punto de vista crítico, sobre la actualidad de la ciencia jurídica y la enseñanza del derecho, con la finalidad de presentar los beneficios de una revisión crítica, y en su caso renovación, de los planes de estudio en las facultades de Derecho, ello en favor de operadores jurídicos aptos al nuevo paradigma sobre parámetros de regularidad constitucional.*

*a. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes, Director del Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco.*

*b. Pasante de la licenciatura de Derecho en la División de Estudios Jurídicos en el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Guadalajara. Auxiliar de investigación en el Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco.*

**MISIÓN JURÍDICA**

**Revista de Derecho y Ciencias Sociales**  
Bogotá, D.C. (Colombia)

Colaboradores Externos Internacionales

Núm. 8, Año 2015

enero-junio, pp. 55-73.

ISSN 1794-600X

El presente trabajo expone la relación anteriormente expuesta, ofreciendo en cada capítulo las razones que permiten afirmarla, avanzando hacia determinar ¿cuál es la actualidad de la ciencia jurídica y la enseñanza del derecho? Pregunta que nos permite invitar al lector a realizar un trabajo de reflexión y crítica sobre los planes de estudio o, específicamente hablando, la manera en que se enseña el derecho, el concepto que prevalece en muchas aulas universitarias actualmente y, sobre todo, este trabajo reflexivo y crítico es una exposición de las razones sobre cómo deberían ser los planes de estudio en las facultades de derechos, pensando que nuestro posicionamiento tiene como eje central la efectividad de los derechos fundamentales y/o humanos.

### **PALABRAS CLAVE**

Ontología jurídica. Ciencia jurídica. Ciencia empírica y ciencia racional. Sistema jurídico. Positivismo. Pospositivismo. Derecho constitucional. Derecho internacional de los derechos humanos. Argumentación jurídica. Administración de justicia. Garantías argumentativas. Enseñanza del derecho.

### **ABSTRACT**

A little known relationship exists, though it is present, between the development of the theory of science, and judicial science as one more discipline amongst the scientific disciplines, the theory of law seen as the philosophical consideration regarding what law is (by a methodology and justification that allow us to appreciate their conclusions) and, finally the theory of rights included as the base on which the whole normative framework develops from the constitutional summit or of Fundamental Rights, whatever source and legislative growth that reduces the ambiguity of the base terms in law.

This study explains the aforementioned relationship, offering on each chapter the reasons that make it possible to affirm it, moving forward to determine: Which is the current state of judicial science and the teaching of Law? The question allows us to invite the reader to make a consideration and criticism work of the curriculum or specifically about the way in which law is taught, the concept that prevails in many university classrooms today and, above all, this

thoughtful and questioning investigation is an exhibition of the reasons on how curriculum in Law Universities should be taking into account that our position has as a central theme the effectiveness of Fundamental or Human Rights.

### **KEY WORDS**

Judicial ontology, judicial science, empirical science and rational science, judicial system, positivism, post-positivism, Constitutional right, International Law on Human Rights, judicial argument, Justice Administration, argumentative guarantees, Law teaching.

### **RESUMO**

Há uma relação pouco visível, embora presente, entre o desenvolvimento da teoria da ciência, a ciência jurídica, vista como uma entre a variedade de disciplinas científicas; a teoria jurídica como reflexão filosófica sobre o que é o Direito (usando uma metodologia e justificação para apreciar as suas conclusões) e, em última análise, a teoria dos direitos, inclusive como base sobre a qual se desenvolve todo o andaime normativista, desde o topo dos direitos constitucionais fundamentais, qualquer que seja a fonte, e o desenvolvimento legislativo que reduz a ambiguidade dos termos base do Direito.

Este documento expõe a relação anteriormente apresentada, oferecendo, em cada capítulo, as razões que permitem afirmá-la, avançando para determinar qual é a relevância da ciência jurídica e do ensino do Direito. Pergunta que permite convidar o leitor a realizar o trabalho de reflexão e crítica sobre o plano de estudo ou, especificamente falando, da forma como o Direito é ensinado. O conceito que prevalece na sala de aula de muitas universidades neste momento e, acima de tudo, este trabalho crítico e reflexivo, é uma apresentação das razões sobre como devem ser os planos de estudo em facultades de Direito, pensando que nosso posicionamento tem como eixo central a eficácia dos direitos fundamentais ou direitos humanos.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Ontologia legal. Ciência jurídica. Ciência empírica e ciência racional. Sistema legal. Positivismo. Postpositivismo. Direito



Constitucional. Direito internacional dos direitos humanos. Argumentação jurídica. Administração da justiça. Garantias argumentativas. Educação legal.

## INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde el fin de la segunda posguerra, trajo consigo el inicio de otra lucha, aunque esta vez no con armas materialmente destructivas. Después de la aparición de los Estados fascistas y totalitarios, el derecho, entendido como la ley promulgada por el Estado, sería redefinido para entrar en un periodo de re-moralización, o reencuentro con la ética.

Lo anterior trastocaría la relación entre derecho y moral que, hasta mediados del siglo XX, era sostenida como no aceptada por la teoría del derecho y la ciencia jurídica, en sus versiones dominantes.

Es en la actualidad que aquella constitucionalización, y revalorización de la constitución, como norma jurídica justiciable, es decir, garantizada en su aplicación, se desarrolla para promover un proyecto de pensamiento jurídico innovador.

De esta manera, sin intención de soslayar el gran proyecto intelectual de corrientes como el positivismo incluyente, corregido o pospositivismo, y en el ámbito constitucional el neo-constitucionalismo, nos hemos dispuesto a presentar este trabajo de reflexión, crítica y posicionamiento, guiados por las siguientes ideas dominantes:

1. *Las modificaciones de la teoría de la ciencia y su repercusión en la teoría del derecho.* La teoría moderna de la ciencia ha proveído de una nueva concepción de sistema y la aminoración entre ciencias empíricas y racionalistas. La idea de sistema se instaló en las dos categorías de ciencia y su diferencia se desplazó a la manera en que cada una de las ramas científicas construye su base, esto es, los postulados fundamentales. Por lo anterior vamos a exponer un breve esbozo sobre el desarrollo científico del concepto de sistema jurídico hasta época reciente, cuando la estimativa jurídica empieza a jugar un papel importante por las razones que explicaremos.
2. *Reenlace entre derecho y moral.* Tanto el pospositivismo como el positivismo incluyente tienen como uno de sus cometidos centrales la tesis de la relación necesaria, y no contingente, entre derecho y moral. Este hecho nos lleva a explicar las razones de la decadencia del positivismo tradicional y la aparición del modelo argumentativo del derecho que, primero (en el fondo), se basa en la argumentación moral y después, por consecuencia del contexto institucional, en la argumentación jurídica.
3. Las características del razonamiento jurídico. En este punto explicamos la conexión entre la superación de las tesis centrales del positivismo metodológico y las teorías modernas de la argumentación jurídica. En su justa medida exponemos algunas ideas de autores como Alexy, MacCormick, Atienza, entre otros. Esto con la intención de exponer la clasificación entre casos fáciles y difíciles que nos dicen que el positivismo ortodoxo está aún presente, pero no para todos los casos, sobre todo aquellos que tienen que ver con la efectividad del catálogo de derechos fundamentales de doble fuente (Constitución - Derecho Internacional).
4. *Teoría del derecho y el moderno paradigma constitucional.* Vista como la contraposición entre autonomía política o autodeterminación política, la democracia formal en contraposición con lo que se ha nombrado “coto vedado”, “la esfera de lo indecible” y “el territorio inviolable”, con su carácter de justiciable, la democracia constitucional tiene una serie de tesis que se intervienen con las teorías superadoras del positivismo, en relación específica con los conceptos fundamentales que presuponen la moralidad positivizada en el ordenamiento.
5. *Enseñanza del derecho.* Pero si los cambios paradigmáticos han ido de la mano con el desarrollo del constitucionalismo y la justiciabilidad de una moral de corte universal, no es menos que sentido común esperar que la enseñanza del derecho tenga sus propios, pero concatenados, cambios para bien. Rodolfo Vázquez es más que atinado cuando menciona que el

tema de la enseñanza del derecho está por encima de propuestas sobre qué o cómo se debe enseñar materia en particular o rama general del derecho (privado o público) y centra su atención en la idea de que es importante, un debate sobre la enseñanza del derecho desde un enfoque filosófico, esto es, desde la propia concepción misma del Derecho.

6. *En conclusión.* Asumiremos, con razones, uno de los modelos de ciencia jurídica que consideramos hacen posible la adecuada actualización de los planes de estudio de las facultades de Derecho, para que el Derecho como argumentación moral y/o constitucionalista sea una realidad.

### PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema a tratar será demostrar la relación entre teoría científica, ciencia jurídica, teoría del derecho y teoría de los derechos. Esto con la intención versar sobre la actualidad que representa el modelo argumentativo de derecho, y que este modelo beneficiaría a la efectividad de los derechos humanos en el ámbito profesional si las universidades modificaran sus planes de estudio conforme con la actualidad del paradigma jurídico.

### METODOLOGÍA

Métodos generales del análisis, síntesis, inducción y deducción. El método específico del diseño es bibliográfico, esto es, este trabajo será principalmente una investigación de carácter teórico. También realizaremos un análisis normativo y comparativo.

Realizamos recopilación de artículos de revistas electrónicas e impresas, además de la normatividad nacional e internacional atinente al tema.

### RESULTADOS

1. Se explicó la superación del positivismo estricto y la aparición del positivismo corregido.
2. Se desarrolló la relación entre el positivismo corregido y la argumentación jurídica.

3. Se demostró la relación entre teoría del derecho y el paradigma constitucional de los derechos humanos.
4. Se explicó la clasificación de los modelos de enseñanza del derecho determinados por el modelo de ciencia jurídica que asumen en sus currículos las facultades de derecho.
5. Se expusieron las razones a favor de un modelo y enseñanza argumentativa del derecho y los beneficios para formar operadores jurídicos con habilidades para hacer efectivos los derechos humanos en la actualidad.

### 1. PROBLEMA CENTRAL. TEORÍA DE LA CIENCIA Y CIENCIA JURÍDICA

Después de revisar variadas fuentes sobre el tema hemos llegado a creer que comenzada la segunda mitad del siglo XX, la respuesta a la pregunta ¿Qué es el derecho?, fue repensada.

Cuando suceden cambios en la ontología jurídica<sup>1</sup>, se da por consecuencia la redefinición del concepto del derecho, y esto puede surtir innovadores efectos, inclusive, hasta en la vocación profesional. Con mayor razón, cuando suceden cambios en la teoría de la ciencia se deben formular comparaciones tratando de averiguar cuáles son los efectos que acaecen en la ciencia jurídica.

Fue precisamente un cambio en la teoría de la ciencia lo que produjo algunas modificaciones en la teoría del derecho. Proponemos a Eugenio Bulygin y Carlos Alchoúrron para explicar esto, dado que ellos exponen lo sucedido con la teoría científica desde el siglo XVII, cuando surgen las primeras críticas a la teoría aristotélica de la ciencia, y su influencia en el Derecho en su obra *"Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales"*<sup>2</sup>.

La influencia que la teoría científica Aristotélica ha ejercido sobre la ciencia y la filosofía desde la antigüedad hasta nuestros días colocó un imperativo que hoy en día es difícil de sostener,

<sup>1</sup> Manuel Atienza opina que el concepto de ontología jurídica se basa en: los modos más generales de entender al Derecho, esto es, los límites de lo jurídico. ATIENZA, Manuel. *Introducción al estudio del Derecho*. México, Fontamara, 2011. p. 330

<sup>2</sup> ALCHOÚRRON, Carlos. BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires Argentina, Astrea, 1974, pp. 80-107.

el cual se puede resumir en la necesidad de que cualquier ciencia a la que se pretenda mantener con dicho adjetivo debe estar basada en principios evidentes por sí mismos, o verdades indiscutibles. Esto culminó en la imposibilidad de satisfacer a la vez toda una serie de postulados fundamentales, por lo que las ciencias se escindieron en dos categorías: a) racionalistas y b) empiristas<sup>3</sup>.

Así, de acuerdo con los autores citados, las ciencias racionales se adecuaron a los postulados aristotélicos: a) deducción, b) verdad y c) evidencia; pero no al de realidad. Y por otro lado, las ciencias empíricas cumplieron con los postulados de: a) realidad y b) verdad, pero no con los de deducción y evidencia. Y así fue hasta el siglo XIX.

Se ha identificado en la teoría moderna de la ciencia dos caracteres que se alejan de la concepción aristotélica: 1) una nueva concepción de sistema, y 2) la aminoración de la separación entre empirismo y racionalismo.

Así pues, tanto la ciencia racional como la empírica sufrieron cambios. La primera se alejó del postulado de la evidencia y se logró una concepción más estricta de la deducción, dando cabida a la lógica simbólica<sup>4</sup>. Y por su parte, la ciencia empírica se aleja lo suficiente del postulado de la realidad para poder construir sistemas deductivos. La idea de sistema se instala, pues, en las dos categorías de ciencia y su diferencia se desplaza a la manera en que cada una de las ramas científicas construye su base, esto es, los postulados fundamentales.

Así, el empirismo basa sus sistemas de enunciados fundamentales en cosas que se

sucedan, y que son verdaderas acerca de la realidad; mientras tanto, para las ciencias formales, aunque las ideas base de las ciencias que integran la categoría ya no se consideran evidentes por sí mismas, ni tienen contenido empírico, interesan por sus propiedades (v.gr. coherencia y plenitud).

En conclusión, que la idea de sistema se ubique tanto en una como en otra categoría científica requiere que se busquen las consecuencias deductivas de cada sistema<sup>5</sup>, cosa que se vuelve relevante cuando en la obra de Bulygin y Alchóurron se dice que un sistema existe, a pesar de que sus conceptos fundamentales no sean coherentes o compatibles, o a pesar de que el sistema sea en su totalidad incompleto o redundante.

La modificación de la idea de sistema en los autores citados es la que llama más nuestra atención, específicamente la aceptación de la no coherencia y la incompatibilidad de los conceptos fundamentales de un sistema, que bien podría ser un sistema jurídico.

Entonces, como lo describen los autores citados, la ciencia jurídica ha sido influida por la modificación del elemento "sistema" en la teoría de la ciencia. Primero durante el siglo XVI y XVII cuando, ante la disgregación categorial de las ciencias, la mayoría de los filósofos del derecho ubicaron a esta ciencia entre las racionalistas, dándose por consiguiente el periodo del derecho natural racionalista, representado en autores como: Hugo Grocio y Pufendorf, llegando a reflejarse en autores del siglo XVIII y XIX como Kant y Fichte.

Después, la siguiente modificación de la concepción de sistema jurídico sucedería en el siglo XIX, cuando surge la codificación del derecho y se abandonan los postulados evidentes del derecho natural, dándose alta importancia a la norma creada por el legislador; aquí encontramos a autores como: Savigny en Alemania, Bentham y Jhon Austin en Inglaterra y Troplong, Aubry y Demolombe en Francia.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 84. Nota: como ejemplos, los autores citados identifican en el ala racionalista a Descartes, mientras que del lado de los empiristas colocan a Locke.

<sup>4</sup> ATIENZA, Manuel. *op. Cit.*, pp. 268-309. Atienza expone tres caracteres de la lógica deductiva. La primera es que se trata de una disciplina formal, porque omite el contenido de los enunciados y argumentos y se dedica a su estructura y forma, lo que la hace útil para los saberes y prácticas discursivas y es capaz de expresar enunciados con símbolos (p, q o r, etc.). también es simbólica por que no se trata de un lenguaje natural, sino uno artificial, que logra mayor univocidad y precisión que el primero, esto, haciendo uso de símbolos (---, /, V, etc.). Y por último, la lógica deductiva se ocupa de las relaciones de deducibilidad, esto es, se trata de las reglas que permiten el paso de unas premisas a su conclusión (p q). La opinión negativa sobre esta clase de lógica "básica" es que empobrece las explicaciones del discurso por lo que se tiene que recurrir a otras más complejas, como las de predicados, cuantificacional, de relaciones, de clases, etc.

<sup>5</sup> Nota: veamos que se trata del carácter de deducibilidad propio de la lógica-formal explicada por Atienza, a partir de las proposiciones atómicas o ideas base de las que parten los sistemas.

Por último, en la primera mitad del siglo XX se vuelve a la modificación de la concepción del derecho, que ya no del sistema, con la intención de fundar, o refundar, la ciencia jurídica sobre una base empírica. Así, autores, escuelas y movimientos científicos y filosóficos surgirían en el ámbito internacional, principalmente: a) la escuela de la libre investigación científica (Gény), b) la jurisprudencia de intereses (Heck), y la ciencia del derecho libre (Kantorowicz); también escuelas sociológicas como: Duguit (Francia), Roscoe Pound (Estados Unidos), el realismo norteamericano (Holmes, Cardozo, Gray, Llewellyn, Frank) y el escandinavo (Hagerstrom, Lundstedt, Olivecrona y Alf Ross), intentaron aquel cometido<sup>6</sup>. Característico de las anteriores posturas es su rechazo a la idea de sistematización, sin embargo, a decir de Bulygin y Alchoúrron, se excedieron al no ver que la propia idea de sistema había de ser adoptada aún para las ciencias empíricas, aunque con matices distintos, como los que referimos más arriba. Además, estamos de acuerdo con Bulygin y Alchoúrron en que es igual de erróneo en nuestra época científica colocar al derecho, de forma exclusiva, tanto entre las ciencias empíricas como en las racionales, dado que la clasificación resulta obsoleta porque se reconoce que el derecho se ve envuelto en problemas reales como puramente formales<sup>7</sup>.

Pero, ante los cambios sucedidos desde el siglo XVI y hasta la primera mitad del siglo XX, y a partir de la segunda mitad, con un "(...) vigoroso renacimiento de la axiología y estimativa jurídica; y que en sus desarrollos en los últimos veinticinco años (1945-1970), además, se caracteriza, dentro de la estimativa, por un renacimiento de

Derecho natural... se ha producido en el siglo XX lo que puede llamarse el Segundo Renacimiento Jusnaturalista<sup>8</sup>. ¿Cómo entender, primero, y cuáles propuestas cabrían para la teoría del derecho en nuestros días que repercutan en favor de la aplicación de ese conocimiento en nuestra realidad inmediata, llevándolo al ámbito de nuestros problemas reales?

## 2. CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y MORAL

Para reducir la dificultad de lo anterior, empecemos con la simple pregunta ¿Que función tiene el derecho?<sup>9</sup>. Generalmente se coloca en nuestra mente que el derecho resuelve conflictos o que legitima los actos de autoridad, pero no debemos olvidar su función de orientación social, esto es, la función de promoción de los cambios y las decisiones justas. Norberto Bobbio<sup>10</sup> diría que el derecho no sólo prohíbe, obliga o faculta, sino que alienta las esperanzas de justicia y remueve obstáculos a esas esperanzas.

Dicho lo anterior, ¿Qué problema encuentra el derecho para ayudar a los cambios y las decisiones justas? Pues bien, el derecho que propone cambios, debe cambiar primero en sí mismo, esto es, en nuestra opinión debemos avanzar a la teoría del derecho, y ésta, al responder a la pregunta sobre qué es el derecho, puede ayudarnos a provocar cambios en la teoría de los derechos y/o en el modelo de derecho que se refleja en la praxis jurídica.

Siguiendo el anterior orden de ideas, deberíamos discutir sobre el modelo de ciencia jurídica imperante en los últimos 60 años, o quizás más, y, a partir de ahí, hacer algunas anotaciones sobre los cambios o propuestas de modelos en la teoría del derecho y en la teoría de los derechos;

6 BULYGIN, Eugenio. ALCHOÚRRON, Carlos. *op. cit.*, pp. 89-92.

7 En "La teoría del derecho en el paradigma constitucional" Luigi Ferrajoli menciona que existen al menos tres formas de aproximación a lo jurídico, partiendo de que la semántica estudia la relación entre los signos y los objetos a los cuales pueden ser aplicados. Así, la primera es la que realiza el discurso normativo que se refiere a la interpretación empírica sobre el análisis de las normas jurídicas, actividad propia de la dogmática jurídica. El segundo método de acercamiento es el de la sociología jurídica, que se dedica a la investigación de los comportamientos regulados por las normas. La única objeción que haríamos a esta clasificación es que L. Ferrajoli los declara independientes de tal manera que el discurso normativo no puede ser refutado por el discurso sociológico o realista, lo que sin embargo creemos que para el tema de la efectividad de las normas, y sobre todo del logro de metas axiológicas en la realidad, no se debe declarar su independencia estricta.

FERRAJOLI, Luigi. JUAN MORESO, José. ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. México, Fontamara, 2013. pp. 30-37.

8 VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teoría del derecho*. México, Oxford, 2012. p. 17.

9 ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, pp.7-8. Atienza considera que resolver la pregunta sobre qué es el Derecho se puede lograr desde tres perspectivas. La primera estructuralista, la segunda funcionalista y la tercera valorativa. Dejando de lado dos de ellas, la perspectiva funcionalista respondería a las preguntas: ¿para qué sirve el Derecho? ¿Qué funciones cumple en la sociedad? Creemos que hemos comenzado situándonos en esta perspectiva, conscientes de que nuestro cometido es una concepción del Derecho que no busca la verdad, sino la utilidad práctica, que es lo que más nos hace sentir cerca de la justicia.

10 BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. EN: Nicolás López Calera et. al. *Funciones del derecho. El derecho y la justicia*. Enciclopedia iberoamericana de filosofía. Tomo 11, Segunda Edición, Madrid, Trotta, 2000, pp. 17-27.

además de sus efectos en el ámbito profesional del derecho hasta nuestros días. Con lo anterior estaremos en posición para dilucidar retos para la administración de justicia y, sobre todo, siendo nuestro cometido más importante en este artículo, para las universidades en la formación de juristas, científicos y académicos.

Podemos comenzar por la, sumamente insistida, visión de Hans Kelsen que nos legó un modelo de ciencia jurídica que tenía como objeto de estudio un conjunto de normas coactivas, limitándose al conjunto de las que se consideran validas (con independencia de su eficacia y justicia) y que derivan de la norma fundamental<sup>11</sup>.

En la ciencia jurídica concebida por Kelsen, el unidimensionalismo normativo<sup>12</sup> no consideró necesario el puente entre las preguntas, ¿qué es el derecho?, y ¿cómo debe ser el derecho? Lo mismo sucedió con la teoría jurídica de John Austin, fundador de la escuela analítica inglesa junto con Bentham<sup>13</sup>.

A las preguntas anteriores la ciencia jurídica se dispuso a contestarlas construyendo, mejor dicho, reconstruyendo el puente entre el derecho y moral.

Al reenlace científico Albert Calsamiglia<sup>14</sup> lo denominó pospositivismo, y la característica más interesante que pudimos desprender de

ahí, a nuestro entender, es que la tendencia está en que los operadores jurídicos no limiten las soluciones de los problemas que enfrentan a la revisión superficial de las leyes y los códigos, o la jurisprudencia, los cuales son el reflejo de la construcción de soluciones para el presente basados en problemas del pasado, sino que construyan sus propias soluciones gracias a herramientas novedosas de interpretación y argumentación jurídica, basadas en conceptos fundamentales, de lo que hablaremos más adelante.

Lo anterior ya nos indica que el centro de la ciencia jurídica pasó hace décadas del ejercicio legislativo al poder judicial, en el que el modelo de juez aplicativo del derecho se vio suplantado por un operador propio de un modelo argumentativo del derecho. Creemos que la figura del juez es la base sobre la que se sostiene la ciencia jurídica del presente.

La gran diferencia entre el positivismo y la corriente pospositivista es que la ciencia jurídica se renueva porque su objeto de estudio se vuelve a unir con la filosofía, específicamente, con la moral, provocando que recordemos que hay una moralidad de carácter público en los ordenamientos jurídicos. Así pues, tomemos en consideración que para autores como Ronald Dworkin ya no estamos frente a la necesidad científica de describir un objeto de estudio, sino de construir soluciones a problemas o conflictos sociales, basadas en un conjunto de principios en los ordenamientos.

Lo relevante de esta propuesta es que se asume la importancia del concepto de derecho a la hora de la solución de casos, lo que está íntimamente relacionado con el hecho de que los jueces ya no realizan sus prácticas legales a partir de un concepto dado, sino que deben determinar en cada caso qué es el derecho, ayudándose, interpretando, la práctica de otros jueces cuando deciden, reflejado en sus sentencias, lo que es<sup>15</sup>.

En la teoría de Hart<sup>16</sup>, lo que sean esos principios del ordenamiento se reflejarían en

11 ATIENZA, Manuel. *op. cit.* pp. 206-214. En la obra de Atienza se resumen las críticas que se la han hecho al modelo de ciencia jurídica de Hans Kelsen. En el caso de la validez de las normas, sobre el argumento de que ésta se confirma cuando una norma es creada de conformidad con otra con la que guarda una relación de subordinación, es donde al final termina por salir a la luz una contrariedad con el postulado de neutralidad Kelseniano al momento de enfrentarse con la validez de la propia norma fundamental que se derivaría de una norma básica que tendría contenido histórico, político y ético en un mismo momento. Por nuestra parte, haciendo uso del argumento de reducción al absurdo sobre el modelo de ciencia jurídica de Kelsen, su intención de una ciencia jurídica realmente neutral a las demás ciencias o disciplinas del conocimiento, solo hubiera sido posible si Kelsen se hubiera decidido a no escribir nada, dado que una sola palabra en el papel significa un introducción de la semiosis o teoría de los signos, por lo tanto el ideal de la ciencia neutral se termina por el solo hecho lingüístico.

12 SAGUÉS PEDRO, Néstor. *Teoría de la Constitución*. Ciudad de Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001. pp. 74-77.

13 En relación a la cita que de Atienza hicimos sobre la explicación de las perspectivas desde las cuales se puede construir una concepción del derecho, aquí estaríamos haciendo alusión a la perspectiva valorativa, que contesta a las preguntas: ¿Cómo debería ser el Derecho? ¿Cuándo un Derecho es justo? Y ¿Qué debería ser Derecho?

14 CALSAMIGLIA, Albert. En: *Ciencia Jurídica. El derecho y la justicia*. Enciclopedia iberoamericana de filosofía. *op. cit.*, pp. 17-27.

15 VÁZQUEZ, Rodolfo. *op. cit.*, pp. 175-176.

16 HART, Herbert. *The concept of Law*. Citado por Albert Calsamiglia. *Pospositivismo*. EN: Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2013, página web de la biblioteca virtual Miguel de Cervantes, España, [www.cervantesvirtual.com/controladores/busqueda\\_facet.php?q=Calsamiglia](http://www.cervantesvirtual.com/controladores/busqueda_facet.php?q=Calsamiglia) (12.06.2013)

un mínimo de moralidad, o derecho natural, contenido en conceptos relevantes, lo que aceptado por un positivista como él, significó el abatirse, el rescoldo del positivismo rígido en las últimas décadas del siglo XX y el comienzo del pospositivismo de Calsamiglia de una forma más fuerte. A nuestro parecer, el mínimo de moralidad, contenido en conceptos relevantes del ordenamiento jurídico, mencionado por Hart, se encuentra en las constituciones y, por supuesto, en el derecho internacional público.

Por otro lado, en el modelo argumentativo se presenta el problema de legitimar al derecho en lo que llamamos el segundo momento de legitimación del derecho, (el primero sería en el momento de la creación formal de la norma). Este segundo momento de legitimación ameritó, hace ya varias décadas, el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica. En este punto la cuestión más importante sería: ¿Cuáles fueron las relaciones entre la crisis del positivismo y las teorías de la argumentación jurídica?

### 3. POSPOSITIVISMO JURÍDICO Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

La respuesta comienza en las insuficiencias encontradas en el positivismo para la solución de los problemas que acosan al derecho de nuestro tiempo. Recordemos que Bobbio<sup>17</sup> habla del positivismo como la tesis de la aplicación mecanicista de las normas, y que estaba sentado en dos postulados: la plenitud y la coherencia del sistema.

Como tesis contrarias a estos postulados tenemos la tesis de la plenitud del ordenamiento, el pospositivismo se basó en la idea de un derecho indeterminado, que considera que las soluciones de los problemas concretos requieren de considerar que el derecho encuentra su fundamento y, en parte, su legitimidad en la idea de un ordenamiento moral que subyace en conceptos relevantes en el ordenamiento jurídico. En cuanto a la tesis de la coherencia del ordenamiento, se considera que en ocasiones la coherencia en el derecho no es posible, dado que se dan choques entre principios, valores o derechos fundamentales en casos complejos<sup>18</sup>.

17 ATIENZA, Manuel. *op. cit.*, pp. 226-230.

18 ROBLEDO, Alonso G. "El debate en México". EN: *Nexos*. Edición de Mayo-2007, pp. 7-130. En este trabajo publicado en la revista

A pesar de lo anterior la teoría logicista, basada en el silogismo tradicional, no se ha ido del todo. Pedro Serna<sup>19</sup> no desecha, y nosotros tampoco lo haremos, la idea de que los abogados y jueces seguirán poniendo en dos premisas y una conclusión la estructura de su razonamiento para solucionar los problemas comunes y habituales que se les presentan. Seguirán yendo del supuesto normativo al hecho y del hecho a la aplicación de los efectos que la norma prevé para el hecho o la conducta sucedida. Sin embargo, Pedro Serna nos demuestra que ya no es el positivismo tradicional del que hablamos, en realidad se trata de un positivismo jurídico incluyente.

Los defensores del positivismo incluyente llegan a la conclusión de que puede verse en esta postura una corrección de un positivismo rígido e incompleto. Nosotros creemos que, en el fondo, se trata de que el positivismo ortodoxo no puede explicar lo que se conoce como

---

*Nexos se contiene un caso en el que ciertas autoridades se niegan a integrar entre la información que les es solicitada la fotografía de los servidores públicos, argumentando la confidencialidad de la información, que es clasificada como dato personal. En ese entonces el IFAI se colocó en favor de que sea considerada la fotografía como un dato personal en virtud de la normativa vigente en la materia (artículo 3, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública), dado que se trata de una representación gráfica de la apariencia de la persona. Lo anterior se apoyó en la consideración de que la ley en la materia exige de los sujetos obligados un trato de los datos personales adecuado, pertinente y no excesivo en relación con los propósitos por los cuales se han obtenido (artículo 20 de la ley, fracción II). En este caso el obligado era el Estado, quien no debía excederse en el uso y disposición de los datos personales de los que ocupaban funciones en las dependencias gubernamentales. De entre la información que si debían poner a disposición de los peticionarios, según el artículo 7 de la ley, no estaba la representación gráfica de los servidores públicos. Así pues, el artículo 21 de la propia ley especifica que no se puede hacer uso de datos personales sin la mediación del expreso consentimiento de los titulares de estos, por lo tanto, la difusión no consentida de la fotografía de los servidores públicos, con excepción de los que por su notoria importancia son figuras públicas y se conoce su imagen por una variedad de medios, constituyó en los argumentos del IFAI en aquel momento una violación al derecho fundamental, específicamente a la vida privada, contenido en el artículo 16 constitucional. De entre las últimas consideraciones sobre este caso, dice Gómez Robledo, el derecho a la propia imagen se debe considerar como un derecho a la personalidad, derivado de la dignidad humana y que tiene la finalidad de proteger la dimensión moral de las personas. Entonces, los choques entre derechos (para el caso el derecho a la información pública y el de la protección a la confidencialidad y la vida privada) y, en esencia, la de valores o principios contenidos en conceptos relevantes del ordenamiento jurídico no supone un silogismo tradicional como lo creía la teoría del derecho tradicional.*

19 SERNA, Pedro. *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos, de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México, Porrúa, 2006. p. 6.

Democracia Constitucional<sup>20</sup>; la cual tiene entre sus principales cometidos lograr un equilibrio entre la decisión política, basada en la regla de la mayoría y en la validez de las normas jurídicas derivada del cumplimiento de reglas formales del trabajo legislativo, y un conjunto de derechos fundamentales que se consideran fuera del alcance de la democracia procedimental. En conclusión, lo que se propone es que el positivismo debe ser llevado a cooperar y dialogar con un *neousnaturalismo*, en una tarea compuesta por técnicas y métodos de argumentación, que tenga como objeto la aplicación de un discurso moral en la práctica jurídica.

Así pues, ni el pospositivismo, ni el positivismo incluyente acabaron con la escuela del positivismo tradicional, pero las dos posturas coinciden en que el derecho habría de requerir del desarrollo de herramientas que le permitieran al positivismo abrirse y adecuarse a las exigencias que la complejidad de nuestro actual paradigma jurídico amerita. En nuestro criterio estas herramientas han sido las teorías de la argumentación jurídica.

Es necesario decir que la argumentación jurídica tiene la capacidad de ser una herramienta que ayuda a conectar conceptos relevantes, como los de la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, con la construcción de soluciones que abogados y jueces requieren en los casos concretos.

Por otro lado, creemos que las teorías de la argumentación jurídica pueden considerarse parte de una renovada teoría del derecho. Así lo entendemos porque las proposiciones que surgen de estas, en los casos concretos, no estarían separadas de una renovada noción del derecho (sea pospositivista o positivista incluyente), o es que, acaso, ¿se puede entender la existencia de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica sin una modificación del objeto de la ciencia jurídica, esto es, sin una renovación del concepto del derecho? Hemos llegado a la conclusión de que no fue posible.

Manuel Atienza<sup>21</sup> nos mostró, en su justa medida, lo que han sido las principales teorías de la argumentación jurídica. Veamos que, por ejemplo, Robert Alexy y MacCormick desarrollaron sus trabajos sin desechar la lógica formal del positivismo tradicional y la mantuvieron para la resolución de los casos simples. Así, para el primero, solucionar casos simples amerita una justificación interna, mientras que para el segundo se trata de una justificación de primer nivel.

Yendo más allá del silogismo, para Alexy las reglas del discurso, parte del procedimiento argumentativo, determinan si los enunciados normativos o de un operador del derecho son correctos o no. Están clasificados en reglas fundamentales y reglas de razón. En las primeras encontramos las reglas de no contradicción, universalidad y uso común del lenguaje; mientras que en las segundas tenemos las reglas de carga de la argumentación y la de transacción. En concreto, en las dos primeras encontramos correcciones de premisas, caso de la no contradicción, y la seguridad de que a casos similares siempre se debe proponer similar calificación o solución<sup>22</sup>; mientras que en la última regla fundamental, se establece que para cualquier tipo de comunicación los participantes deben compartir códigos y lenguajes iguales. Sobre las reglas de razón encontramos la carga de la argumentación, que se debe al principio de que “el que afirma está obligado a probar”; mientras que la última regla de razón creemos que es de tipo preventiva sobre en qué momento es válido pasar en el discurso

20 SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México, ediciones del Fondo de Cultura Económica, 2006. pp. 264-267

En “La democracia constitucional. Una radiografía teórica” Salazar Ugarte expone una idea central que trata de la necesidad lógica de que la autonomía política de los ciudadanos se encuentre limitada por algunos derechos fundamentales, dado que la democracia moderna no puede realizarse sin el reconocimiento y cumplimiento de unas condiciones y precondiciones.

Par el caso la relación entre teoría del derecho y derechos fundamentales también ha sido explicada en la introducción de la obra “La teoría del derecho en el paradigma constitucional” donde Gerardo Pisarello y Ricardo Ga Manrique nos hablan de las críticas que Atienza sostiene sobre el carácter positivista de la teoría Ferrajoliana. En particular, esta explicación se basa en que el tipo de positivismo adoptado por Ferrajoli no da relevancia a la argumentación moral en materia constitucional. Atienza está a favor de un constitucionalismo no positivista (v.g. Alexy, Dworkin y Nino) que explica el contenido moral de los derechos fundamentales, que solo puede explicarse con una justificación moral fuerte. Finalmente, se espera que la aplicación de los derechos fundamentales en casos concretos refleje la argumentación moral como una necesidad sustancial y metodológica de la argumentación jurídica. FERRAJOLI, Luigi. MORESO, Juan. ATIENZA, Manuel. op. cit., pp. 18-20.

21 ATIENZA, Manuel. En: *Ciencia Jurídica. El derecho y la justicia*. Enciclopedia iberoamericana de filosofía. op. cit., pp., 231-238.

22 Brota una pregunta mientras se desarrolla este artículo: ¿La universalidad, la necesidad de la misma respuesta para casos similares es parte de la postura sobre la única respuesta correcta en que coinciden Alexy y Dworkin?

de las definiciones conceptuales a la aplicación de los conceptos en la realidad, esto es, lo que Rodolfo Vázquez señala como el salto de un plano argumentativo a otro empírico<sup>23</sup>.

En MacCormick, partiendo de su clasificación entre casos fáciles y difíciles, la solución de estos últimos es interesante. Las soluciones de estos últimos casos deben cumplir con requisitos en su relación tanto con el sistema jurídico como con la realidad. En primer lugar, en relación con el sistema debe haber en la solución consistencia y coherencia. Habrá consistencia cuando las normas aplicables al caso no colisionan con otras normas del propio sistema; mientras que la coherencia se debe dar tanto normativa como narrativamente. En el primer caso, la coherencia es de tipo valorativo, al reconocer que existe un contenido fundamental en el sistema (sean principios generales, principios especiales o valores, etc.) que debe ser respetado por la aplicación, incluso la consistente, de normas, dado que en ocasiones las soluciones conducen a estados de cosas indeseables, precisamente contrarios al contenido fundamental del sistema. Por último, la coherencia narrativa se refiere a que los hechos de los que no se tienen prueba concuerden con los que han sido probados<sup>24</sup>.

Creemos que las anteriores reglas y herramientas del discurso argumentativo desembocan en lo que ha sido reconocido por Atienza como una sincera preocupación porque el saber teórico del derecho influya en el ámbito del derecho, sobre todo en el ámbito profesional. Por lo tanto, en Atienza, su trabajo se desplaza de la idea de una dogmática descriptiva e interpretativa sobre un ordenamiento específico, a un conocimiento propositivo sobre cómo debe construirse el derecho con la intención de lograr fines y valores<sup>25</sup>.

Atienza propone un modelo de derecho argumentativo, que se asemeja a la propuesta

<sup>23</sup> VÁZQUEZ, Rodolfo. *op. cit.* pp. 219-220.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, pp. 216-218.

<sup>25</sup> ATIENZA, Manuel. *Introducción al estudio del derecho. op. cit.*, p. 83. *Insistimos en la clasificación de Atienza citada al principio de este trabajo, diciendo que cuando Atienza perfila al conocimiento dogmático jurídico como propositivo, ahí se sitúa en la perspectiva funcionalista, porque el derecho tiene la función de realizar fines y valores, pero, después, nos parece que en ese punto desaparece la línea entre las preguntas ¿para qué sirve el derecho? ¿Cuándo un Derecho es justo? O tal vez no desaparece, pero por lo menos se complementan.*

de no permitir una definición definitiva del derecho en Dworkin, dado que motiva a ver al derecho no como un objeto dado, sino como una ciencia o técnica social en la que se participa argumentando, esto es, en el fondo se participa reconstruyendo científica, teórica y prácticamente el derecho.

En conclusión, sobre lo anterior nos permitimos decir que el positivismo estricto ya no es un modelo explicativo y aplicativo adecuado en la actualidad, al menos no para los casos complejos de nuestra actualidad, dado que el derecho se ha logrado como un modelo argumentativo basado en premisas de moralidad pública dentro de un marco de derechos humanos constitucionalizados y obligatorios en su aplicación para toda autoridad, de ahí que estamos ante un modelo modificado de derecho.

#### 4. TEORÍA DEL DERECHO EN EL PARADIGMA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Ahora bien, la otra parte de nuestras consideraciones se centran en que los cambios dados en el Derecho tienen relevancia para la actualidad del derecho constitucional y que tiene en su interior teórico, al menos eso defendemos, algunas propuestas renovadoras. Entre otras: La relación garantista entre democracia y Derechos Humanos; la defensa de los Derechos Humanos frente al poder privado interno y externo de los Estados; la auto-progresividad del derecho positivo por la constante interpretación del mismo con base en las Constituciones y el derecho internacional público; y la modificación de la noción de sistema constitucional por el de orden moral público fundamental, que tiene dos fuentes: Constitución y Derecho Internacional. Por lo anterior, se debe pensar que no hay jerarquía de valores sino recursos argumentativos, basados en un criterio orientador (principio pro persona); el respeto a la diferencia, las minorías, esto es, el pluralismo social, cultural y político; la no subordinación plena de la administración, la jurisdicción y los ciudadanos a la ficción de la voluntad general en el ejercicio legislativo; los derechos impersonales de tercera generación, como al medio ambiente sano y la sustentabilidad, el acceso a la tecnología, entre otros.



Zagrebel'sky<sup>26</sup> lo confirma, la ley estricta se ha desplazado como el principal orientador de las decisiones públicas y en su lugar hay un conjunto de obligaciones ético-pragmáticas. En contra de la idea anterior, habrá muchos argumentos sobre la imposibilidad de la objetividad de la moralidad pública, lo que terminaría por hacernos creer que hay en nuestra propuesta una forma teórica, filosófica e ideológica de estar a favor de la discrecionalidad arbitraria.

En el modelo de Estado Democrático Constitucional de Derecho la resolución de casos complejos atiende a la utilización de métodos de argumentación que ayudan a hacer más objetivos los postulados morales del orden jurídico. Tenemos que decir primero que en la solución de un problema la norma y el caso se relacionan de forma determinante, tanto como lo hace el método de argumentación y la solución<sup>27</sup>; así, dependerá del método de argumentación que utilizamos la respuesta que se ofrezca al problema, pero también de la respuesta que buscamos será el método que elegimos.

Es evidente que las respuestas que buscamos están basadas en conceptos relevantes (valores y principios) de difícil concreción. Entonces, los métodos deben ser adecuados a esa clase de respuesta. Lo relevante de esto es que Zagrebelsky ha dicho que todo método de argumentación, de por sí, remite a una cierta concepción ontológica del derecho, y, agregamos nosotros, que la manera en que se resuelven los casos puede decirnos la época jurídica en la que se encuentra un país. Consideramos que sería interesante incluir algunos ejemplos de casos que nos permitan decir algo sobre nuestra época jurídica.

Entonces, ¿Qué consecuencias trajeron para el ejercicio profesional del ámbito del Derecho las modificaciones sufridas en el Derecho

constitucional y su relación con nuestras consideraciones de los primeros párrafos? Creemos que lo que sucedió es que, ahora, es necesario responder cuáles son las reglas y métodos de argumentación que el abogado y el juez, además de otros operadores del Derecho, como los administradores públicos, deben saber para aplicar conceptos relevantes en su cotidiana relación con la aplicación de un modelo de Derecho basado en una dimensión que crea un espacio para la discusión de las razones en que se basan las decisiones.

Por lo anterior, en el ámbito del Derecho hoy en día se debe trabajar directamente con la Constitución y el Derecho Internacional Público, algo bien sabido pero que guarda muchas preguntas. En el caso del juez su visión se ha ampliado para procurar la mayor protección a seres humanos que no comparten la misma nacionalidad, costumbres, tradiciones, siquiera lenguaje; en definitiva, una sociedad pluralista en toda la extensión de la expresión.

Por otro lado, nos encontramos con la susceptibilidad de los bienes constitucionales locales, si aún se les puede llamar así, por los factores económicos, políticos, tecnológicos y ambientales que se suceden en ámbitos fuera del país donde la Constitución a la que pertenecen es la norma fundamental del Estado<sup>28</sup>.

26 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 2008. p. 13.

27 En "El derecho dúctil" Zagrebelsky menciona que es la norma la que debe determinarse por el caso y no el caso por la norma. Así, la norma que obtendremos como enunciado final o solución depende de las características del caso. De igual forma, creemos que el método de argumentación y la solución tienen una relación bilateral, como la tienen el caso y la norma, donde hay un elemento determinante. En el último de los casos, el tipo de solución que se busque se sobrepone a las técnicas y métodos de argumentación. Además, creer que el caso se debe subordinar a la norma es una forma de estar de acuerdo con una especie de violencia de lo jurídico sobre lo real, esto cuando la realidad se subordina a la norma.

28 SCHELS, Sabine. "Larga Vida al Gas Licuado". *Inversionista*. Edición de Diciembre-2013, pp. 26-29. En este artículo el análisis se centra en dos fenómenos económicos que están teniendo, por así decirlo, una especie de relación causal. Primero, la desactivación de la última planta Nuclear en Japón y, segundo, el aumento de la demanda de gas licuado en terreno Asiático. El punto que nos interesa es el párrafo en que se hace mención a la catástrofe ambiental que tuvo lugar en la planta nuclear de Fukushima, lo que no fue desmentido por sus operadores, de que el agua del subsuelo se ha mezclado con material radiactivo y podría estar llegando hasta el mar. Lo anterior debe sumarse a la postura pro energía nuclear del gobierno japonés explicada por la autora del ensayo. Ante estos casos: ¿Será que los países que comparten cercanías marítimas con Japón no ven en la anterior situación, más que notoria, una contrariedad con los derechos fundamentales de los habitantes de sus países, incluso, un atentado contra la salud pública en sus países? O, por otro lado, ¿Cuáles son las maneras, si no diplomáticas, jurisprudenciales, que involucren definitivamente al gobierno japonés en la producción de energías más limpias? ¿las instancias internacionales podrían modificar la política energética de un país? Estas y otras preguntas en casos como el expuesto, en la que se demuestra que el Derecho constitucional interno y sus instancias protectoras de los bienes constitucionales locales son la parte de una ingeniería jurídica que ha dejado de ser estatista, nacional, esto es, de soberanía interna.

Creemos que lo anterior ha hecho posible, y necesaria, la existencia de las instancias jurisdiccionales de carácter internacional posteriores a los máximos órganos jurisdiccionales de los países. Ejemplo: la relación entre Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta manera el Derecho constitucional de un país y los jueces del mismo son ahora parte de un ordenamiento jurídico aparentemente armónico, del que son el engranaje que se encarga de las causas y los efectos contrarios a los bienes jurídicos fundamentales en el ámbito de su competencia como instancias que anteceden a las internacionales.

Ahora bien, decíamos arriba que el modelo de derecho argumentativo está basado en premisas de moral pública dentro de un marco de derechos humanos constitucionalizados y obligatorios. En este punto, nuestro trabajo debe pasar por un comentario sobre la reforma constitucional de junio de 2011 a la Constitución mexicana, sin embargo, antes de eso, es necesario decir algo sobre la inclusión del Estado Mexicano al proyecto interamericano de los Derechos Humanos.

Carbonell<sup>29</sup> nos ha clarificado que a partir de la lectura del primer párrafo del artículo 1º constitucional<sup>30</sup> y el 28 de la Convención

29 CARBONELL, Miguel. *Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana*. En: Miguel Carbonell Sánchez y Salazar Ugarte (Coords.). *La reforma constitucional sobre Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2011, pp. 63-102, [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033\(12/06/2013\)](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033(12/06/2013)).

30 Artículo 1º constitucional. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

*En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

Americana de los Derechos Humanos<sup>31</sup>, el federalismo dual, como principio competencial del Estado está superado, dado que es una obligación para cualquier autoridad (administrativa, legislativa y judicial), sin importar su jerarquía, y por encima de la estructura federal del Estado, la promoción, el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos. La obligación de proteger judicialmente los derechos humanos se combina con la obligación de todas las autoridades, sin importar su jerarquía, los que deben protegerlos. Así, el federalismo judicial ha caído.

Se trata de que la función constitucional del juez esté basada en un principio de legalidad sustancial, el cual considera una segunda revolución en la naturaleza del derecho o alteración del paradigma positivista (como se clarificó en la primera parte de este trabajo).

Concomitantemente, la lucha por la operatividad de una moralidad pública en todo el ámbito profesional del derecho requiere de garantías argumentativas, entre otras:

El argumento principalista, del que se entiende que la justificación de las premisas puede estar basada, por ejemplo, en el principio que dice: “el trabajo es un derecho y un deber social”, a partir del cual se desprende la maximización de la operatividad del derecho a un salario mínimo digno para vivir, dado que si el trabajo es un derecho y un deber social, su producto también lo es, por lo que la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (CONASAMI) debería realizar de forma continua y pronta la modificación del salario mínimo, incluso para protegerlo de la política monetaria, fiscal, financiera y las tarifas oficiales sobre los energéticos que tanto daño le hacen a su poder adquisitivo (como fue el caso de 2014). La fortaleza de este argumento es que hace necesario un máximo de exigibilidad, por lo menos en términos económicos. La obligación del Estado de disponer del máximo de sus recursos (también los de capacidad para las decisiones políticas) para hacer efectivos los derechos humanos según lo que se menciona en el Pacto Internacional de

31 Artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la aplicación del derecho<sup>32</sup>.

Por otro lado, el argumento principalista puede confundirse con el argumento axiológico o moral, pero la diferencia radica en que el principalista es jurídico y el moral está compuesto de valores metajurídicos y abarcan la totalidad humana.

Pero no debemos quedarnos en el principalismo y el moralismo, dado que son argumentos altamente universalistas y abstractos que deben concretarse. Se deben buscar soluciones claras a problemas concretos. Por eso debemos tomar en cuenta los argumentos consecuencialistas, que prevén indebidos efectos en la aplicación de los argumentos antes aludidos (recordemos a MacCormick y la coherencia normativa). La prevención de indeseables efectos en el argumento consecuencialista se refuerza con los argumentos lógicos, que ofrecen claridad sobre los efectos económicos, sociales, políticos y culturales de las decisiones, esto es, el argumento lógico da razonabilidad y credibilidad a la estructura de las tesis de los jueces, o a los escritos de los abogados o autoridades que emiten un decreto o realizan un acto.

Por otro lado, cuando nos dicen que las consecuencias de las decisiones son varias, aparece el argumento de costo-beneficio, o análisis económico de la decisión, que, según José Ramón Cosío Díaz<sup>33</sup>, se trata de ponderar

32 Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>.

33 COSÍO DÍAZ, José Ramón. *Derecho y análisis económico*. México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 231-247. De entre los casos expuestos por el actual ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México está el caso de "la concesión para la explotación de aguas nacionales". En este mismo se coloca a la hipótesis jurídica de la norma como supuesto de la hipótesis económica, esto es, que el enunciado normativo es la base para el análisis económico de la conducta que se desarrollara basada en la norma. Así pues, en el caso descrito, hay consideraciones relevantes en el sentido de que, ante la posibilidad de que los particulares puedan explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales no existe un orden de prelación para la asignación eficiente del líquido vital, por lo que esa ineficiencia de la norma da lugar a conductas económicamente ineficientes. En este caso, la ineficacia de la norma para producir la eficiencia en el uso de un recurso escaso podría dar lugar a una situación en la que "no se garantiza el uso del agua donde tenga una mayor productividad social" (¿cree el amable lector que en este enunciado se encuentra un principio jurídico? Nosotros sí). En este texto no solo se demuestra la posibilidad de aplicar el análisis económico del derecho a la familia jurídica romano-germánica, sino también la necesidad y los beneficios de que los jueces y abogados lo hagan de forma más que frecuente, para

las consecuencias de aplicar en la realidad los principios o valores del Derecho, no para saber si deben o no aplicarse, sino para saber su justa medida aplicación.

Sin embargo, si se comprueba la imposibilidad o ineficacia de las consecuencias argüidas en el caso anterior, se deberá descartar la decisión tomada o parte de ella, con lo que tendremos que realizar un proceso de selección, y los argumentos de este proceso son llamados apagógicos.

Así, hemos dado cuenta de que a partir de los argumentos principalistas y morales, resta toda una construcción de la solución que los jueces y abogados derivaran de su relación dialógica. Las consecuencias, la veracidad, la lógica, la viabilidad y el análisis económico de las decisiones son parte de la aplicación de la ética pública en el ámbito profesional del derecho actual.

Ante todo lo anterior, hay un reto primero para el Estado mexicano, especialmente en el ámbito de la administración de justicia. Hace falta saber si los jueces y sus subalternos se han actualizado, y en qué medida<sup>34</sup>.

que, como en el caso expuesto, se puede proteger por encima de la norma escrita el derecho humano al aprovechamiento social del agua.

34 De acuerdo al censo nacional de impartición de justicia estatal 2012 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en el país había hasta hace poco un total de 590 magistrados que conformaron el pleno de los tribunales superiores de justicia y 3 248 jueces como parte de los 6 490 órganos jurisdiccionales existentes, esto contrastado con los datos que especifican sus edades y que demuestran, que hasta hace poco 3 069 del total que resulta entre magistrados y jueces se encontraban en el rango de edad de entre 40 y más de 50, con lo que nos ha causado incertidumbre saber si los jueces y magistrados del país se han regularizado para estar a la altura de los retos como los que en esta investigación se exponen, dado que, además de las anteriores cifras, pudimos darnos cuenta de que solo 179 contaban con estudios de doctorado. Sin embargo, hace falta saber si se han regularizado y en qué medida, lo que solo podría ser objeto del trabajo de los centros estadísticos del país, dado que esa información nos permitiría entender cuáles son las posibilidades de que la impartición de justicia en México se esté actualizando a los nuevos retos, pero lamentamos que información específica sobre la preparación de juzgadores en materia de Derechos humanos no la hemos localizado.

Por otro lado, la escolaridad de las personas que se encontraban trabajando para los órganos jurisdiccionales en las Entidades federativas nos ha llevado a alimentar nuestra incertidumbre sobre la impartición de justicia en México a más de dos años de la reforma al artículo primero constitucional, alejado de las necesidades que demanda el cumplimiento de los derechos humanos en ámbito profesional del derecho. Esto lo podemos decir porque constatamos que de las 39 489 personas que realizan funciones en la los órganos jurisdiccionales del país y que no son jueces ni magistrados, es decir, que fungen como secretarios, actuarios, secretarios de estudio y cuenta y/o proyectistas, otros servidores de carrera judicial, personal

## 5. CONCEPCIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO

Aunado a lo anterior, y más importante aún, son las próximas generaciones de abogados y jueces del país. Hace falta investigar de fondo los planes de estudio de las universidades.

Así, de esa revisión pueden surgir propuestas para la modificación de los planes de estudio, pero no solo en el sentido de la modificación del catálogo u orden de materias que se ofrecen, también se requiere ahondar en el contenido bibliográfico de las materias, ubicar a las universidades en cuanto a su visión jurídica a partir de esa variable y, por supuesto, hacer propuestas sobre métodos de enseñanza adecuados a la versión asumida por la universidad.

Sobre lo anterior, culminaremos este trabajo revisando la clasificación hecha por Rodolfo Vázquez<sup>35</sup> en cuanto a los modelos de ciencia jurídica y su relación con la enseñanza del derecho.

Es importante decir que Rodolfo Vázquez es más que atinado cuando menciona que el tema de la enseñanza del derecho está por encima de propuestas sobre qué o cómo se debe enseñar una materia o rama general del derecho (privado o público) y centra su atención en la idea de que es importante un debate sobre la enseñanza del derecho desde un enfoque filosófico, esto es, desde la propia concepción misma del Derecho.

Para empezar, Vázquez menciona cuáles son las preguntas a responder en este tópico:

¿Qué concepción del Derecho se quiere enseñar?

¿Cuál es la metodología adecuada o coherente con tal concepción?

*administrativo y de apoyo, de éstas personas, 10 389 habían logrado cursar hasta la preparatoria y solo 1 306 lograron estudios de maestría o doctorado. Así también, tenemos que el mayor grosor en los datos con respecto a nivel de escolaridad se refleja en las personas que terminaron una licenciatura (que por cierto no se especifica cuántas de estas terminaron una carrera en estudios jurídicos y cuáles no) y que resultan ser un total de 18 527.*

Visto el 1/13/2014 en: [http://www.inegi.org.mx/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/justicia/2012/Resultados\\_CNIJE2012/Resultados\\_CNIJE2012.pdf](http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/justicia/2012/Resultados_CNIJE2012/Resultados_CNIJE2012.pdf)

35 VÁZQUEZ, Rodolfo. *op. cit.*, pp. 181-195.

¿Qué objetivos se espera alcanzar en los estudiantes de acuerdo con la concepción y metodología elegidas?

Convenimos también con el autor citado en que, ya de por sí, las facultades de Derecho tienen un carácter, una manera de ser, reflejada en sus docentes y alumnos, que dirige a la institución con una visión jurídica y que marca su rumbo.

Sin más alargues, presentemos las concepciones del derecho que se identifican con una determinada enseñanza del derecho.

La primera es la concepción positivista ortodoxa<sup>36</sup>. Es para nosotros desconcertante haber descubierto que la enseñanza del derecho basada en esta visión jurídica no está alejada de la versión decimonónica del derecho. La escuela de la exégesis en Francia, la jurisprudencia de intereses en Alemania y la jurisprudencia analítica de Inglaterra.

Esta concepción ha prevalecido tanto en el siglo XX como a principios del presente, muy a pesar de la gran “revuelta contra el formalismo” del siglo anterior.

Citando a Bobbio, Vázquez explica que metodológicamente esta concepción pretende un enfoque descriptivo y a-valorativo. Mientras que, citando a Cossío Díaz, dice de esta concepción que es un enfoque plenamente normativo, que amerita solo el estudio de las normas generales, como las leyes y la evasión del estudio de las fuentes reales y la historicidad sobre el origen de las normas.

Ahora bien, la concepción que se quiere enseñar sería la que se basa en las características de una visión jurídica europeizante y decimonónica como habíamos dicho. Estas características serían: a) Derecho como sistema de normas coactivas. El Derecho reglamenta el uso de la fuerza; b) la norma jurídica como mandato; c) La ley como principal fuente del Derecho. Las demás estarían subordinadas, incluso el Derecho natural; d) Sistema jurídico como pleno y coherente y, por último, e) interpretación y aplicación lógica de la ley.

Por último, ideológicamente, Vázquez nos explica que un positivista tiene el “deber moral”

36 *Ibíd.* p.181.

de creer en la identificación de la justicia de la norma con su validez, o bien, que el derecho, independientemente de la calificación moral de su contenido, ayuda a lograr fines como la certeza o justicia legal. La obediencia a la norma es un deber moral.

El tipo de enseñanza jurídica que se deriva de la metodología, la teoría y la ideología descrita es la que se resume en una cita que Rodolfo Vázquez hace de Martín Bohmer, la que transcribimos por ser clara y directa, y que dice lo siguiente:

La discusión crítica y la investigación empírica o normativa no tienen cabida en este esquema. No deben sorprender la carencia de aulas que permitan un diálogo al estilo de los seminarios, la falta de espacios para el debate y la inexistencia de clases y evaluaciones que tiendan a entrenar en la resolución de casos, en el análisis crítico de textos legales, o en la defensa de algún cliente. **El diseño del plan de estudios calca el diseño del sistema jurídico:** un curso para la constitución, otro para el código de procedimientos civil, dos para el código penal, y debido a su extensión, varios para el código civil, etc. Las evaluaciones son en general a libro cerrado y con preguntas sobre diversos temas para saber cuánto recuerda el alumno de los textos estudiados o si los ha comprendido<sup>37</sup>. (Énfasis añadido).

Rodolfo Vázquez nos explica que un indicio de que una Facultad Derecho se ha decidió por esta concepción de la justicia, es que en sus bibliotecas no se encontrarían más libros sobre teoría del derecho o filosofía analítica o moral, sino libros hechos con la intención de comentar leyes y códigos o incluso encontraremos en los anaqueles una gran cantidad de leyes, códigos y constituciones. Mientras tanto, los pocos libros que no concuerdan ni de cerca con el plan de estudios de la división de abogados no serían muy consultados por los alumnos, a menos que se trate de una consulta que, consciente o inconscientemente, podría no ser útil para las clases<sup>38</sup>.

Así también, si hablamos de la base teórica sobre la que se sostiene el positivismo teórico, es

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 183.

la idea de que la primacía de la ley es resultado de un consenso político mayoritario, y que la división de poderes dejaría para el juez un papel neutral y de mero aplicador del texto legal.

Por lo que respecta al ejecutor de esta clase de enseñanza, el docente sostiene las tesis de coherencia y plenitud, con lo que solo tiene el deber de repetir lo que ya está dado y completo, calificándose de imprudente el alumno que cuestiona o hace comentarios en clase que sostengan tesis contrarias. En conclusión, en este modelo de Facultad de Derecho es mejor maestro un abogado que un teórico del Derecho, o tal vez no es que sea mejor, solo que no se requiere.

Las universidades que deseen pasar de una visión jurídica positivista ortodoxa a otra concepción que sea crítica y en favor de la capacidad de reflexionar profundamente el Derecho, para formar estudiantes que sean autores del derecho y no actores de las leyes, entonces, según Rodolfo Vázquez, es necesario lo siguiente: (i) una actividad universitaria que demande una intensa dedicación; (ii) que la tarea de abogado o juez se subordine a la de enseñar derecho; (iii) consecuencia de lo anterior, profesionales de tiempo completo.

Con respecto a los estudiantes, estos, acordes con la concepción de la universidad tendrían las siguientes características: (i) habituados a repetir el contenido de las normas sin criticarlo o cuestionarlo; (ii) cohibidos de hacer cualquier juicio moral o político durante la clase y, por último, (iii) conservadores, dado que el derecho no es para denunciar lo que debe cambiar, sino para que se obedezca lo que se ha ordenado en el enunciado normativo.

Por último, Vázquez termina por señalar que es en América Latina donde este paradigma no solo es una herencia continental, sino que constituye el paradigma más relevante. Nosotros deseamos, antes de terminar este capítulo, dejar la siguiente pregunta: ¿La libertad de pensamiento y el derecho a la libertad de opinión no es coartado a los estudiantes de derecho (siendo uno de los sectores sociales más politizados e importantes), con un plan de estudios que les enseña que criticar la decisión pública que se traduce en una ley no es correcto, o por lo menos no es necesario profesionalmente?

La siguiente concepción es la llamada crítico-realista<sup>39</sup>. Nuestro autor guía, Rodolfo Vázquez, se centra en una corriente Norteamericana reciente llamada Critical Legal Studies (CLS). Esta corriente sostiene algunas de las siguientes tesis: a) relativa autonomía del Derecho con respecto a su dimensión histórica y social; b) interdiscipliniedad del Derecho; c) dimensión política del Derecho y el discurso jurídico; d) indeterminación del Derecho; e) carácter ideológico del Derecho y sentido político de la práctica de jueces y abogados; f) Derecho como factor de conservación y al mismo tiempo herramienta de transformación.

A partir de lo anterior es posible mencionar como sería la enseñanza que propone el movimiento CLS. Para empezar las universidades son escenarios de efervescencia política, dado que los seguidores del movimiento saben que el derecho y la profesión tienen carácter ideológico y un sentido político.

También, es de señalar que, dado el carácter político del Derecho, los grandes despachos de abogados, sobre todo en Estados Unidos de América, requieren a los recién egresados para moldearlos según su concepción política del Derecho, con lo que, según Vázquez, podrían estar jugando las universidades el papel de proveedores de universitarios dóciles. Lo anterior terminaría con cualquier preparación histórica, filosófica, social o libre, que el estudiante haya adquirido antes.

Citando a un partidario del movimiento, Duncan Kennedy, se resaltan algunas características, continuando con la dimensión política, de los educandos, como son las siguientes: 1) perezosos e incompetentes; 2) inseguros y débiles; 3) resignados a la dependencia; 4) convencidos de que lo mejor es el cuidado de ellos bajo una institución o corporación.

Creemos que la aceptación del carácter ideológico y político de la práctica del Derecho, dentro de cualquier corriente, acaba con la dimensión histórica, social y filosófica, con la interdiscipliniedad, si la institución o corporación en que se integra el egresado no la toma en cuenta y, por último, se termina con el Derecho como factor de cambio social si

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 184.

los grupos, diríamos ya políticos, son de corte conservador.

Una vez más, con respecto a la fuerte relación entre Derecho, ideología y política, se presenta una estructura sumamente jerarquizada de la profesión jurídica en sus siguientes elementos: 1) de los despachos jurídicos entre sí y hacia su interior; 2) del sistema judicial; 3) entre abogados y clientes; 4) en sociedad porque el abogado es parte de la elite. Así, la enseñanza del Derecho sirve y reproduce estas jerarquías<sup>40</sup>.

Por último, en el orden de los planes de estudio habría que ser minuciosos, dado que la pugna entre posturas de acción política de los grupos académicos en las universidades esconde, dentro del currículum universitario, una prelación de materias que descubriría al grupo político, y por lo tanto al pensamiento jurídico, predominante en un momento dado.

La existencia de materias obligatorias en los planes de las universidades hace pensar en un contenido que no está al alcance de los grupos políticos, pero nosotros preferimos decir que, aunque se trate de cuestiones técnicas, todo en ello es cuestionable también.

En concreto el movimiento CLS se define bajo las siguientes premisas: 1) integración de materias (v.g. historia del derecho y derecho constitucional o teoría del derecho y materia de contratos); b) razonamiento jurídico aunado con el nivel teórico, político y social; c) no desecha el manejo técnico, para llegar hasta el fondo del mismo y, así, defender otras alternativas; d) responsabilidad y compromiso social del jurista, parte fundamental de la propia concepción del derecho; e) derecho como factor de transformación y cambio social, y f) activismo político del juez que garantice lo anterior<sup>41</sup>.

Hemos visto pues que, aunque el CLS rebasa el positivismo ortodoxo, por otro lado, no asegura que todas sus tesis se realicen, esto porque al convenirse por los actores de las universidades y las entidades públicas y privadas sobre el carácter político e ideológico del derecho, se crea una pugna en el medio que termina por ser dominada

<sup>40</sup> *Ibid.* p. 186.

<sup>41</sup> *Ibid.* pp. 187-188.

por una de las posturas en conflicto, afectándose la esencia crítica del propio movimiento.

Por último, tenemos la concepción argumentativa y democrática<sup>42</sup>. Siguiendo la división de análisis de Bobbio (metodología, teoría e ideología), esta postura tiene los siguientes caracteres.

Desde el punto de vista metodológico la pregunta sobre qué es el Derecho se responde diciendo que es una forma de argumentación. Tres son los tipos de argumentación determinados por tres tipos de casos en que se desenvuelve esta concepción del Derecho, siendo los siguientes: 1) Los casos fáciles, que son aquellos en los que no hay más que aplicación simple del Derecho. La clase de argumentación será la llamada lógica, que trabaja con premisas y una conclusión de manera silogística; 2) los casos difíciles, dados cuando no hay solución aceptada como común para un caso. El tipo de argumentación es material, aunque también dialéctica o retórica, dado que se basa en principios que son aplicados por el juez y se sostienen tesis que se defienden con razones, y también porque hay una relación dialéctica entre abogados y jueces, intentando los primeros responder la pregunta: ¿Cómo se puede persuadir a otro u otros de algo? Por último, 3) los casos trágicos, aquellos en que no hay respuesta correcta, y que por lo tanto requieren de la ponderación y la aplicación de una moral jurídica, ejemplo, los principios constitucionales. Por lo tanto también requieren de la argumentación material y dialéctica.

Prosiguiendo, desde el punto de vista teórico, la concepción argumentativa y democrática comienza en la distinción, formulada por Ronald Dworkin, entre principios y reglas. La concepción del derecho aludida tendría los siguientes caracteres: a) el derecho es un conjunto de normas que contienen reglas, principios en sentido amplio (normas programáticas) y principios en sentido estricto; b) es concebible con un Estado legalista decimonónico y un Estado Constitucional de derecho. Este último es propio de una visión en que principios y Derecho constitucional son preponderantes en casi todos los ámbitos; c) una argumentación dentro de los límites de la moral pública establecida. Así, se

<sup>42</sup> *Ibíd.* p. 188.

diferencia del indeterminismo y el decisionismo de los crítico-realistas.

Por su lado, bajo consideraciones de Atienza citadas por Rodolfo Vázquez, la preparación de juristas tendría las siguientes características: 1) integración de diversas esferas de la razón práctica (moral, derecho y política); 2) fomento de la idea de que la razón jurídica no solo trata de medios, sino también de fines; 3) el jurista no solo busca el éxito o lo útil, sino el deseo de corrección, la pretensión de justicia; 4) capacidad para justificar las decisiones, como carácter de una sociedad democrática; 5) convicción sobre principios para la justificación de las decisiones (coherencia normativa en MacCormick o de universalidad en Alexy); 6) la idea de que el derecho no solo logra objetivos sociales, basados en una moral social, sino que justifica decisiones basados en una moral justificada o crítica.

Ahora bien, desde el punto de vista ideológico, creemos que la concepción atiende a las siguientes premisas: a) el Derecho tiene su fundamento en razones morales enmarcadas en principios, valores y derechos humanos contenidos en documentos jurídicos fundamentales, y b) el operador jurídico tiene el deber de justificar sus decisiones en base al contenido fundamental del ordenamiento con la finalidad de conseguir su realización.

Desde el anterior punto de partida, consideramos que la enseñanza debe procurar una formación que logre habilidades para justificar las razones puestas a la hora de proponer soluciones a problemas concretos. Lo anterior supone sustancialmente un contenido democrático en los planes de estudio, por las siguientes razones: 1) respeto de la autonomía personal del educando; 2) respeto a la dignidad humana; 3) respeto por la libertad de pensamiento, de opinión y de convicciones éticas; 4) aulas propicias para la crítica, el debate y la convergencia de las diferencias, y 5) fomento de perfiles plurales, tanto de profesores como de estudiantes.

## CONCLUSIÓN

En conclusión, creemos que las posturas comparadas nos muestran la importancia de la concepción del Derecho y su influencia en la manera en que este se enseña, repercutiendo en la práctica diaria, traduciéndose en la manera o

la amplitud con la que los operadores jurídicos aplican nuestros derechos, libertades y en general la manera en que es formulada la decisión jurídica.

Queda por mencionar que la última versión mostrada, a la que nos inclinamos por convicción y congruencia con los primeros párrafos de este ensayo, nos demuestra que si lo que deseamos es una sociedad constitucional y constitucionalizada, no será posible si nuestra concepción del Derecho se reduce a mandatos de autoridad o a una pugna entre visiones jurídicas con sentido político.

Es preferible una enseñanza, una concepción del Derecho, argumentativa y democrática, dado que representa el derecho a adquirir habilidades para criticar y proponer en todos los ámbitos del Derecho, desatándose así un potencial para el cambio social, contenido o dirigido a lograr los principios, valores y derechos humanos reconocidos por nuestras constituciones y que requieren de efectividad.



## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel. Introducción al estudio del Derecho. México, Fontamara, 2011.
- ALCHOÚRRON, Carlos. BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires Argentina, Astrea, 1974.
- ATIENZA, Manuel. En: Ciencia Jurídica. El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía.
- Artículo 1º constitucional. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>
- Artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>
- BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho. EN: Nicolás López Calera et al. Funciones del derecho. El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía. Tomo 11, Segunda Edición, Madrid, Trotta, 2000.
- CALSAMIGLIA, Albert. En: Ciencia Jurídica. El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de filosofía.
- CARBONELL, Miguel. Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana. En: Miguel Carbonell Sánchez y Salazar Ugarte (Coords.). La reforma constitucional sobre Derechos Humanos: un nuevo paradigma, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2011, [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033\(12/06/2013\)](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033(12/06/2013))
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón. Derecho y análisis económico. México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Censo nacional de impartición de justicia estatal 2012 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).
- [http://www.inegi.org.mx/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/justicia/2012/Resultados\\_CNIJE2012/Resultados\\_CNIJE2012.pdf](http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/justicia/2012/Resultados_CNIJE2012/Resultados_CNIJE2012.pdf)
- FERRAJOLI, Luigi. JUAN MORESO, José. ATIENZA, Manuel. La teoría del derecho en el paradigma constitucional. México, Fontamara, 2013.
- HART, Herbert. The concept of Law. Citado por Albert Calsamiglia. Pospositivismo. EN: Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2013, página web de la biblioteca virtual Miguel de Cervantes, España.
- [www.cervantesvirtual.com/controladores/busqueda\\_facet.php?q=Calsamiglia\(12.06.2013\)](http://www.cervantesvirtual.com/controladores/busqueda_facet.php?q=Calsamiglia(12.06.2013)).
- ROBLEDO, Alonso G. "El debate en México". En: Nexos. Edición de Mayo-2007.
- SERNA, Pedro. Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos, de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas. México, Porrúa, 2006.
- SALAZAR UGARTE, Pedro. La democracia constitucional. Una radiografía teórica. México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SAGUÉS PEDRO, Néstor. Teoría de la Constitución. Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2001.
- SCHELS, Sabine. "Larga Vida al Gas Licuado". En: inversionista. Edición de Diciembre-2013.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. Teoría del derecho. México, Oxford, 2012.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid, Trotta, 2008.



**VIGENCIA DE LA ESCUELA HISTÓRICA EN LA  
ENSEÑANZA DEL DERECHO\***

**VALIDITY OF THE HISTORICAL SCHOOL  
IN LEGAL EDUCATION**

**VIGÊNCIA DA ESCOLA HISTÓRICA NO  
ENSINO DO DIREITO**

**Alie Pérez Véliz<sup>a</sup>**

alievez@fcsh.upr.edu.cu

Fecha de recepción: 23 de mayo 2014

Fecha de revisión: 14 de febrero 2015

Fecha de aceptación: 16 de febrero 2015

**RESUMEN**

Ciertas interpretaciones contemporáneas a la tesis del “fin de la historia” hicieron creer innecesarios los enfoques históricos. Desde el siglo XIX se fundamentó por Federico Savigny la Escuela Histórica, cuyo principal aporte fue el método histórico en los estudios de Derecho. La doctrina jurídica contemporánea y la práctica han mostrado, sin embargo, la vigencia de los enfoques históricos para una mejor comprensión de la evolución de las instituciones, lo que es particularmente trascendente a la enseñanza del Derecho. Algunos autores han resaltado como principales elementos de vigencia el reconocimiento de que el Derecho es parte integrante de la vida nacional y que la ley no puede ser impuesta arbitrariamente a un país sin tener en cuenta su grado de civilización e historia pasada, la

*\*El trabajo es resultado del informe conclusivo de un proyecto de investigación; es parte de una tesis doctoral en Ciencias Pedagógicas sobre formación histórica del jurista.*

*a. Extracto de hoja de vida: Licenciado en Historia y Licenciado en Derecho. Master en Ciencias de la Educación. Especializado en Didáctica de las Ciencias Sociales. Doctor en Ciencias Pedagógicas. Profesor Auxiliar e investigador en las áreas de Historia, Derecho y Ciencias de la Educación en la Universidad de Pinar del Río, Cuba. Es autor de más de 20 artículos científicos en revistas especializadas y de un libro sobre Didáctica del Derecho.*

*Afiliación institucional: Universidad de Pinar del Río, Cuba  
Entidad en que se desarrolló el trabajo: Universidad de Pinar del Río, Cuba*

**MISIÓN JURÍDICA**

**Revista de Derecho y Ciencias Sociales**  
Bogotá, D.C. (Colombia)  
Colaboradores Externos Internacionales  
Núm. 8, Año 2015  
enero-junio, pp. 75-83.  
ISSN 1794-600X

necesidad de una interpretación con perspectiva histórica de las normas de Derecho y la necesidad de un estudio histórico y contextualizado de las instituciones de Derecho para su regulación normativa.

Se desarrolló como principal problema de investigación en este trabajo la necesidad de fundamentar doctrinalmente la vigencia de la Escuela Histórica en la enseñanza del Derecho, a partir de sus aportes más significativos al estudio de la legislación y las instituciones.

### **PALABRAS CLAVES**

Escuela histórica, método, enseñanza, Derecho, Savigny.

### **RESUMO**

Algumas interpretações contemporâneas para a tese do “fim da história” fizeram acreditar desnecessárias abordagens históricas. Desde o século XIX foi fundado, por Federico Savigny, a Escola Histórica, cuja principal contribuição foi o método histórico nos estudos do Direito. A doutrina jurídica contemporânea e a prática têm mostrado, no entanto, a validade das abordagens históricas para uma melhor compreensão da evolução das instituições, que é particularmente importante para o ensino do Direito. Alguns autores têm destacado, como elementos-chave do reconhecimento efetivo, que o Direito é parte integrante da vida nacional, e que a lei não pode ser imposta arbitrariamente em um país, sem levar em conta seu grau de civilização e história passada; ou seja: a necessidade de uma perspectiva histórica das regras de interpretação da lei e de um estudo histórico e contextualizado das instituições do Direito para sua regulamentação normativa.

Desenvolveu-se como problema de pesquisa principal, neste trabalho, a necessidade de se substanciar doutrinariamente a validade da Escola Histórica no ensino do Direito, a partir de suas contribuições mais significativas para o estudo da legislação e das instituições.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Escola histórica, método, ensino, Direito, Savigny.

### **ABSTRACT**

Some contemporary interpretations to the thesis about “the end of history” made us believe that historical focuses are unnecessary. Since XIX century was founded by Federico Savigny the History School, which its main contribution was the historical methods in Law Studies. Contemporary Judicial doctrine and its practice have shown, however, the validity of the historical focuses for a better comprehension on the evolution of institutions, which is particularly transcendent in teaching Law. Some authors have highlighted as principal elements of validity the recognition that Law is a component of national life and the law can not be wrongfully imposed to a country without taking into account its level of civilization and past history, the need of and interpretation with a historical perspective of the norms in Law and the necessity of a historical study and with context in the Law Institutions for its normative regulation.

It has been developed as a main research problem in this study the need to lay the foundation in the doctrine of validity of the History School in Law teaching, through its most significant contributions to legislation and institutional studies.

### **KEY WORDS:**

History School, method, teaching, Law, Savigny.

### **INTRODUCCIÓN**

Los estudios jurídicos comenzaron en las universidades europeas, tanto latinas como anglosajonas, en la etapa de crisis y descomposición del régimen feudal, y tuvieron sus similares en los centros teologales musulmanes e hindúes. Es por ello que existen cuatro grandes modelos de formación de los profesionales del Derecho, en correspondencia con los cuatro sistemas de Derecho más difundidos.

El primero de estos modelos formativos es el romano-francés, cuyos orígenes se encuentran en Grecia antigua; aunque es en Roma donde el Derecho es despojado de su carácter sagrado, y se asume su enseñanza como la de un conjunto de normas humanas encargadas de regir las relaciones sociales, con esferas de actuación delimitadas a redactar fórmulas de actos jurídicos,

a ejercer la abogacía con acciones directas y orales, y a realizar consultas sobre dictámenes jurídicos emitidos.

Su proceso formativo prioriza el conocimiento textual de las leyes y los códigos del Derecho positivo (vigente) descuidando generalmente el análisis contextualizado de cada caso. Por ello sus currículos están repletos del estudio de constituciones, códigos penales, civiles y otros que casi nunca enfocan el Derecho como una forma especial de relación social regulada por el Estado.

Este modelo se sustenta en un método de razonamiento deductivo, que partiendo de formulaciones generales de la ley, confeccionadas con una intencionada abstracción por los legisladores, y precedentes de un proceso creativo llamado acto normativo, deben ser adecuadas por el intérprete de la norma al caso concreto. El tránsito se da de lo general y abstracto a lo particular y concreto; ese método de razonamiento para la elaboración, interpretación y aplicación de la norma jurídica se repite en su enseñanza, y llega a determinar el diseño curricular y los contenidos esenciales de las carreras de Derecho.

El segundo modelo de formación corresponde al sistema de Derecho anglosajón o de *Common Law*, que recorre el camino de priorizar el precedente judicial o fallo de los tribunales superiores de apelación que sientan precedente (vinculantes), luego el acto normativo y finalmente la costumbre jurídica.

En este modelo el método de razonamiento que se prioriza es el inductivo; se parte de los casos concretos, de identificar en ellos ciertas regularidades o características estables, comunes a todos los de una misma o similar naturaleza, para luego elevarlos a generalizaciones abstractas, contenidas en el razonamiento de los fallos de los máximos tribunales, que luego se convierten por sí mismo en ley. Aquí la verdadera norma de conducta no está en lo producido directamente el legislador, sino en la interpretación más abstracta y generalizable que haya hecho el juez de la obra legislativa.

Aplicado en Gran Bretaña y sus antiguas colonias, pretende basarse en la capacidad inherente del hombre para ser justo y se sustenta en el estudio de las soluciones jurídicas anteriores

y su aplicabilidad futura, lo que le da un giro más conservador o perpetuador al Derecho. Los currículos recorren obligatoriamente el estudio de los casos archivados más significativos, y apuestan fuertemente por la formación práctica preprofesional como clave para la preparación de los futuros juristas.

El sistema de Derecho Musulmán es el tercer modelo, el cual constituye una fusión de preceptos teológicos con normativas de dimensión jurídica. Los centros encargados de la formación de juristas son los altos centros teologales que interpretan del Corán las leyes reveladas por Alá a Mahoma, y que deben ser respetadas como sagradas y superiores por los hombres.

El cuarto y último modelo de formación de profesionales del Derecho es el asiático o hindú. Este se sustenta en el arraigo de las costumbres y la rígida estratificación social (sistema de castas) que recuerda la época remota de las llamadas leyes personales. Se presenta en la India, Pakistán y Bangladesh con especial fuerza; y aunque prevalece dentro de las comunidades rurales y en las zonas pobres de las principales ciudades, dentro de la concepción de lo que hoy en la doctrina se nombra como derecho tradicional alternativo (o popular) va perdiendo cada vez más fuerza y originalidad ante el embate de los modelos occidentales, principalmente el anglosajón, traído por los antiguos colonizadores y copiado por los actuales sectores gobernantes nacionales.

Todos tienen en común la necesidad de un estudio del Derecho con perspectiva histórica, que revele los antecedentes de las instituciones y familias del Derecho. Se remontan a las costumbres, derecho precedente o normas aprobadas con anterioridad.

## METODOLOGÍA

La metodología empleada para esta fase de la investigación se sustentó en los métodos cualitativos, aunque insertados en un enfoque general de tipo dialéctico, donde se buscó respetar como máxima la importancia de la relación teoría-práctica para las indagaciones realizadas. El método más empleado fue el histórico-lógico aplicado al objeto; así como el de Derecho comparado, fundamentalmente en lo relativo a encontrar las semejanzas y diferencias

existentes entre los grandes sistemas de Derecho reconocidos por la doctrina.

Se emplearon además como procedimientos generales de investigación el análisis y la síntesis, la inducción y la deducción; así como el enfoque de sistema y la revisión bibliográfica.

### DESARROLLO DEL TEMA

Los orígenes del historicismo jurídico en el sistema de Derecho romano-francés, como concepción jusfilosófica general y como fundamento epistemológico particular de la ciencia jurídica, se remontan a la llamada Escuela Histórica del Derecho, desarrollada por autores alemanes como Savigny, Puchta, Jakob, Wilhelm Grimm, Eichhorn, Niebuhr y Windscheid; los cuales escribieron sus obras fundamentalmente en el siglo XIX.

El planteamiento común de estos autores radica en que el origen del Derecho debe situarse con base en la evolución histórica de un determinado pueblo, cuyo espíritu se manifestaba originariamente en forma de costumbres y tradiciones. Lo anterior estaría determinado porque esta concepción jusfilosófica se levanta como respuesta al movimiento codificador francés, el cual, a raíz de las conquistas de Napoleón Bonaparte, pretendía extrapolar el Código Civil napoleónico a los territorios conquistados.

Los precursores de la Escuela Histórica del Derecho recibieron la doble influencia del historicismo filosófico, de estilo clásico; y de la pandectística jurídica, dedicada al análisis del Derecho Romano. Ambas fueron las fuentes epistemológicas generales de las que brotó la teoría del historicismo jurídico, luego de ser utilizadas como arma teórica para dar respuesta a la creciente intención de establecer un código civil para toda Alemania, al estilo del francés.

Para esta época el historicismo se concibe como una tendencia filosófica, inspirada en las ideas de Benedetto Croce y Leopold von Ranke, que considera toda la realidad como el producto de un devenir histórico. Concibe al ser esencialmente como un devenir, un proceso temporal, que no puede ser captado por la razón. Concibe el devenir como historia y utiliza más lo que ellos llaman “ciencia del espíritu”.

Según este historicismo, la filosofía es un complemento de la historia. Su tarea consiste en llevar a cabo una teoría de la historia. Esta se propone efectuar una exploración sistemática de los hechos históricos. Los hechos políticos, científicos, técnicos, artísticos, religiosos, etc., pueden ser considerados hechos históricos porque tienen importancia para la vida del hombre.

Sin embargo, esta teoría del historicismo desarrollada como además filosófica, es más sincrónica que precedente de la Escuela Histórica del Derecho. Es más justo ubicar como antecedente filosófico del historicismo en el campo del Derecho lo que Friedrich Meinecke llamó movimiento historicista alemán. Los gérmenes de tal enfoque fueron encontrados por Meinecke:

(...) en dos grupos, de los cuales, uno, el menos considerado en conjunto, solo de un modo mediato ha preparado la vía al historicismo, principalmente por haber elevado la vida espiritual alemana; en tanto que el segundo ha contribuido directamente a la formación del primitivo historicismo con más o menos residuos de las viejas concepciones (Meinecke, 1982, p. 247).

Meinecke sitúa en el primer grupo a Lessing, Winckelmann, Schiller y Kant; mientras que en el segundo ubica a Möser, Herder y Goethe. Para separar ambos grupos plantea:

(...) la oposición entre una manera de pensar en mayor tensión hacia determinados ideales y aquella otra que también tiene a la vista ideales semejantes, y por ello frecuentemente coincidente con la primera, pero que, al mismo tiempo, rastrea con impulso creador el secreto de la individualidad en la vida y en la historia... (Berchmans, 2008, p. 8).

La diferencia sustancial entre los dos grupos temporalmente sucesivos, para este autor, radica en la evolución de una tendencia idealizante a una individualizadora.

Möser debió jugar un papel protagónico como antecedente de los planteamientos de Savigny. Este pensador consideró todo intento por buscar principios y reglas intemporales para explicar

la realidad como una forma de pensamiento desintegrador de la propia realidad; negó con ello el intento de hallar ideas eternas, que sirvieran para entender cualquier época y cualquier hecho, despreciando totalmente del tiempo histórico, lo contingente y causal que hay en él. Su alternativa se sustentó en la noción de experiencia directa y en creación, en la dinámica que supone el movimiento histórico, y bajo que formas se expresa este en la comunidad.

Herder dio un paso decisivo en la posterior aparición de la Escuela Histórica al plantear que “el derecho debe ser válido para el pueblo al que únicamente ha de ser destinado como un traje a medida, y posee una necesidad y una justificación propia para cada realidad histórica” (Berchmans, 2008, p.8).

Esta idea trató de superar la concepción predominante sobre el carácter cerrado del mundo del espíritu y del racionalismo, priorizando el estudio de la experiencia vital de un mundo más inmediato.

Pese a que muchos autores sitúan el comienzo de los primeros textos historicistas del Derecho en los escritos de Niebuhr y Gustavo Hugo, se considera que el inicio de la escuela histórica ha de situarse a raíz de una polémica doctrinal surgida entre Savigny y Thibaut. Éste último publicaría en 1814 la obra: “*Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*”, donde defendería la elaboración e implantación a corto plazo de un código para toda la nación alemana. Savigny le respondería ese mismo año en un famoso texto titulado “*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la Ciencia del Derecho*”.

La crítica de Savigny, si se quiere primer precursor de la Escuela Histórica, se basaba en la nefasta pretensión de algunos contemporáneos de pedir nuevos códigos que “(...) debían garantizar una mecánica exactitud en la administración de la justicia” y además “estar completamente libres de toda histórica influencia, y por obra de una solemne y extraña abstracción, debían adaptarse a todos los pueblos y a todos los tiempos” (Savigny, 1977, p. 39-40).

La alerta de este pensador alemán va más allá y enuncia los peligros de no contextualizar la aplicación del Derecho; de que el juez no gozara de flexibilidad para leer la pretensión del legislador a

la luz del momento de administración de justicia, y teniendo en cuenta las condiciones personales de los sujetos implicados en el caso concreto; al respecto, y refiriéndose a la pretensión de codificación para toda Alemania, denuncia “el magistrado, dispensado de todo juicio propio, debía limitarse a una simple aplicación literal de la Ley” (Savigny, 1977, p. 39-40).

En su reflexión teórica, este jurista desenmascara el intento de algunos autores de limitar el Derecho a producto del acto normativo de los Estados. Entendido de ese modo, el contenido de la legislación y de la propia ciencia jurídica sería algo sumamente accidental y variable, lo que pondría en duda, desde su propia esencia, la posibilidad de comprender el Derecho como ciencia y como práctica profesional.

Savigny afirmaría que no era sensato aplicar un mismo cuerpo para toda Alemania, pues la tradición jurídica nacional era demasiado endeble como para ser compatible con tal pretensión. Precisamente por ello priorizaba la investigación sobre los orígenes del Derecho alemán, y más concretamente, la recuperación del Derecho antiguo. Sostenía también que la única forma correcta de proceder era mediante una ciencia jurídica orgánica y progresiva que consiga aglutinar a toda la nación, y no un sistema artificial que traería la unidad para sólo una mitad de Alemania, dejando a la otra mitad muchísimo más separada que antes.

Sobre el método que aporta la Escuela Histórica del Derecho, llamado por este autor método histórico-jurídico, vale señalar que el propio Savigny indica la injusticia de interpretarlo como una veneración exclusiva del Derecho Romano, o la sobrevaloración de determinadas fuentes del Derecho Histórico. La esencia de los procedimientos que estructuran el método muestra la necesidad de combinar pasado y presente en la actuación judicial, al respecto refiere que su objeto es “encontrar hasta en su raíz la doctrina toda del pasado, es descubrir el principio orgánico, de manera que cuanto haya vivo se separe de las partes muertas ya, las cuales quedarán como meros objetos del dominio de la historia” (Savigny, 1977, p. 43).

Hay otra idea que está en la base de la teoría de Savigny, y que es esencial para comprender la posibilidad de la extrapolación de sus

fundamentos al contexto jurídico latinoamericano. Él planteaba que en Alemania son igualmente importantes el Derecho Romano, por el alto grado de cultura en que se ha producido, sirviendo de ideal y de tipo a la ciencia moderna, y el Derecho germánico, por su proximidad a las costumbres que se han desarrollado a lo largo de la historia del pueblo alemán.

En Latinoamérica es justo reconocer una base jurídica romanista en la configuración de sus instituciones de Derecho, y esto no es exclusivo al Derecho privado, sino que se extiende al público. Pero existen dos fuentes históricas adicionales que se deben reconocer articuladoras de un Derecho "latinoamericano": el Derecho indiano y los Derechos patrios. Por Derecho indiano se reconoce a toda la tradición jurídica surgida y desarrollada a lo largo de tres siglos de dominación hispánica, en los que se articuló a su vez al Derecho castellano-aragonés con el casuismo típico de la vida colonial, la improvisación por método de ensayo-error en el ordenamiento de las colonias, y la supervivencia de algunas costumbres cuasi-jurídicas de las altas culturas prehispánicas.

La tercera fuente histórica de los Derechos latinoamericanos está asociada a las características particulares en el surgimiento y desarrollo de los Estados nacionales, luego de los procesos independentistas del siglo XIX. Estas realidades particulares configuraron una combinación especial entre unidad y diversidad en los Derechos latinoamericanos, por lo que se puede hablar hoy de uno y muchos Derechos en América Latina.

Hay otra idea en la teoría de Savigny que merece ser recordada, a pesar de su polémica formulación: el concepto de espíritu nacional. Este teórico de la Filosofía del Derecho separó lo que consideró espíritu nacional de la forma jurídica, pero consideró que ambos deben ser parte de la formulación normativa de un ordenamiento; el espíritu para él era la esencia, los valores jurídicos que prevalecen como parte de la conciencia social, y que se prolongan a lo largo de la historia de una nación, más allá de una época y de una forma concreta de formularse como norma de Derecho.

Pero la *nación* en Savigny se confunde en ocasiones con el concepto *pueblo*, por ello habla también de *espíritu del pueblo*. Pueblo

no tiene, sin embargo, el significado de suma de individualidades comprometidas mediante un contrato social, como en la doctrina de la Ilustración; para este filósofo y jurista alemán se trata de una categoría anterior y de jerarquía superior a la de individuo, una individualidad con existencia propia como organismo superior, y sustentada en su devenir.

El valor fundamental del concepto espíritu nacional aplicado al Derecho, a juicio de este autor, radica en el reconocimiento de la trascendencia de los fundamentos históricamente construidos por una nación en la formación de su identidad jurídica; así como existe una identidad cultural, lingüística o religiosa, el devenir de las naciones ayuda a configurar una forma histórica concreta de asumir el Derecho, de regular, interpretar y aplicar las instituciones. De este modo debe reconocerse la existencia de valores jurídicos universales, pero plasmados en formas y contenidos normativos concretos, ajustados a las necesidades y realidades nacionales.

Para Savigny existían en la Europa del siglo XIX dos posiciones extremas a la hora de reconocer el papel del juez en la administración de justicia. La primera de esas posiciones, atribuida por él al proceso codificador de los franceses, consistía en una aplicación mecánica del texto normativo por el juez, en la que el magistrado no tenía margen para una interpretación contextualizada de la norma. El segundo extremo daba libertad plena al juez para lo que llamó búsqueda científica de la solución, sin que este se sujetara a ningún texto escrito de carácter vinculante y exclusivo.

El precursor de la Escuela de Marburgo, o Escuela Histórica del Derecho, prefirió el segundo extremo para el caso de Alemania. La solución que propuso a esta posición, reconocida por él como imperfecta, fue el empleo de lo que llamó método científico, al cual atribuyó la cualidad de poder eliminar todo arbitrio caprichoso. La mejora y progreso del Derecho alemán llega para Savigny, por medio del renacimiento constante del antiguo orden jurídico, mediante el empleo del método histórico.

Para una adecuada aplicación del método científico en general y del histórico en particular, se necesita, a decir de Savigny, un buen sistema de fuentes, unos magistrados de actuación loable, y un buen procedimiento. En cuanto al



procedimiento señaló la necesidad de regular adecuadamente la función de los abogados, el cumplimiento de los términos y la simplificación, y unificación, de las instancias. Para llevar a cabo una verdadera unificación jurídica de Alemania, en estos aspectos, propuso no comenzar por establecer formas generales para todo el territorio alemán, sino empezar por el establecimiento de relaciones y comunidad de ideas en el campo del Derecho. Remarcó el papel de las academias, de la formación previa de los juristas, como paso fundamental en la articulación de esas ideas.

Savigny señaló que estaba de acuerdo con Thibaut en la necesidad de fundar para toda Alemania un Derecho no dudoso, libre de toda arbitrariedad e injusticias; pero no por medio de un código artificial, elaborado por meros comerciantes y hombres de negocio, producto de la sistematización del Derecho nacional vigente en cada territorio alemán; sino producto de un esfuerzo científico por medio de la organización progresiva de la ciencia del Derecho, una ciencia y docencia para toda la nación alemana.

Cabe destacar que el sustrato para que surgiera la Escuela Histórica se dio en los círculos intelectuales y académicos de la universidad de Marburgo, en torno a la figura de Savigny, quien influiría decisivamente en Eichhorn y Jakob Grimm, este último, alumno suyo entre 1802 y 1803. Aquí ya comenzarían a asentarse conceptos que irían más allá del mundo del Derecho, de manera que los principios de genética cultural, de evolución guiada por el *Volksgeist* (espíritu del pueblo), de creación orgánica, de normativización mínima y demás, darían el salto desde el mundo jurídico al mundo científico.

Desde una perspectiva más puramente didáctica resulta trascendente tener en cuenta las ideas de Savigny sobre el papel de la relación entre teoría y práctica en la enseñanza del Derecho, cuando expresa:

(...) la comunidad de la ciencia con el Derecho no debe tener lugar simplemente entre juristas de vocación docta, entre profesores y escritores del Derecho, sino también entre los jurisconsultos prácticos, efectuándose un acercamiento de la teoría a la práctica y una comunicación conveniente de las facultades de Derecho con los tribunales de justicia (Savigny, 1977, p. 143).

Otro de los grandes aciertos de la Escuela Histórica del Derecho, de gran incidencia en la conformación de los currículos universitarios, lo constituyó la incorporación de la historia del Derecho patrio, en su caso germánico, como parte de las asignaturas que debía vencer el aspirante a doctor o licenciado en las facultades de jurisprudencia. Si el Derecho, al igual que la cultura y las tradiciones de un pueblo, debía conformarse de sus necesidades históricas, lo más sensato era el estudio de los “Derechos patrios” en cada país.

Pese a las limitaciones que puede señalársele a los postulados de Federico von Savigny, dentro de las cuales está su excesivo idealismo al considerar la historia solo como la concreción del “espíritu” de un pueblo, término que en ninguna de sus obras pudo esclarecer desde posiciones científicas; merece reconocérsele tres grandes aportes a juicio de este autor:

- (i) El reconocimiento de que el Derecho es parte integrante de la vida nacional y que la ley no puede ser impuesta arbitrariamente a un país sin tener en cuenta su grado de civilización e historia pasada.
- (ii) La necesidad de una interpretación con perspectiva histórica de las normas de Derecho.
- (iii) La necesidad de un estudio histórico y contextualizado de las instituciones de Derecho para su regulación normativa.

Sin embargo, debe reconocerse en los seguidores de Savigny, tanto de tendencia romanista como de tendencia germánica, cierta desviación de las ideas originales de la Escuela Histórica del Derecho, que llevaron a una confrontación mutua y debilitamiento de los postulados iniciales de su doctrina, asumiendo una concepción antihistórica del Derecho que sería denunciada tempranamente por Kierulf, (1830):

(...) el derecho vivo en Alemania no era el romano ni el germano, sino un derecho sustantivo nacido de raíces romanas y germánicas, que debía estudiarse en sí mismo; y que Georg von Wachtter estudió, por primera vez, con toda profundidad científica (...) (Berchmans, 2008, p.22).

No obstante los señalamientos anteriores, la Escuela Histórica del Derecho, a consideración de varios autores, tiene su principal trascendencia contemporánea en la aparición de tres disciplinas auxiliares para la ciencia del Derecho: la Sociología del Derecho, la Historia del Derecho y el Derecho Comparado.

La Sociología del Derecho, como rama autónoma e interdisciplinar entre la Sociología de la Cultura y la Ciencia Jurídica, dirige su interés a la captación de los factores o fenómenos sociales que determinan la aparición, desenvolvimiento o extinción de los “sentidos jurídicos” que, en un cierto lugar y una cierta época, se objetivan en los ordenamientos jurídicos o códigos, así como los efectos que tales sentidos normativos producen en la orientación de la vida social de un pueblo.

La Historia del Derecho tiene como interés el estudio de una institución o de todo un sistema jurídico en su proyección dinámica, esto es, en su origen y en la evolución que experimenta en las distintas etapas de su manifestación histórica.

El Derecho Comparado, por su parte, busca la confrontación de instituciones o sistemas normativos, con vista a su aprovechamiento en las más variadas aplicaciones prácticas, tales como: la interpretación y aplicación de un determinado ordenamiento jurídico en los casos concretos; la elaboración dogmática del Derecho; la unificación de varios cuerpos normativos, sobre una misma materia, en un solo cuerpo legal; la recepción de una institución extranjera, entre otros.

Seguidores contemporáneos de las investigaciones históricas del Derecho, como el mexicano Fausto E. Rodríguez, han realizado importantes acotaciones sobre el objeto de los estudios histórico-jurídicos, lo cual resulta de gran interés y es asumido por esta investigación. Al respecto el mencionado autor señala:

(...) debe descartarse la insostenible opinión de que la actividad del historiador del Derecho ha de agotarse en una investigación histórica sobre la legislación, ya que, como vimos, la noción del Derecho abarca otras manifestaciones aparte de la legislativa, a saber: la costumbre y los usos jurídicos, la jurisprudencia de los tribunales, y, en general, todos aquellos aspectos de las

relaciones humanas que, por su carácter societario, tienen una dimensión jurídica innegable: aspectos sociológicos, económicos, políticos, etc. La Historia del Derecho, pues, ha de comprender una investigación sobre todos esos matices de la vida jurídica de los pueblos... (Rodríguez, 2008, p.58)

Un elemento de particular importancia aportado al historicismo jurídico, de sabor romano germano, por los seguidores españoles de la escuela histórica del Derecho fue el trabajo con las fuentes documentales histórico-jurídicas de carácter municipal.

En este sentido debe enfatizarse en los trabajos realizados por Eduardo de Hinojosa primero (1910) y por sus discípulos Claudio Sánchez-Albornoz, Galo Sánchez y José María Ots Capdequí, entre otros. Los mencionados seguidores de Hinojosa crearon y publicaron en 1924 hasta entrada la década de 1930 el *Anuario de Historia del Derecho español*.

El principal aporte de estos seguidores de la Escuela Histórica del Derecho radica en recopilar e interpretar como fuentes primarias del Derecho de España las producidas en la vida cotidiana por las instituciones políticas y jurídicas de las municipalidades y las ciudades, pues en ellas se entrecruzan y contraponen las disposiciones emanadas por los organismos centrales de administración con las necesidades del pueblo.

## CONCLUSIONES

Debe tenerse en cuenta que pese a las limitaciones de época y a la divergencia de posicionamientos filosóficos existentes entre algunos planteamientos de la Escuela Histórica del Derecho y el autor de esta investigación, el mismo considera válido y necesario para los objetivos del trabajo asumir como fundamentos, derivados de dicha escuela, los siguientes:

El Derecho es parte integrante de la historia de una nación, al igual que su cultura y tradiciones, y como tal debe ser estudiado por su pueblo y creado por sus legisladores.

El método histórico-jurídico es uno de los métodos fundamentales tanto en la creación como en la interpretación del Derecho y, como tal, tiene que ser enseñado en las

universidades; dirigido a perfeccionar la futura práctica jurídica.

En la interpretación y aplicación del Derecho, y en la actividad legislativa debe tenerse en cuenta “todos aquellos aspectos de las relaciones humanas que, por su carácter societario, tienen una dimensión jurídica innegable”.

En la impartición de Historia del Derecho debe lograrse una unidad estrecha entre teoría y práctica.

El trabajo con las fuentes histórico-jurídicas primarias e inmediatas es esencial para develar las contradicciones existentes entre la legislación emanada de los órganos y organismos del poder central y las necesidades cotidianas del pueblo; en cuanto al Derecho que se demanda para cada época y país.

Como conclusión parcial de este análisis se enuncia que esta investigación asume el historicismo jurídico desde una concepción dialéctica de la Historia, y como tal es concebido el Estado y el Derecho. Esta definición jusfilosófica y esencialmente epistemológica supone entender el movimiento histórico del Estado y el Derecho como principio de la realidad histórico-jurídica, lo cual constituye un método general del

conocimiento científico; e igualmente es valorado como un método particular de la relación teoría-práctica en el campo del Derecho.

Como principio del conocimiento científico en el campo del Derecho, el historicismo jurídico supone el estudio del Derecho, sus normas, principios e instituciones en su desarrollo, en su formación, en su nexos con las condiciones históricas concretas que lo determinan; lo cual consiste en examinar tales fenómenos “superestructurales” como producto de un determinado desarrollo histórico, desde el punto de vista de su aparición, evolución, manifestaciones epocales y estado actual.

Como método particular de la relación teoría-práctica el historicismo jurídico, en su forma de método histórico-jurídico, es concebido como vía para realizar la regulación de una institución de Derecho teniendo en cuenta sus antecedentes históricos y situación contextual; y para que el “práctico” del Derecho pueda hacer una interpretación más ajustada de la norma indagando la “razón del legislador” en las fuentes documentales primarias previas y preparatorias al acto normativo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Meinecke, F. (1982). *El historicismo y su génesis*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Berchmans, J. (2008). *Los orígenes de la escuela histórica del derecho alemana y sus avatares*. Madrid: Disertación en la Real Academia de Ciencias Morales y Política.
- Von Savigny, F. (1977). *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Rodríguez, F. E. (2008). *La importancia de la ciencia histórica en la formación del jurista*. México DF: Editorial del Instituto de Derecho Comparado de México.



COLABORADORES EXTERNOS  
NACIONALES

■ EJERCICIOS DE DISCRIMINACIÓN Y TECNOLOGÍAS DE  
PODER: EL CRIMEN DE ESTADO COMO CATEGORÍA PARA EL  
DERECHO EN EL NUEVO HUMANISMO MILITAR

*Sandra Gamboa Rubiano*

■ VISIÓN PANORAMICA DE LA PRUEBA EN EL RECONOCIMIENTO  
DE DERECHOS SUSTANCIALES DEL TRABAJADOR

*Dina Lisbeth Ortega Suescun*

*Angélica María Parra Báez*

*Liliana Andrea VargasEspítia*

■ CORTE PENAL INTERNACIONAL: ¿UN OBSTÁCULO PARA LA PAZ  
EN COLOMBIA?

*Luz Mary Rincón Romero*

■ AVANCES EN ACCESO A LA EDUCACIÓN DE GRUPOS ÉTNICOS EN  
COLOMBIA Y EL MUNDO

*Luz Carlina Gracia Hincapié*



**EJERCICIOS DE DISCRIMINACIÓN Y TECNOLOGÍAS  
DE PODER: EL CRIMEN DE ESTADO COMO  
CATEGORÍA PARA EL DERECHO EN EL NUEVO  
HUMANISMO MILITAR\***

**EXERCISES OF DISCRIMINATION AND  
TECHNOLOGIES OF POWER: THE STATE  
CRIMINALITY AS A CATEGORY OF LAW IN  
THE NEW MILITARY HUMANISM**

**EXERCÍCIOS DE DISCRIMINAÇÃO E  
TECNOLOGIAS DO PODER: O CRIME DE ESTADO  
COMO UMA CATEGORIA PARA O DIREITO NO  
NOVO HUMANISMO MILITAR**

**Sandra Gamboa Rubiano<sup>a</sup>**  
darziag@gmail.com

Fecha de recepción: 30 de enero 2015  
Fecha de revisión: 2 de febrero 2015  
Fecha de aceptación: 15 de febrero 2015

**RESUMEN**

El texto discute la actualidad de la criminalidad de Estado como concepto para el Derecho, y en particular como biopolítica y aspecto del Estado moderno que se profundiza en el contexto del Nuevo Humanismo Militar, y se ejerce como una tecnología de poder que implica ejercicios de discriminación a través de procesos de selección.

**PALABRAS CLAVE**

Discriminación, Estado moderno, Corte Penal Internacional, Nuevo Humanismo Militar, Selección, Crímenes de Estado.

*\*Artículo de reflexión resultado de investigación. Documento elaborado como disertación para la tesis doctoral "Solicitudes de las víctimas de crímenes de Estado ante la Corte Penal Internacional: su incidencia en la apertura de una investigación", en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás.*

*a. Abogada de la Universidad Nacional de Colombia. Doctora en Derecho, y Magíster en Defensa de los Derechos Humanos ante organismos tribunales y cortes internacionales de la Universidad Santo Tomás. Docente Universitaria y Defensora de los Derechos Humanos.*

## ABSTRACT

The text discusses the current State criminality as a concept of law studies. Particularly in the biopolitics and in the modern State theories, subscribed in the context of the New Military Humanism. It takes place as a technology of power that involves discrimination exercises through a selection process.

## KEY WORDS

Discrimination, Modern State, International Criminal Court, NewMilitary Humanism, Selection, State Crime.

## RESUMO

O texto discute o crime de Estado como um conceito do Direito e, em particular, como biopolítica e aspecto do Estado moderno, que se aprofunda no contexto do Novo Humanismo Militar, e se exerce como uma tecnologia de poder que envolve exercícios de discriminação através de processos de seleção.

## PALAVRAS-CHAVE

Discriminação, Estado moderno, Tribunal Penal Internacional, Novo Humanismo Militar, crimes de Estado.

## INTRODUCCIÓN

Este artículo es un desafío contra la afirmación más apreciada y esencial de la historia oficial: que el triunfo del capitalismo nace de la libertad, que el libre mercado desregulado va de la mano de la democracia. En lugar de eso, demostraré que esta forma fundamentalista del capitalismo ha surgido en un brutal parto cuyas comadronas han sido la violencia y la coerción, inflingidas en el cuerpo político colectivo así como en innumerables cuerpos individuales. La historia del libre mercado contemporáneo – el auge del corporativismo, en realidad- ha sido escrita con letras de shock (Klein, 2007, p. 43).

Michel Foucault (1996a) encuentra que el poder se organiza de manera interrelacionada y no excluyente, ya como disciplina cuando se tiene por objeto el cuerpo individual, o como Biopolítica si el objeto es el cuerpo social. Esta es una de las más interesantes reflexiones en su

pensamiento que se suma a las transformaciones que generó por sus específicas consideraciones sobre el poder, y la metodología para abordarlo. Señala que el poder se ejerce y circula, pero no se reparte de manera universal entre las personas, sino que dicha distribución es ya democrática como anárquica, por lo que postula un análisis *antecedente* del poder:

(...) partir de los mecanismos infinitesimales (que tienen su historia, su trayecto, su técnica y su táctica) y después ver cómo estos mecanismos de poder que tienen su solidez y su tecnología específica) han sido y son aún investidos, colonizados, utilizados, doblegados, transformados, trasladados, extendidos por mecanismos cada vez más generales y por formas de dominación global (p. 32).

La característica central del poder moderno es que el Estado se construyó al tiempo como individualizante y totalitario (Foucault, 1998). No podría ser diferente cuando se recuerda que la tecnología de poder se centra en la vida y se consolida históricamente en una sociedad normalizadora (Foucault, 1998), como la que tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Una sociedad biopolítica, no disciplinaria. Esto quiere decir que se ubica en otro nivel al de la técnica disciplinaria, y que se traslada del cuerpo a la vida de los seres humanos. Una biopolítica que trabaja con la población como problema biológico y del poder (Foucault, 1998).

En Foucault (1990), las tecnologías de poder junto a las tecnologías de producción, de sistemas de signos y las tecnologías del yo, constituyen una matriz de la razón práctica y sustentan los juegos de verdad que se enmascaran como ciencias. Estos juegos (la economía, la biología, la psiquiatría, la medicina y la penología) son las maneras en que bajo la cultura actual, los seres humanos desarrollan un saber sobre sí mismos. Una tecnología de poder constituye una táctica en acción (Foucault, 1998), una técnica que determina la conducta de los individuos, “los someten a cierto tipo de fines o de dominación, y consisten en una objetivación del sujeto” (Foucault, 1990, p. 48). En particular, la tecnología de poder es “un tipo de poder, una modalidad para ejercerlo” (Foucault, 2012b). Con fundamento en esta postura, Feierstein (2008) ha señalado que el genocidio de Estado constituye “una



tecnología de poder peculiar, con causas, efectos y consecuencias específicos, que pueden intentar ser rastreados y analizados” (p. 13). Por ello, la existencia de víctimas de crímenes de Estado resalta la visión del Derecho como instrumento de dominación, y revela la puesta en práctica de una tecnología del poder consistente en la objetivización del sujeto. Por esta misma razón, el Crimen de Estado se inscribe en la modernidad, y en particular en la razón instrumental, pero no es privativo de occidente.

Definir la criminalidad de Estado como tecnología de poder, implica asumirla más profundamente que como latencia de la modernidad (Feierstein, 2008). Pero adicionalmente, la fusión de la biopolítica con los rasgos de la modernidad es cuando menos inquietante. Solo deberá advertirse que esta última se traduce en un estado de amenaza y devenir permanente, donde la modernidad capitalista se implementó de la mano de la racionalidad instrumental como instrumento de deshumanización que se mantiene. Tan categórica afirmación que se sintetiza en el Crimen de Estado como holocausto, exige revisar las vinculaciones entre Estado, Derecho y crimen de Estado. En otros trabajos se ha explicitado que el crimen de Estado no es una situación insular, y se ha comprendido que la maldad individual es un mito implementado para desconocer la existencia y asegurar la eficacia del crimen de Estado. A continuación se revisará la criminalidad de Estado como concepto de la modernidad, esto es, bajo una dimensión sociológica de su existencia.

## METODOLOGÍA

Este texto es un artículo de reflexión resultado de investigación, se trata de un estudio teórico que revisa los elementos que identifican el crimen de Estado, a fin de reconocerlo o desestimarlo bajo la grilla de discusión del Nuevo Humanismo Militar, como momento de la modernidad actual que tiene lugar a partir del 11 de septiembre de 2001. A través del método analítico se contrasta la teoría foucaultiana de la biopolítica y la concepción de genocidio como práctica social de Daniel Feierstein, para aclarar bajo el marco teórico del pensamiento crítico, si el crimen de Estado constituye expresión de estos dos fenómenos. En la medida en que se propone la discusión sobre una categoría sociojurídica como el crimen de Estado en el Nuevo Humanismo Militar, se utiliza

una estrategia de investigación exploratoria, y en tanto se tienden puentes entre análisis diferenciados como la Biopolítica y el Nuevo Humanismo Militar, aun cuando inscritos en el pensamiento crítico; también se da uso a una metodología descriptiva.

## 1. EL CRIMEN DE ESTADO: EL HOLOCAUSTO COMO TECNOLOGÍA DE PODER

Bajo múltiples tradiciones es posible admitir que el crimen de Estado es uno de sus rasgos del proceso de la modernidad y del devenir que la signan. También puede considerarse como establecida la incidencia de la concepción de la soberanía en la dimensión de la criminalidad de Estado, y en la posibilidad de su procesamiento por el Derecho Penal nacional (nivel interno), como por el DPI (nivel externo del Estado). Es momento pues, de explicitar estos hallazgos.

A partir de la discusión de la soberanía y sus límites, bajo Bodin (1997), de manera inmediata no cabría el crimen de Estado como concepto, aún cuando remotamente pudiese hacerse derivar de la transgresión del Derecho natural, al que estaría obligado el soberano. Pero sostenerlo no resuelve el problema relativo a la inexistencia de un tribunal humano que pudiese tramitar la facticidad y sanción de esta ofensa, bajo las condiciones de poder absoluto, perpetuo e ilimitado del soberano bajo la postura de Bodin.

Desde Rousseau (1989) se haría más realista la idea de criminalidad de Estado, como se genera a partir de la condensación de varios de sus postulados: (i) En cuanto el crimen de Estado traspassa los límites del contrato social; (ii) como fenómeno que colisiona con la libertad, lo que implica una renuncia a la propia humanidad; (iii) en virtud de la determinación de que el derecho del más fuerte no constituye derecho, pues se mantendría “la obligación de obedecer a los poderes legítimos” (p. 11), (iv) reconociendo que el soberano no puede tener interés contrario a los particulares, pues estos le conforman. Si además se atiende que para Rousseau (1989) el ser humano no puede enajenarse a sí mismo, pues ello implicaría renuncia a los derechos y deberes de la humanidad; podría advertirse que a partir del contractualismo, la transgresión de esta libertad es un crimen: “También hay tranquilidad en los calabozos; ¿basta esto para hacerlos agradables?”

(p. 12). No obstante, su idea de crimen de Estado empezaría a diluirse cuando se recuerda que Rousseau (1989) considera imposible para el Estado, como compuesto de particulares, entrar a dañar, como no lo podría hacer el cuerpo respecto de alguno de sus miembros. En todo caso, la aproximación al Estado ético de Rousseau, ya impone limitaciones a su ejercicio, de donde se edificaría con posterioridad, la idea del crimen de Estado.

El contractualismo hobbesiano, no rechaza la violencia. Al contrario, diferencia la violencia justa de la injusta (Hobbes, 2005). Por ello, Grüner (2000) rechaza la ficción de tranquilidad del contractualismo, en un análisis que revela que aún desde este diseño, el crimen de Estado podría presentarse como una función del Estado:

Y, de todas maneras, la –ciertamente operativa– ficción contractualista puede tomarse por su reverso lógico, para decir que, aún cuando admitiéramos la discutible premisa de que la política es lo contrario de la violencia, los cadáveres son la *condición de posibilidad* de la política: en el dispositivo teórico contractualista (véase Hobbes) el Soberano *necesita* de los cadáveres para justificar su imposición de la Ley; de manera un poco esquemáticamente foucaultiana, se podría decir: la política *produce* sus propios cadáveres, la Ley *produce* su propia ilegalidad, para naturalizar su (como se dice) “imperio”; pero inmediatamente requiere que este origen sea *olvidado*: de otra manera, no podría reclamar obediencia universal, puesto que la violencia es del orden de lo *singular*, del acontecimiento reiterado pero intransferible, del límite en que el efecto sobre los cuerpos se sustrae a la Palabra (p. 146).

A pesar de ubicarse desde una tradición diferente, el crimen de Estado no se reconocería en Hegel (2000) por la vinculación directa que hace entre sociedad civil y Estado a través de la figura del espíritu. Esta lectura también exige un Estado ético, por lo que puede también constituir un antecedente de la posterior consideración del crimen de Estado.

Ante estas posturas, se tiene en Foucault una razón de Estado que se ensancha y autolimita por el vínculo Derecho- economía, por lo que resta determinar la razón por la cual el Derecho se ha

convertido, bajo la hegemonía, en instrumento de ampliación de la razón de Estado, con tal intensidad que se ha construido la criminalidad de Estado como un concepto de la modernidad.

Bajo la promesa de la libertad y mediante el uso de sus paradojas, la modernidad capitalista ha instalado la razón instrumental. Esto podría coincidir con posturas propias de una concepción centro-periferia o Norte-Sur como la de Dussel (2000), quien si bien no comparte muchas de las conclusiones de la *Dialéctica de la Ilustración*, reconoce que frente a las promesas, la modernidad ha intentado justificar “una praxis irracional de violencia” (p. 48). Para Villoro (1992) el concepto de función es un atributo de la modernidad, que condensa las relaciones que rigen entre las cosas y entre los seres humanos. Desde allí, la violencia de Estado puede considerarse una función del sistema hegemónico moderno, como una forma de relación con cierta tendencia a la permanencia, que se media a través del poder. Ello se corroboraría con Calveiro (2012) quien resalta que la violencia estatal es el núcleo duro del sistema hegemónico, sintetiza las características de las formas específicas de organización de poder y “visibiliza sentidos y lógicas que circulan en lo cotidiano” (p. 15). Pero en el contexto de la modernidad capitalista, debe reconocerse con Naomi Klein (2007), que el modelo hegemónico de libremercado capitalista, precisa “condiciones autoritarias” (p. 33). Entonces, la violencia estatal tendrá expresiones tan diversas como el estadio de la modernidad en donde tengan lugar, y reflejarán visiones culturales y sociales determinadas. Ello también se aprecia con particular intensidad con el proceso de selección de víctimas, como se revisará en otro lugar.

La ampliación de la razón de Estado es aparejada con la construcción y utilización de la razón instrumental para construir la criminalidad de Estado. No podría ser menos en un escenario gestado a partir de la ilustración, que como señala Žižek (2011) tiene una inclinación totalitaria, por lo que campos de concentración y genocidios son una síntesis finalista negativa de la historia occidental. De tal contundencia es dicha correlación en el autor esloveno que encuentra que la violencia es “el complemento necesario del poder (...) [el cual] está presente siempre en la raíz de cualquier relación de violencia en apariencia apolítica” (p. 123). En un sentido, un tanto diverso, Bauman (2011) señala que el holocausto en tanto

sociedad organizada cumpliendo una especial tarea, el “asesinato en masa a escala gigantesca”, como aparato burocrático, constituye un efecto, pero no la síntesis de la modernidad: “demostró su preocupación por la corrección en los trámites burocráticos, por las sutilezas de la definición exacta, por los pormenores de las regulaciones burocráticas y por la obediencia a la ley”. (p. 35)

Una primera respuesta al interrogante se encontraría de nuevo en la conexión Derecho-economía, que presenta un elocuente ejemplo en el funcionamiento de la justicia penal. Foucault (2000) utiliza el concepto de *homo æconomicus*, creación de Adam Smith (1794), como constructo del hombre salvaje o presocial, propio del estado de la naturaleza. Así, distingue el ser humano presocial, y el salvaje creado por los economistas, como seres humanos salvajes. El *homo æconomicus* es una expresión de biopolítica que como persona es esencialmente gobernable, también constituye la *grilla de inteligibilidad* para gubernamentalizar el comportamiento de los individuos, por lo que se sintetiza en una racionalidad donde los indicadores del mercado se extienden “a todas las dimensiones de la vida política, cultura, social y humana” (Foucault, 2007).

La estimación del poder público en términos de mercado y el análisis de los comportamientos no económicos, resultaron de interés para el neoliberalismo, encontrando que la “ley es la solución más económica para castigar bien a la gente y que el castigo sea eficaz” (Foucault, 2007, p. 288). Por ello se propusieron mecánicas procesales para obtener el castigo y eliminar ciertas conductas bajo el principio de economía: El *homo penalis* es un *homo æconomicus*. (p. 288) En dicho entorno, el *homo æconomicus* tiene a su cargo el *enforcement of law*, que entre otros, constituye el conjunto de instrumentos de acción para dar realidad social y política a la prohibición en la ley, que se tolera, proporcionalmente a partir de la teoría neoliberal del consumo (Foucault, 2007).

Este *homo penalis* como *homo æconomicus* se traslada al Estado donde se instalan los intereses de quienes dominan bajo sus ventajas. En efecto, el crimen de Estado es un fenómeno de la modernidad (Kauzlarich, Mullins, & Matthews, 2003), y si se considera que la soberanía es característica central del Estado moderno,

(Bavaresco, 2003) el crimen de Estado es una tecnología del poder. Si bien debe reconocerse que comporta dificultad aceptar que siendo el Estado productor del Derecho, pueda excusarse cuando se trasgrede el Derecho producido o reconocido. Dicha conclusión se aplica tanto a la acción del Estado como estructura, o a través de sus integrantes. Desde Kant (2008), tampoco sería aceptable, pues rompería con su lógica de comprensión del Derecho como conjunto de condiciones delimitadoras, entre los arbitrios humanos, en virtud de la ley general de la libertad.

La existencia de los crímenes de Estado refuerza la idea de que el Estado y su Derecho no se fundan en una ley general de la libertad, sino en la lógica de poder como lo corrobora el Derecho Internacional, aun cuando el surgimiento de la categoría de crimen de Estado se conecte con la idea de humanidad, como supuesto regulador del poder político. En dicho sentido Foucault (2012b) señala que en realidad, el discurso de humanización no tenía como referente al reo, sino a su público, por lo que la conexión entre economía y la política viabilizaron el tránsito hacia “castigos humanos”, así: “Esta racionalidad ‘económica’ es la que debe proporcionar la pena y prescribir sus técnicas afinadas. ‘Humanidad’ es el nombre respetuoso que se da a esta economía y a sus cálculos minuciosos” (p. 106).

Foucault (1996) alude en dicho contexto a la tragedia del poder y del control del poder político. A partir de la imagen edípica, señala la discusión entre el poder y el saber en una imagen profundamente evocadora de la criminalidad de Estado: “El tirano griego no era simplemente quien tomaba el poder; si se adueñaba de él era porque detentaba o hacía valer el hecho de detentar un saber superior, en cuanto a su eficacia, al de los demás” (p. 54). La racionalidad del Estado en tanto aglutinador del saber social en Ihering (2006), se transforma en Foucault en la constatación del crimen de Estado como representación del poder, un saber y una eficacia. Un poder autodenominado como saber, que encierra eficacia para nombrar sus ilícitos a través de la impunidad, como diría Ihering (2006): “los hechos salvadores de la violencia del Estado. (...) el juicio sobre ellos está en su éxito; del foro del derecho que los condena, apelan al tribunal de la historia” (p. 185). Poder, saber y eficacia para idear, ejecutar, e ignorar la ocurrencia del crimen; elementos constitutivos de la criminalidad de

Estado recopilados en la sentencia condenatoria de Fujimori en el Perú (Corte Suprema de la República, p. 538 s.s.). El reconocimiento de un poder de Estado que define el del Derecho, que además ha puesto en crisis el concepto moderno de derecho penal, como advierte Zaffaroni (1993):

Los fuegos artificiales de las teorías que legitiman la pena asignándole funciones manifiestas falsas (prevención, de cualquiera naturaleza) no logran ocultar las contradicciones cada vez más profundas y deteriorantes de profesores, jueces y abogados. El discurso en crisis no es una mera cuestión de palabras, sino que implica una grave crisis del poder jurídico. Nos vamos quedando vacíos, sin discurso (o con uno que sabemos falso, que es lo mismo), frente al poder de las restantes agencias no jurídicas que avanza arrolladoramente (policiales, administrativas, políticas, de comunicación masiva, etc.)

Las teorías positivas de la pena (preventivas) no han hecho otra cosa que legitimar el poder que nos engulle. El discurso jurídico-penal es la justificación de un ejercicio de poder punitivo que ejercen otros, no los juristas ni las agencias jurídicas. (p. 11 y 12)

La reconstrucción y sostenimiento del poder a través del crimen de Estado en la modernidad, también involucra el papel del testigo. En el mito edípico el humilde testigo podía “por sí sólo, por medio del juego de la verdad que vio y enuncia, derrotar a los más poderosos” (Foucault, 1996, p. 63). Ello se transforma en el crimen de Estado, donde atestigua el poder como en la prueba judicial feudal que Foucault (1996) describe como mecanismo para establecer la fuerza y de conformidad con ella, la razón. Esto es, un ejercicio ritual o simbólico de la guerra

Con estas aclaraciones sobre la vinculación Estado, poder, economía y guerra; es necesario destacar dos de las dimensiones del fenómeno nazi. Una alusiva a la expansión ilimitada de este sistema en el mundo, y otra relativa a los efectos de la constitución del denominado enemigo interno: los comunistas, los judíos, el pueblo Rom, que pueden sintetizarse en la idea del judío bolchevique (Feierstein, 2008). En el primero de los órdenes, para autores como Hobsbawm (1998) la guerra era irresistible, en tanto “la expansión

y la agresión eran una parte consustancial del sistema [nazi]”(p.159). La discusión se presenta en relación con el ataque contra el pueblo alemán, donde se ubica el concepto moderno de crimen de Estado que aquí se analiza. Por ello, la Segunda Guerra Mundial y en general, la lucha contra el fascismo, a pesar de sus particulares pretensiones hegemónicas, podrían constituir una lucha para conseguir una sociedad mejor (Hobsbawm, 1998).

En contraste, Žižek (2006) señala con Hegel que la democracia absoluta solo se actualiza en tanto terror: “Tenemos, pues, que elegir en este punto: ¿Aceptamos la imperfección estructural, no sólo accidental, de la democracia, o asumimos también su dimensión terrorista?”(p. 224). Juan Carlos Bayón (2008) se pregunta si es posible la superación del Estado nación y si ello es deseable para configurar una democracia más allá del Estado. Más allá de discutir la posible dimensión terrorista del crimen de Estado, -hecho indiscutible para el Derecho argentino bajo la noción de Terrorismo de Estado o de Estado genocida (Andreassi, 2005), y concepto apropiado en la jurisprudencia interamericana, como se revisará en otro momento-; debe reconocerse que en el Derecho Internacional se limita normativamente la actuación del Estado. El nuevo cuestionamiento es: ¿Cómo se definió dicha transformación desde una comprensión de Estado bajo el absolutismo, hacia el Estado que se limita en el Estado de Derecho o en el Estado Social de Derecho? La respuesta es sencilla: A través de un producto de la modernidad, que al unísono presenta en la actualidad vocaciones de hegemonía como de contrahegemonía.

El Estado, como referente unificador de normas, centra la seguridad en el Derecho y, a partir de sus fórmulas organizativas constitucionales, generó modelos de derechos humanos que corresponden en su visión hegemónica occidental, a modelos constitucionales: Desde los derechos humanos ahistóricos del modelo continental, hasta los derechos humanos historicistas del modelo inglés (Fioravanti, 1996). Un producto de la modernidad que se expandió tras la Segunda Guerra Mundial. Lógicas de derechos humanos que se presentarían como límites al Estado para afirmar, en términos de Ihering, su moral práctica. Asiste entonces razón a Hobsbawm (1998) cuando señala que las grandes transformaciones entre la Primera Guerra Mundial y el inicio del siglo XXI, evidencian

una contradicción entre la unidad operativa mundial y el individualismo asocial. Pero también revelan un acentuamiento de las características definitorias de la modernidad. La sociedad que de allí emergió, estuvo siempre implícita en la teoría de la economía capitalista, entonces el capitalismo como fuerza revolucionaria continua, que acabaría por desintegrar los viejos valores y relaciones sociales (Hobsbawm, 1998).

En estas condiciones es posible concebir que los contenidos de la noción de crimen de Estado, surgieron para el Derecho en el segundo momento histórico del siglo XX. Dicha ocasión se inicia, como lo reitera Hobsbawm (1998), con la caída del régimen nazi y a partir de la “insólita y temporal alianza del capitalismo liberal y el comunismo” (p. 17), enfrentados contra el fascismo bajo el antifascismo. Tras él, viene el momento de la bipolaridad iniciado con la Primera Guerra mundial donde las potencias se lanzaron bajo la pretensión de control hegemónico mundial (Calveiro, 2012). En el contexto de esta bipolaridad, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se pretendió la creación de una organización internacional abanderada de la paz mundial. A pesar de las pretensiones diferentes de las dos grandes potencias para su consolidación, se obtuvo la creación la Organización de las Naciones Unidas (Roberts, 2010), en el contexto del reconocimiento de “la matanza, la tortura y el exilio masivo” como “experiencias cotidianas que ya no sorprenden a nadie”(Hobsbawm, 1998, p. 60). Un escenario de realidad inverso al proceso de “humanización” del que se había hablado a partir de la Ilustración:

Recuerda Ferrajoli (2001), a propósito de abordar el problema de los fundamentos del derecho a castigar, que fue en el terreno del Derecho penal donde, en los siglos XVII y XVIII, la filosofía del iusnaturalismo racionalista libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen y fueron definiendo los valores de la civilización jurídica moderna y las líneas maestras del Estado de Derecho: el respeto a la persona humana, los valores de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la tolerancia y la libertad de conciencia y de expresión y la primera función del Estado protector de unos derechos. Posteriormente, diversos factores contribuyeron a intentar desmoronar aquel edificio de la Modernidad.

El autor italiano menciona, entre los más relevantes, el repliegue reaccionario del pensamiento liberal de fin del siglo XIX, una burda epistemología positivista basada exclusivamente en la aproximación acrítica al solo “derecho que es”; una suerte de paradójica “naturalización” “del Derecho penal como fenómeno externo e independiente de la obra de los juristas, susceptible de conocimiento o a lo sumo de explicación, pero no de justificación o de deslegitimación; y por ello la reducción de su legitimación externa o política a la interna o jurídica o la confusión de su justicia con su mera existencia (Rivera Beiras, 2004a, p. 287 y 288).

En estas anteriores condiciones, la víctima del crimen de Estado es víctima de quien determina, condiciona y sostiene el Derecho. Frecuentemente (casi siempre) será víctima del Derecho como expresión de poder, como forma ritual de guerra. Como en el derecho penal del suplicio, la víctima es retirada del escenario por el poder que solo usa el concepto de daño para reafirmarse, como a través del mecanismo de las confiscaciones, mediante la cual “se pretende la reparación de la ofensa cometida contra el soberano, el Estado, la ley” (Foucault, 1996, p. 77). Ello explicaría porqué el Derecho Penal se ha pretendido como escenario de intocable soberanía: “en el derecho monárquico, el castigo es un ceremonial de soberanía” (Foucault, 2012b, p. 135). Criminalidad de Estado que se ejercita y viabiliza a través de la selección y la impunidad, como se corrobora al escuchar al hijo del abogado y defensor de los derechos humanos Eduardo Umaña Mendoza, cuando rememora las gestiones de la Fiscalía en el proceso penal adelantado por la muerte de su padre:

Un grupo de personas sería imputado y juzgado por supuestamente haber estado implicado en el asesinato de mi padre. Como era de esperarse, uno a uno los acusados fueron absueltos sin mucha controversia. Luego de eso no ha habido nada o, mejor, como la Fiscalía Segunda Especializada de Derechos Humanos me corregía en la respuesta a un derecho de petición de impulso del proceso: ‘No es que la Fiscalía haya estado inactiva como lo asegura usted en su escrito, sino que desgraciadamente la labor investigativa desplegada en torno al caso ha sido infructuosa’. Sin frutos, marchita como

la muerte, en coma como la ausencia. (Umaña Hernández 2013).

La criminalidad de Estado como una versión del poder a partir de la modernidad, evidencia que la relación del poder sobre el cuerpo se ha transformado (Foucault, 2012b), y que el Derecho buscando su legitimación, reconoce la posibilidad de que el propio Estado entre en el terreno de la comisión de delitos. La pretensión del Estado moderno es mostrarse como racional y ético, cuando continúa siendo un espejismo (Gallardo, 2009; Gramsci, 2005a). Situación que llama la atención sobre el debate de administración de justicia en la contemporaneidad: El Estado denominado ético, encuentra un discurso que confirma su lógica de soberanía hacia adentro y afuera, diciendo que se afirma en una racionalidad particular: Los Derechos Humanos. Esa racionalidad en el concierto internacional se revela en términos de Boaventura de Sousa Santos (2005), como una dimensión hegemónica de los derechos como globalización desde arriba, trayendo consigo, incluso a pesar de la globalización, a un Estado maximizado en la aplicación del Derecho penal. El Derecho tiene una vocación de espejismo para enfrentarse al Estado. Los intereses aglutinados en el Estado, en ejercicio de su control, utilizan el castigo/suplicio frente a un enemigo que delimita y construyen previamente. Esta es una consecuencia directa del pilar de regulación dentro del paradigma de la modernidad: Obligación vertical entre determinado tipo de ciudadanos y el Estado a través del Derecho.

La resolución en propuesta emancipadora, propondría una revisión, que no se agota en este documento: ¿Qué elementos de edificación desde un pensamiento crítico del Derecho, entregaría el procesamiento del Estado y sus estructuras en el entorno de los crímenes fundamentales del DPI?

## **2. EJERCICIOS DE DISCRIMINACIÓN: EL CRIMEN DE ESTADO COMO CATEGORÍA PARA EL DERECHO**

Intereses diversos dentro de la modernidad, generan tipos distintos de criminalidad de Estado en un sentido general: una fundacional que puede coincidir, por ejemplo, con el momento del arribo europeo a América, y una criminalidad reconfiguradora o reorganizadora, que también obedece a la interacción entre la realidad y la

pretensión del Derecho según la ética del Estado liberal. Dentro de esta comprensión se ubica también a Foucault (2000) cuando alude a la existencia de un genocidio colonizador que puede englobar tanto fenómenos fundacionales como reorganizadores, donde el racismo es herramienta del Biopoder: “Cuando haya que matar gente, matar poblaciones, matar civilizaciones, ¿cómo será posible hacerlo en caso de funcionar en la modalidad del Biopoder? (...) A través de los temas del evolucionismo, gracias a un racismo” (p. 232). Por ello, considerar los conceptos de criminalidad de Estado fundacional y criminalidad de Estado reorganizadora, que emergen de la teoría de Daniel Feierstein (2008), no implica adaptar de manera directa su concepto de genocidio. Deben determinarse entonces los escenarios de tránsito, semejanza o diferenciación del concepto de genocidio bajo la sociología y el de criminalidad de Estado que subyace en el Derecho.

El genocidio reorganizador puede explicarse a partir de la pretensión de creación de “una nueva legalidad, una nueva escala de valores y de normas sociales”, como método de ejercicio de poder (Andreassi, 2005), o lo que es lo mismo como aplicación de la biopolítica en la modernidad. Dicho genocidio se sustenta por tanto en la utilización del miedo para el sostenimiento o la reimplantación de determinados intereses hegemónicos. Se establece tras la determinación o identificación de un sujeto (individual o colectivo) como enemigo/víctima, y la aplicación de una política preestablecida, que puede ser “legal” en cuanto su adscripción al Derecho nacional, o ilegal, e incluso generarse a partir de una combinación de ellas. Carvajal Martínez (2010), advierte: “se crearon medidas legales bajo la protección de la figura del orden público que terminaron por recortar derechos y libertades, esta misma normatividad jurídica permitió la persecución y represión sobre las organizaciones e individuos que consideraba como sus enemigos” (p. 260 y 2008).

Precisamente aquí se observa el principal puente entre el concepto de genocidio como práctica social y la criminalidad de Estado, y su diferenciación del tipo penal de genocidio como crimen internacional. En el pasado se consideró que el tipo de genocidio y el terrorismo de Estado se diferenciaban en la gran escala de crímenes que caracteriza al primero (Garzón Valdés, 2001, p. 141). Pero la postura debe abandonarse al

valorar que el tipo de genocidio desde el Derecho Internacional, no exige un alto número de víctimas para constituirse, sino la intención de destrucción total o parcial de un grupo (UN, 1948; CIJ, 1951). Por su parte, la criminalidad de Estado no se agota en los ataques contra el derecho a la vida, por lo que es necesario reconocer que la criminalidad de Estado configuraría un género, del cual el genocidio como práctica social, y como tipo penal internacional, constituirían su especie. El vehículo central entre estas figuras se encuentra constituido por el mecanismo de control mediante el miedo. Garzón Valdés (2001) se separaría parcialmente de esta comprensión, al señalar que a diferencia del terrorismo de Estado, la destrucción física en la persecución nazi, o en la masacre de comunistas en Indonesia, no buscaba sostener el miedo en las personas que no hacían parte de los grupos objeto de selección, de donde concluye que este no es una condición necesaria del genocidio:

El terrorismo de Estado es una forma de ejercicio del poder estatal cuya regla de reconocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder (p. 146 y 147).

Desde el triunfo del capitalismo, con la revolución industrial (Hobsbawm, 1998) y hasta la actualidad, se han desarrollado numerosos genocidios reorganizadores fundados en procesos de selección, pero han tenido uno de sus momentos más reconocidos en el proceso genocida de la Segunda Guerra Mundial. A la par, otros procesos genocidas fueron ignorados largo tiempo por occidente, como el genocidio Armenio o el Palestino, este último denunciado desde el propio informe Whitaker (ONU- Whitaker, 1985). El genocidio armenio (1915-1916) que cobró aproximadamente más de un cuarenta por ciento (40%) de la población Armenia en el actual territorio de Turquía, fue reconocido finalmente en el año de 1985 con la aprobación del Informe Whitaker por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas hizo. Este genocidio había sido retirado del documento final del Informe Rughashayankiko en el año de 1979 (ONU,

Rughashayankiko, 1979), al parecer por la presión del gobierno Turquía (Inazumi, 2005). El informe Whitaker refleja que el gobierno turco, asumió la tesis de negación del genocidio (ONU- Whitaker, 1985).

No obstante, el genocidio nazi permite asociar una nueva configuración del proceso de selección, cuando los otrora genocidas, y con mayor contundencia, su pueblo, se convirtieron en nuevo objeto de selección. Este transcurso ya no se vinculó con sus acciones sino con su identidad, incluso nacional. Entonces quienes se adscribían al bando perdedor, o en cualquier forma estaban vinculados a ellos, empezaron a ser protagonistas de un proceso de aniquilamiento que no se limitó al silenciamiento, pues fueron: “prácticamente borrados de la historia y de la vida intelectual, salvo en su papel de ‘enemigo’ en el drama moral universal que enfrenta al bien con el mal” (Hobsbawm, 1998, p. 14). Ello corrobora a Sandoval Huertas (1977) cuando destaca que la principal característica del estigma como hecho de violencia es su contenido clasista, su objeto preferido son los “individuos pertenecientes a sectores dominados, o marginados del proceso de producción” (p. 52). Los ejemplos están en permanente actualización, como en Rajagopal (2003) analizando las lógicas del enemigo interno y de estigmatización del pensamiento diferente incluso en la academia, o Soares y Guindani (2007), estudiando la violencia de Estado de la policía en Brasil:

(...) [E]n 2003, en el estado de Río de Janeiro, 1.195 personas fueron asesinadas por la policía (más de 65% de ellas mostraban signos inequívocos de ejecución). En 2004, las víctimas fatales fueron 984 y en 2005 el número subió a 1.087. En 2006, solo en el primer semestre, se registraron 520 civiles muertos por la policía. Casi todos fueron jóvenes negros habitantes de las favelas.

(...) Durante esos operativos, la policía no tomó prisioneros ni aceptó la rendición de los sospechosos. En general, estos números aterradores describen un verdadero genocidio, resultado de una política deliberada de exterminio, ilegal y arbitraria, basada en la creencia de que le corresponde a la policía identificar al sospechoso, juzgarlo, sentenciarlo a la pena capital y ejecutarlo, todo en un mismo momento.

Es verdad que la brutalidad letal de los policías parece insuperable. Pero lo notable, lo que revela la barbarie del Estado, es que estas prácticas persistan sin que el Ministerio Público o la Justicia intervengan y sin que la opinión pública imponga a los líderes políticos una reacción. Y es más notable todavía si se considera que la táctica de las confrontaciones y de las incursiones bélicas, que iguala a las favelas con un territorio enemigo a devastar, no ha generado ningún beneficio para la seguridad pública (p. 62).

Se evidencia así el crimen de Estado como venganza signada por el poder. Ejercicio de poder político, que presentándose bajo el mito del Estado ético, utiliza la negación y la supuesta insularidad (la conocida retórica de agentes de Estado y no Estados), para traslapar una verdadera tecnología de poder. Esa tecnología de poder transita a través de la discriminación, como lo resalta Zaffaroni (2011) en relación con el poder punitivo, que no reconoce un trato correspondiente a personas, sino como “entes *peligrosos o dañinos*. Seres humanos señalados como *enemigos de la sociedad*” (p. 11). Esta correspondería con la discriminación primaria, que Tugendhat (1992) entiende como la discriminación aristotélica que señala la existencia de diferencias básicas del valor de diferentes tipos de personas, y que debe ser rechazada: “si no hay discriminación primaria (...) los derechos fundamentales se distribuyen de una manera igualitaria, y en parte por esto se llaman derechos humanos” (p. 31). Contrasta con la distinción secundaria que exigiría distinciones de distribución por tener el mismo respeto (valor) por todas las personas, con fundamento en la necesidad, el derecho particular y el mérito. Como expresión de la discriminación primaria, Feierstein (2008) con fundamento en Chalk y Jonassohn, sintetiza cuatro modelos de genocidio, en otra idea que conecta su concepto de genocidio reorganizador y la criminalidad de Estado, con tal contundencia que podrían consistir en su tipología: (i) los que buscan eliminar una amenaza real o potencial a la sociedad; (ii) los que diseminan el terror entre enemigos reales y potenciales; (iii) los genocidios implementados para adquirir riqueza económica; y (iv) los establecidos para desarrollar una creencia religiosa, una teoría científica o una ideología. (p. 89) En estas expresiones subyace lo que Tugendhat (1998) denomina la incapacidad de construcción de conciencia colectiva como

enfermedad, que constituye una reacción violenta que impide “despreciar las demás identidades culturales y nacionales, y de ahí llegar a negar incluso que los demás también son personas” (p. 36).

En efecto, para entender la inclemencia del crimen de Estado como expresión de la violencia estatal, resultan de utilidad los conceptos de violencia y de crítica a la violencia desde otra víctima del genocidio nazi: Walter Benjamin.

El pensador alemán caracteriza a la violencia como un *medio* cuya crítica se ejerce en la relación con el derecho y la justicia (Benjamin, 1971). Distingue entre la tesis iusnaturalista de la violencia que señala como jurídicamente legítima a la violencia adecuada “casi exclusivamente a los fines naturales”, que conduce a una casuística sin fin; y las tesis de derecho positivo que consideran “al poder en su transformación histórica”, pero es insuficiente, porque aun cuando diferencia diversos géneros de violencia, es necesario hacer crítica del Derecho positivo. (p. 172). A partir de allí concluye que el criterio de la crítica a la violencia debe ser externo a las dos tesis, y el Derecho debe ser considerado desde la filosofía de la historia (Benjamin, 1971). Por ello llama a revisar los medios de la violencia, sin limitarse a considerar la llana existencia de violencias legítimas e ilegítimas o con fines justos e injustos, pues el Derecho como expresión de poder impide arribar a un reconocimiento histórico universal de sus fines. En este contexto, Benjamin empieza a delinear los contornos que definen el crimen de Estado, desechando la idea de un mal individual:

a. Reconoce el carácter fundacional y reorganizador de la violencia en su relación con el Derecho. Señala una violencia que tendría lugar fuera del Derecho al vulnerar el monopolio de la violencia por una persona aislada, que incluso pueda ser objeto de admiración popular. Una segunda especie de violencia se presentaría como justa según el ordenamiento jurídico, como el ejercicio del derecho a la huelga, que al momento de elaboración de su artículo Para una crítica de la violencia, solo podría ser ejercida por la clase obrera y los Estados, aun cuando “es posible definir en ciertas condiciones como violencia, incluso una actitud asumida en ejercicio de un derecho” (Benjamin, 1971, p. 178).



b. Señala que tanto en el ejercicio de la guerra como en el derecho de huelga, se observan sujetos jurídicos que sancionan poderes, por lo que reconoce en toda violencia, un carácter de creación jurídica (Benjamin, 1971). De esta forma, no solo se corrobora el proceso de selección desde el Derecho, sino que se soluciona la aparente disyuntiva en concebir la violencia estatal, cuando es el Estado quien sanciona el Derecho:

(...) [E]l derecho limita el uso de los medios enteramente no violentos, debido a que éstos, por reacción, podrían engendrar violencia. Tal tendencia del derecho ha contribuido también a la concesión del derecho de huelga, que contradice los intereses del Estado. El derecho lo admite porque retarda y aleja acciones violentas a las que teme tener que oponerse (p. 186).

Es en este escenario que hace crítica del imperativo categórico kantiano, a partir de una tácita detracción de la criminalidad de Estado. Así sostiene que en realidad el derecho positivo busca promover el interés de individuos aislados para conservar el orden. Por ello concluye que no solo el proceso de selección, sino además, la esencia conflictual del Derecho, se origina en la violencia como “poder que funda o conserva el derecho” (Benjamin, 1971). “Creación de derecho es creación de poder, y en tal medida un acto de inmediata manifestación de violencia” (p. 183.). Por la violencia creadora del Derecho, Benjamin resalta la necesidad de imponer límites al poder, y a su selectividad.

Como ocurre bajo el proceso penal (Foucault, 2012b) la selección se construye a partir de características que no coinciden de forma necesaria con la cultura, la religión y la raza (Feierstein, 2008) o los tres criterios centrales de la concepción restrictiva de la Convención contra el Genocidio de 1948 (UN, 1948). Para corroborar el aserto, debe advertirse con Correas (1988) que un punto crítico de la sociedad capitalista implica el punto de vista de quienes no se benefician de la distribución de bienes materiales y culturales que dicha sociedad produce. De allí que considerando la existencia de “los no beneficiados” y los dominantes (Correas, 1988), el Derecho arribó a la actualidad bajo una idea bifronte: expectante frente a la criminalidad contra quienes define como no beneficiados, y en tanto herramienta de control de ese grupo identificado como las

víctimas del poder: las víctimas de los crímenes de Estado:

El hecho de la hegemonía presupone indubitadamente que se tienen en cuenta los intereses y las tendencias de los grupos sobre los cuales se ejerce la hegemonía, que se forma un cierto equilibrio de compromiso, es decir que el grupo dirigente hará sacrificios de orden económico-corporativo, pero es también indudable que tales sacrificios y tal compromiso no pueden concernir a lo esencial, ya que si la hegemonía es ético-política no puede dejar de ser también económica, no puede menos que estar basada en la función decisiva que el grupo dirigente ejerce en el núcleo rector de la actividad económica (Gramsci, 1980, p. 40 y 41).

El concepto de genocidio ayuda a comprender cómo se desarrollan los procesos de selección específica de la criminalidad de Estado. Feierstein (2008) establece tres elementos principales: (i) Se trata de una selección solo en apariencia racista. (ii) El genocidio corresponde a un proceso previo de selección. Finalmente, (iii) Se presenta como una tecnología de poder, a partir de la cual la hegemonía construye alteridades e identidades. Entonces algunos genocidios signados por un supuesto carácter étnico, sin considerar su aspecto político, señalan “una decisión tanto argumentativa como ideológica de priorizar los elementos étnico religiosos en la configuración de alteridad de las víctimas”(Feierstein, 2008, p. 18), postura que corrobora Andersen (2006). En similar sentido, bajo la razón imperialista el concepto de racismo es un instrumento de acusación (Bordieu y Wacquant, 2001; Quijano, 1999). Las teorías de las relaciones raciales son transfiguraciones conceptualizadas de estereotipos que pretenden justificar la dominación, como lo advierten Bordieu y Wacquant (2001):

El que en el transcurso de los últimos años la sociodicea racial (o racista) haya podido “mundializarse”, perdiendo a la vez sus características de discurso justificador de uso interno o local, es sin duda una de las pruebas más ilustrativas del dominio y la influencia simbólica que Estados Unidos ejerce sobre cualquier tipo de producción culta, principalmente a través del poder de consagración que detenta y el beneficio

material y simbólico que procura a los investigadores de los países dominados la adhesión más o menos asumida o vergonzosa del modelo procedente de Estados Unidos (p. 29).

Reconociendo los elementos que inciden en la conformación de la dimensión de lo real (imaginario, simbólico, y real), Žižek (2002) señala que “*in Nazi anti-Semitism, the Jew as the excremental Object is the Real that masks the unbearable “structural” Real of the social antagonism*” (p. 255)<sup>1</sup>. Asimismo, con fundamento en los estudios de Arendt, Feierstein resalta que los marcos ideológicos, sumados al racismo como configurador, generan la imagen del enemigo como paradigma ideológico.

En auxilio de esta postura, debe recordarse con Althusser (2005) que el Estado tiene múltiples aparatos que se combinan en la vida cotidiana siguiendo la hegemonía: los aparatos ideológicos se diferencian de los represivos en que generalmente no pertenecen por completo al dominio público, y porque mientras estos funcionan principalmente con violencia, los aparatos ideológicos del Estado lo hacen principalmente de forma ideológica. A través de aparatos ideológicos y represivos, el Estado expone la intencionalidad hegemónica que, como diría Feierstein (2008), subyace a los procesos genocidas, y su configuración como una específica tecnología de poder. Los aparatos del Estado confluyen en la permanente elaboración del proceso de selección, que no cesa durante la ejecución del crimen de Estado, viabilizando tanto la impunidad cíclica, como la posibilidad de repetición. Feierstein destaca que la negación de la identidad de las víctimas constituye un proceso central en la búsqueda de la impunidad cíclica, que se sintetiza en la pretensión de su desarticulación política a través de múltiples escenarios: En primer lugar, bajo la vertiente irrealizada de la naturaleza igualadora (Correas, 2006), donde el reconocimiento como ser humano y como víctima, depende de intencionalidades hegemónicas, como puntualiza Correas (2006) al recordar los procesos de *reconocimiento* de la *naturaleza humana* en las mujeres, las naciones originarias, prolongándose hasta la actualidad:

<sup>1</sup> En el antisemitismo nazi el 'judío' era el objeto excrementicio que oculta lo real 'estructural' del antagonismo social que resulta intolerable.

Los principios del siglo XXI, han mostrado que, para algunas democracias grandes, los árabes no son igualmente humanos que los occidentales, habida cuenta de que en el Irak de 2004 no se contabilizan los decesos musulmanes, sino solamente los de los soldados invasores. Tampoco se consideraron de naturaleza igual los prisioneros de Guantánamo, que pasaron años sin ningún aviso de que fueran considerados humanos, y a la muy gustosa paciencia de la mayoría de los miembros de la más grande democracia jamás habida. Y, aunque no es considerada una democracia, la culta Alemania nazi no percibía ninguna igualdad de naturaleza entre sus miembros y los judíos, los gitanos, los comunistas (y quién sabe qué hubiera pasado si hubiesen llegado a América Latina)” (p. 273 y 274).

Asimismo se busca la desarticulación política de las víctimas, limitándolas a las víctimas inocentes, apáticas en lo político, silenciosas en su compromiso, o signándoles como víctimas que se han procurado a sí mismas, estableciendo de nuevo, la característica del silencio como vehículo de supervivencia. Finalmente la desarticulación política se pretende negando la calidad de víctimas de determinado escenario de criminalidad, particularmente de la estatal, para reconducir el escenario del crimen proveniente de un mal absoluto, que en todo caso no puede ser el del Estado.

Se destaca que esta dinámica del genocidio como práctica social, igualmente caracteriza la ejecución de la criminalidad de Estado. Debe considerarse la pretensión de la razón instrumental de comprender la sociedad como un jardín del cual deben desterrarse las minorías que se conciben como una especie de maleza. A partir de allí se empieza a concebir la seguridad como un proceso de inmunización, como algunos autores han encontrado que tuvo lugar la llamada política de seguridad democrática en Colombia, a partir de la concepción de sociedad orgánica y de la necesidad de “extirpar, sacar del cuerpo” el proceso que afecta su “salud” (Díaz Gómez, 2012, p. 173). Ello coincide con la acéptica pretensión nazi y puede explicarse con René Girard (1986):

Los perseguidores siempre acaban por convencerse de que un pequeño número de individuos, o incluso uno solo, puede

llegar pese a su debilidad relativa a ser extremadamente nocivo para el conjunto de la sociedad. La acusación estereotipada permite y facilita esta creencia y desempeña un papel mediador. Sirve de puente entre la pequeñez del individuo y la enormidad del cuerpo social. Para que unos malhechores, por diabólicos que sean, consigan masificar a toda la comunidad, han de hierirla directamente en el corazón o en la cabeza, o bien iniciar el proceso a escala individual cometiendo crímenes como parricidios, incestos, etc., que provocan por contagio el cese de toda diferencia (p. 25).

En efecto el estereotipo es un proceso de categorización social que impone hegemonícamente un conjunto de creencias adquiridas y sostenidas en relación con un grupo social. Por ejemplo, se ha reconocido que los estereotipos de género, constituyen a la vez causa y consecuencia de la violencia contra la mujer (CIDH, 2001, 2013; Corte IDH, 2009, p. 401; Montes Berges, 2008). No en vano el racismo constituye la expresión de los estereotipos y la discriminación, basados en el rechazo sustentado en una idea de amenaza (Montes Berges, 2008), y constituye un mecanismo de dominación social, una expresión de la colonialidad del poder (Quijano, 1999). Entonces, el proceso de selección y el estereotipo subyacen como fuerzas motrices de la selección que construye la criminalidad de Estado como se corrobora por Žižek (2008) al analizar el ocultamiento del antisemitismo nazi, donde las ideas “no son otra cosa que la forma misma de la apariencia”. (p. 38) Justamente, visitando a Eduard Said, el pensador español Santiago Alba Rico señala que los procesos de construcción de otro a perseguir, se observan en múltiples lugares como discursos políticos o medios de comunicación, buscando justificar la aniquilación del pueblo judío y de pueblos como los musulmanes: “¿Qué hace falta para aniquilar al otro? Pues concebirlo primero como una unidad, y en segundo lugar como una unidad inasimilable” (Alba Rico y Guanche, 2012, minuto 38:18 ss). Said (1996) precisamente hace hincapié en la trascendencia de los procesos de selección, al determinar las guerras justas, por ejemplo, en lo atinente a la Primera Guerra del Golfo Pérsico, donde en las Naciones Unidas prevaleció la postura estadounidense de producir únicamente sanciones contra Irak. Ello se hizo con sustento en dos ideas nucleares arraigadas

desde el pasado, el “derecho de la gran potencia a salvaguardar sus intereses distantes (...) [y] la de que los pueblos menos poderosos eran inferiores y gozaban de menos derechos, exigencias y moral” (p. 81). A conclusiones similares arriba Calveiro (2012), quien tras revisar el tránsito guerrero internacional desde la Primera Guerra Mundial a la actualidad, subraya que sus mayores víctimas (en aumento) constituyen población civil, esto es, existe un principio de discriminación de violencia que se acompaña (paradójicamente) de un criterio de selectividad: “se puede arrasarse masivamente con la vida, siempre que sea la vida del Otro” (Calveiro, 2012, p. 22).

Estas consideraciones se actualizan en las cifras del genocidio del pueblo Palestino. La “Operación Muro Defensivo en 2002, había sido “la más importante desde la Guerra de los Seis Días de 1967” (ONU, CJDH, 2009, p. 49). Pero las cifras estimadas de víctimas civiles frente a las últimas operaciones de Israel contra Palestina, reafirman el genocidio que se está verificando. Se estima que desde la creación del Estado de Israel entre 1947 y 148, ha llevado a cabo aproximadamente diecisiete operaciones militares contra Palestina, que han tenido sus picos de horror en los años de 2008, 2012 y 2014 (Abc 2014). La “Operación Muro Defensivo” en 2002, dejó 497 palestinos muertos (ONU, CJDH, 2009), la “Operación Arco Iris” en 2004, dejó otro saldo de aproximadamente 50 palestinos asesinados (ONU, CJDH, 2014), cifra que se duplicó en la operación “Días de Penitencia” entre septiembre y octubre de 2004. La Operación “Plomo Fundido” se desarrolló en dos fases principales (aérea y terrestre), entre el 27 de diciembre de 2008 y el 18 de enero de 2009 (incluye la operación “Invierno Caliente”) y el 27 de diciembre de 2008 y el 3 de enero de 2009 (ONU, CJDH, 2009). Entre enero y diciembre de 2008, alcanzó un número aproximado de 1444 víctimas mortales palestinas (AI, 2009a; ONU, CJDH, 2009), entre ellas, 300 niños y niñas (AI, 2009a), como señalaron las Naciones Unidas:

Las estadísticas sobre el número de palestinos que perdieron la vida durante las operaciones militares son dispares. De acuerdo con una amplia investigación de campo, organizaciones no gubernamentales (ONG) sitúan el número total de personas muertas entre 1.387 y 1.417. Las autoridades de Gaza informaron de 1.444 víctimas mortales. El Gobierno de Israel considera que esta cifra fue de 1.166.

Los datos proporcionados por fuentes no gubernamentales sobre el porcentaje de civiles entre las víctimas mortales son en general concomitantes y suscitan muy serias inquietudes sobre la forma en que Israel llevó a cabo las operaciones militares en Gaza (ONU, CJDH, 2009, p. 15).

La operación “Pilar Defensivo” se desarrolló entre el 14 y el 21 de noviembre de 2012, donde solo el primer día se llevaron a cabo doscientos ataques aéreos contra territorio palestino (Huffington, 2012) y para el 21 de noviembre de 2012, se habían registrado noventa y tres personas de nacionalidad palestina muertas y novecientas heridas (Palestinalibre, 2012). Desde los primeros reportes de Naciones Unidas sobre la incursión de Israel sobre Gaza a partir del 8 de julio de 2014, “Operación Margen Protector”, las miles de víctimas palestinas eran principalmente civiles (Bbc, 2014; La Jornada, 31 julio 2014; Palestinalibre, 2014a), como resaltó Navy Pillay, entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Noticias RT, 2014). El 31 de julio de 2014, el Jefe de la agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados Palestina, Pierre Krahenbuhl, sostuvo ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: “Creo que la población está al borde de un precipicio y llamo a la comunidad internacional a tomar las medidas necesarias para enfrentar esta situación extrema” (La Jornada, 2014). Se alcanzó a establecer un número aproximado de 2.122 personas palestinas muertas (TeleSur, 2014a; 2014) entre los que se cuentan 500 niñas y niños (Palestinalibre, 2014) y aproximadamente 10.500 heridas (Palestinalibre, 2014a; TeleSur, 2014b). Entre ellas, según cifras de la Organización Mundial de la Salud citada por Palestinalibre, se encuentran más de tres mil niños y niñas heridos, de quienes unos mil quedarán en condiciones de discapacidad o funcionalidad diferente (Palestinalibre, 2014). Cifras a las que se suman las de miles de refugiados, pues se destacó para el 22 de agosto de 2014: “La Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados Palestinos en Oriente Próximo (UNRWA) ha indicado este jueves que el número de personas que se encuentran refugiadas en sus instalaciones en la Franja de Gaza ha ascendido a 280.000, lo que ha descrito de “cifra sin precedentes” (Palestinalibre, 2014a).

Se ha denunciado que la dirección de los ataques, principalmente contra la población

civil, obedece a una estrategia prediseñada como ocurrió con los ataques de Israel contra El Líbano (TeleSur, 2014c). Más allá de ello, resulta insoslayable reconocer que esta corresponde, a la postre, al sector poblacional principalmente atacado. Prueba de ello es que las víctimas son principalmente civiles palestinos, y que dentro de los 4.800 objetivos atacados por el Estado de Israel en esta última operación, fueron afectados de manera directa unas 10.600 viviendas, así como numerosos centros médicos, escuelas y pozos de agua (TeleSur, 2014d). Se continúa privilegiando los ataques contra la población civil como estrategia histórica de actuación del estado de Israel contra Palestina, si bien se ha recrudecido a partir de la operación “Plomo Fundido”, cuyos hechos podrían ser procesados por la CPI tras la culminación de su actual examen preliminar. Entre otros, el informe de Amnistía Internacional (2009a) sobre la Operación Plomo Fundido, destacó:

Gran parte de la destrucción se llevó a cabo de manera gratuita y fue el resultado de ataques directos contra bienes civiles, así como de ataques indiscriminados, en los que no se distinguió entre objetivos militares legítimos y bienes civiles. Tales ataques violaron disposiciones fundamentales del derecho internacional humanitario, en especial la prohibición de los ataques directos contra civiles y bienes civiles (principio de distinción), la prohibición de los ataques indiscriminados o desproporcionados y la prohibición de los castigos colectivos (p. 1).

La existencia de estas víctimas implica la configuración de espacios que sintetizan el proceso de selección que realiza la criminalidad de Estado, y que muestran que esta criminalidad en la actualidad se configura de forma muy frecuente como criminalidad reconfiguradora:

a. Selección como dominación, identificable de diversas formas: *ellos no son como nosotros* (Said, 1996), o el prototipo moderno: “Hay amigos y enemigos. Y también *extranjeros*”, donde este último constituye “un miembro de la familia de los *innombrables*”, esto es, aquellos que no pueden ser incluidos dentro de la oposición (Bauman, 1996, p. 92 y 95). En palabras de Calveiro (2012): “cuanto más “totalizante” es una forma de dominación, menos tolerancia tiene para aceptar cualquier

“afuera”, de manera que convierte toda exclusión en eliminación lisa y llana” (p. 20).

b. Selección como determinación del binomio víctima/enemigo. De forma corriente, las víctimas de crímenes de Estado pertenecen a sectores populares, o a naciones no incluidas dentro de la hegemonía mundial, y por ello tienen una menor posibilidad de reclamar sus derechos ante los tribunales nacionales o extranjeras, en tanto que además, son concebidas como “enemigas” del Estado (Corte IDH, 2009a; Gallardo, 2009), o de la humanidad.

c. Selección y temor. Estos procesos se acompañan de acciones de angustia, temor e inseguridad, que acompañan las pretensiones de justificar la selección (Corte IDH, 2009a), que permite garantizar su conexión con la posibilidad de reorganización, lo que tiene y no tiene lugar, como señaló Bauman (1996) a través de argumentos de tipo endógeno o exógeno. El proceso de selección endógeno implica la recuperación de la noción del que no tiene lugar: “(...) El extranjero, quien no sólo está fuera de lugar, sino que, además, sin hogar, puede convertirse en un atractivo objeto de genocidio” (p. 109).

Los demás tiene conocimiento de la existencia de quienes tienen y no tienen lugar, exclusiones que se acompañan de ejercicios del control social mediante el terror. No en vano la exclusión social constituye a un tiempo objeto y fin de la persecución: “desprotegido jurídicamente en sus relaciones con los demás, el ser humano pasa a ser un objeto en la sociedad dentro de su Estado, sin que los ataques contra el mismo acarreen consecuencias jurídicas” (Alija Fernández, 2011, p. 394). Naomi Klein (2007) señala en términos elocuentes que las graves violaciones de derechos humanos constituyen una pretensión deliberada de aterrorizar a la población: “y se articularon activamente para preparar el terreno e introducir las ‘reformas’ radicales que habrían de traer ese ansiado libre mercado” (Klein, 2007, p. 31).

En la criminalidad de Estado de la actualidad se encuentran dos dimensiones principales del uso del terror, desarrolladas a nivel nacional como internacional mediante un etiquetamiento que incluso va de Estados a individuos<sup>2</sup>: la relativa

<sup>2</sup> Para detenerse sobre el etiquetamiento de Estados a individuos, se sugiere revisar: Chomsky (1998, 2005 y 2008) así como Álvarez Cobelas, 2007.

a los lugares y a formas mismas de ejecución de acciones de terror, así como la que se refiere al tratamiento de sobrevivientes y víctimas en general que han sido objeto de selección. El caso de Palestina expresa una profunda elocuencia de ello, y de la utilización del Derecho como mecanismo de selección, como resalta Edward Said (1997):

No solo se nos ha pedido que aceptemos nuestra supresión como pueblo que tenía una vida real, como sociedad que existía de hecho en Palestina hasta 1948, y nuestro sometimiento a partir de ese año, sino que admitamos la complacencia y el aliento occidentales a nuestros opresores. Todo porque Occidente vio en Israel un prodigio de la democracia liberal, y la ocasión de indemnizar a las víctimas de las matanzas sufridas por los judíos, a pesar de que dichas matanzas fueran cometidas exclusivamente por europeos, y no por los palestinos, que han sido, a fin de cuentas, los que han tenido que pagarlas. A pesar de ello, y a pesar de las penalidades a las que nos ha sometido Israel, dimos un generoso paso al reconocer la existencia del Estado de Israel en las sesiones celebradas por el Consejo Nacional Palestino en Argelia en 1988. Este paso no ha encontrado equivalente todavía en la parte israelí. Todo lo que Israel hizo en Oslo fue reconocer a la OLP como representante del pueblo palestino, ignorando nuestra aspiración fundamental de alcanzar un grado de igualdad y reconciliación que permita el establecimiento de una auténtica paz.

En lugar de dar ese paso, Israel y EEUU se han obstinado en seguir presionando a la débil dirección palestina, hasta hacerla desmoronarse. (...) (p. 30).

En lo que corresponde a la segunda modalidad, se utilizan procedimientos de orden nacional, o la comisión de graves violaciones de DIDH. Sobre esta última, la utilización de la base militar de Guantánamo por Estados Unidos, ha buscado eludir la aplicación del DIDH (Abril, 2005).

Como otro criterio común en la construcción del concepto de enemigo del totalitarismo (Arendt y Calveiro) y del Estado (Gallardo, 2009; Zaffaroni, 2007a y 2012), se tiene la visión del Estado como instrumento de control. Ello confluye en

la determinación de la noción de víctima de la criminalidad de Estado, con tres manifestaciones del concepto de enemigo para dicha criminalidad que han edificado una arquitectura compleja del concepto, aun cuando con un mismo resultado: la fusión de “las ideas de delincuente a castigar, enemigo a exterminar y Otro a desaparecer (...)” De esta forma se “orientó toda la maquinaria en torno a la persecución primero, la eliminación después y la desaparición por último” (Calveiro, 2012, p. 41).

(i) **El enemigo bajo el signo del homo æconomicus o enemigo social.** Se trata de un concepto general de las víctimas de la criminalidad de Estado, en tanto constituye uno de los reflejos de la razón instrumental en la modernidad.

Como se señaló, el *homo æconomicus* como *homo penalis*, fue observado desde Foucault como una constatación de la intervención (no exclusiva pero sí decisiva) de la economía en la configuración de la gubernamentalidad. Quien es señalado como enemigo de las lógicas del *homo æconomicus*, se vincula como criminal, como quien perturba la sociedad, un enemigo social (Foucault, 1996). En realidad la selección bajo el *homo æconomicus*, constituye una de las primeras nociones, y el concepto general de enemigo interno de la modernidad capitalista. Este concepto a su vez presenta dos implicaciones en la construcción de la criminalidad de Estado y sus víctimas. Por un lado, la determinación de particulares formas de victimización permite sostener los intereses del *homo æconomicus*, como se colige de la situación de Ciudad Juárez (Corte IDH, 2009; GunCunninghame, 2005; Segato, 2004; Staudt y Vera, 2006), configurándose como un lugar emblemático de realización de feminicidios, y de aplicación de la globalización económica y del neoliberalismo (Segato, 2004) con sus consecuentes efectos (Corte IDH, 2009). La correspondencia del *homo æconomicus* como criterio de definición del enemigo de Estado, con las restantes subcategorías que aquí se presentan, puede entenderse mejor con una reflexión sobre la situación de la criminalidad de Estado en Brasil, y en particular de los crímenes en relación con el aparato judicial y la acción policial:

La Constitución de 1988 garantiza los derechos humanos. Sin embargo, el sistema de justicia criminal (sistema penal) brasileño ha privilegiado la criminalización de pobres,

negros y, particularmente, jóvenes. Cada año, un número significativo de individuos entra y sale del sistema de justicia criminal sin la debida red de protección social y sin el respectivo acceso a la justicia. En su mayoría son jóvenes expuestos a una enorme vulnerabilidad, con dificultades para acceder al mundo del trabajo. Su progresiva liberación (en régimen semiabierto, libertad asistida o condicional) muchas veces marca el reinicio de un proceso de estigmatización, victimización y criminalización terciaria. (Soares y Guindani, 2007, p. 66).

(ii) **El enemigo objetivo** (Arendt, 1998; Calveiro, 2012; Gallardo, 2009), o **enemigo absoluto** (Horkheimer y Adorno, 1998) que representa un peligro para el sistema por su sola existencia. Es representado por Calveiro (2012) con sustento en Arendt, bajo un amplio matiz que va desde el enemigo objetivo por su nacimiento, o por su postura disidente.

El enemigo objetivo es marcado “por el mal absoluto como el mal absoluto” (Horkheimer y Adorno, 1998, p. 213), y puede tratarse de cualquier persona, como ha tenido lugar incluso de manera previa al inicio de la modernidad: las mujeres- brujas de la última edad media, la población judía durante una buena parte de su historia, el Islam y sus adeptos durante el Nuevo Humanismo Militar. Esta faceta presentada por Arendt (1998) y Calveiro (2012) como ejemplos de víctimas del terror del totalitarismo o de la esencia de la dominación totalitarista, caracteriza también espacios de criminalidad de Estado, esto es, que no llegan a la acentuación que exigiría un fenómeno totalitario.

El enemigo objetivo es un grupo poblacional escogido por el poder y edificado como *víctima universal*. Bajo este concepto, Löwy (2003) caracteriza la víctima de los crímenes de Estado cuando habla sobre el Proceso de Kafka: “Joseph K., no tiene nacionalidad o religión determinada: la elección misma de una simple inicial en lugar del nombre del personaje refuerza su identidad universal; es el representante por excelencia de las víctimas de la máquina legal del Estado” (p. 102).

El proceso de aniquilamiento de las personas seleccionadas como *enemigo objetivo* o *absoluto*, no es el que se aplica a quien es considerado en

general como *enemigo social*. El enemigo objetivo pasaría por un nuevo proceso de victimización, pues además son víctimas de deshumanización en cárceles o en campos de concentración (Bauman, 2011; Gallardo, 2009; Mate, 2003). Desde luego que el paso entre las dos categorías es cuando menos azaroso. Por ejemplo, el general colombiano Landazábal Reyes (1982) consideró dentro de la categoría de enemigo interno, a la población civil: “los indiferentes e indecisos forman parte de las filas del adversario, al que prestan apoyo por el sólo hecho de dejarlo prosperar” (p. 427). Dentro de esta misma tipología es posible ubicar la población judía en cuanto víctima cosmopolita del nazismo (Bauman, 2011).

El enemigo por su postura contrahegemónica. Puede considerarse una subcategoría dentro del enemigo objetivo. Incumbe al enemigo por su identidad política, el movimiento disidente, diverso del discurso oficial. En esta categoría han sido incluidos en el continente americano, los “intelectuales, artistas, estudiantes, docentes, líderes sindicales y otros múltiples actores que sufrieron las consecuencias de la violencia sistemática producida durante este periodo” (CIDH, 2011, párr. 501).

Justamente, se ha señalado que en la raíz del holocausto nazi está la pretensión hegemónica: “La existencia y el aspecto de los judíos comprometen la universalidad existente debido a su falta de adaptación” y en realidad la raza constituye: “la autoafirmación del individuo burgués”(Horkheimer y Adorno, 1998, p. 214). Esto es, se ha desarrollado “una peculiar articulación conceptual en la cual lo político y lo étnico cultural (...) en una imagen unitaria, que representaba una encarnación específica del enemigo de Occidente” (Feierstein, 2008, p. 24).

En múltiples casos adelantados en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el análisis de contexto ha evidenciado acciones sistemáticas contra estudiantes y profesores de universidades públicas (Corte IDH, 2009a). Asimismo Calveiro (2012) resalta que en América Latina, el enemigo en la dimensión de identidad política fue etiquetado bajo el genérico *subversivo*. A partir de allí fue seleccionada y eliminada “toda una generación de dirigentes políticos, sociales, sindicales, militares nacionalistas, sacerdotes progresistas,

intelectuales alternativos, descabezando, desarticulando, vaciando las sociedades para penetrarlas y controlarlas” (p 41).

Otro punto de conexión en los tres mecanismos expuestos, es la construcción social del enemigo. Como resalta Feierstein (2008) en relación con los procesos reorganizadores del nazismo y de la última dictadura en Argentina, se trata de una destrucción sistemática que busca ejercer impresiones a largo plazo en el grupo escogido: transformarlo “redefinir su modo de ser, sus relaciones sociales, su destino y su futuro” (p. 52). Es decir, se crea el enemigo para acabarlo y con ello, crear un sujeto a la medida del Estado.

Finalmente, se constata que la edificación del concepto de enemigo interno, se hace bajo una dosis de racismo como tecnología del poder. Foucault (2000) resalta el papel del racismo en la economía del Biopoder, a partir de la idea de la muerte de unos para alcanzar el fortalecimiento biológico propio de otro, como miembro de una raza o una población: “Podrán advertir que, en el fondo, aquí estamos muy lejos de un racismo que sea, simple y tradicionalmente, desprecio u odio recíprocos de las razas”. (p. 234) De ahí que concluye que la especificidad del racismo moderno no subyace a ideologías o mentiras del poder, sino a “un mecanismo que permite el ejercicio del Biopoder. (...) al funcionamiento de un Estado obligado a servirse de la raza, de la eliminación de las razas y de la purificación de la raza, para ejercer su poder soberano” (p. 234).

El sostenimiento de los procesos de selección no niega su profundización. En la actualidad el proceso de inmunización de la racionalidad instrumental ha trocado el enemigo subversivo en el enemigo terrorista, donde como lo resalta Díaz Gómez (2012), el criterio de maldad se usará sobre “lo emergente, la novedad, en cuanto amenaza el orden del sistema social” (p. 173) y a partir del 11 de septiembre de 2011, se englobarán como terroristas. Pero la más lamentable de las profundizaciones del proceso de selección consiste en el tránsito al concepto de enemigo como no humano. A través de la tecnología se ha procedido a la creación en la hegemonía imperante de un Otro “como alguien exento de todo derecho” (Calveiro, 2012, 35), a través de una síntesis “tanto política como religiosa” (Feierstein, 2008, p. 64). Esta lectura ha tenido inicio en el proceso que Marx concebiría

como el “carácter fetichista de la mercancía y su secreto” (Marx, 2008, p. 87 ss.), donde se presenta una desvinculación entre el sujeto y el objeto, mientras se invierte la relación, como advierte el filósofo Omar Prieto (2014): “pues se trasladan a las cosas, el valor en sí mismo de las personas” y de allí, al remitirse a las cosas el valor que reside en las personas, se llega a la deshumanización.

Entonces, resulta lógico afirmar que el sistema totalitario profundiza esta lectura, pues allí se pasa adicionalmente, de las pretensiones de desvertebramiento del sujeto colectivo, a la anulación del sujeto individual. De esta forma se crea una humanidad “carente de personalidad jurídica o política, reducida a la pura dimensión biológica e instrumental, una suerte de humanidad superflua” (Calveiro, 2012, p. 29). Esto ha sido evidenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en relación con el proceso de selección, como en la utilización de ciertas graves violaciones de derechos humanos, como la desaparición forzada, bajo dicha selección. En su voto razonado a la sentencia del caso Anzualdo Castro vs. Perú, sostuvo el juez Sergio García Ramírez: “La desaparición y otras expresiones del mismo linaje reaccionan sin arreglo al Derecho, de manera automática y brutal: no juzgan, suprimen” (Corte IDH, 2000a). La reducción a la dimensión instrumental en combinación con los procesos de selección de las víctimas, es campo de cultivo para la criminalidad de Estado:

Perseguidores y víctimas, en cuanto aquellos que ciegamente golpean y aquellos que ciegamente se defienden, pertenecen aún al mismo círculo fatal de desventura. El comportamiento antisemita se desencadena en situaciones en las que hombres cegados y privados de subjetividad son liberados como sujetos (Adorno y Horkheimer, 1998, p. 216).

Esta humanidad reducida a una dimensión instrumental que culmina en la deshumanización como mecanismo de comunicación internacional, no se presentó de manera global como rasgo previo a la Primera Guerra Mundial, pues a pesar de tratarse de una confrontación bélica internacional entre potencias hegemónicas, donde además tuvo lugar el genocidio armenio (Adorno, 1998) se sostuvo la idea de enemigo como igual. (Carmona Sánchez, 2013) Como resalta Calveiro (2003), una vez la persona ingresa en el proceso

de aniquilamiento que se sintetiza en el campo de exterminio o la prisión, y se le utilizaba, entonces estaba: “lista para la fase final: la supresión de la vida biológica y la posterior “desaparición” del cuerpo mismo, del cadáver” (p. 119). En el caso colombiano se construyó también la difusa noción de enemigo interno no como enemigo, sino como *no humano*, y a partir de ella se tecnologizaron las ejecuciones extrajudiciales como reducción a la calidad de *homo sacer*. En la década de 1980, un comandante de inteligencia del Ejército Nacional, señaló:

La guerrilla es una apenas un apéndice de la subversión y tiene una importancia menor de la que generalmente se le atribuye; el peligro, en un proceso subversivo, lo constituye lo que los insurgentes han denominado la guerra política o psicológica. Este tipo de guerra está encaminada a tomar el control de los núcleos humanos; a fanatizar al pueblo con ideologías extremistas; a conformar organismos que se encarguen de manipular a las masas en favor de sus intereses; a desarrollar una acción que confunda a la nación, distorsione la verdad y cree la desconfianza; a infiltrar la administración (...)” (Zafra, 1987, p. 39).

Estas actuaciones han tenido una respuesta escasa del Derecho. Debe resaltarse el Auto A-164 de 2012, catalogado por la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, como una de las pocas expresiones sensatas desde el Derecho, frente a la persecución que sufren y que titulan en cabeza del Estado. En dicho auto la Corte Constitucional generó una estrategia para construir mecanismos tendientes a crear condiciones para “la reconstrucción de la confianza” y la superación de “los obstáculos que han impedido asegurar de manera efectiva los derechos de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó y la no repetición de los hechos que generaron la vulneración de los mismos (...)” (CC, A-164 de 2012).

El proceso de Feierstein se corrobora con múltiples decisiones de la justicia nacional, que revelan los procesos de selección de víctimas del paramilitarismo en Colombia a partir de prácticas de etiquetamiento que confluyeron en una historia falsa “deliberadamente construida como una estrategia de impunidad jurídica y social” (J110IT, 25 de enero de 2013, p. 12. Ver asimismo: J110IT, 31 de enero de 2012; CSJ- SCP, 6 junio de



2012). En la sentencia de primera instancia del proceso penal adelantado por el homicidio de los sindicalistas Valmore Locarno y Víctor Hugo Orcasita, se observó:

En cuanto a la intensidad del dolo habrá de indicarse que estamos ante una conducta que fue orquestada con antelación suficiente, preparada de manera detallada, llevando incluso a una campaña previa de desprestigio y de etiquetamiento de los dirigentes sindicales, haciéndolos pasar por guerrilleros con el fin de abonar el terreno para que tales decesos quedaran justificados por el objeto misional de las autodefensas (J110IT, 25 de enero de 2013. Ver asimismo: J 51PC, 15 de diciembre de 2011).

Decisiones judiciales como estas dejan ver diversos tipos de señalamientos vehiculando el proceso de etiquetamiento que en términos generales correspondían a: (i) la atribución de pertenencia o auxilio a la insurgencia sin fórmula de juicio (CSJ, SJyP; TSB, SJYP, 2013), (ii) la pertenencia a organizaciones o partidos políticos que no hacían parte de la hegemonía, como resalta el Tribunal Superior de Bogotá: “se manifestó por parte de HébertVeloza que una de las políticas de las autodefensas era “desarticular” y debilitar los movimientos que tenían una supuesta relación con la política de izquierda e influencia de las “guerrillas” de izquierda”(TSB, SJYP, 2013, párr. 194). (iii) la ubicación geográfica de las víctimas (TSB, SJYP, 2013). Asimismo, las decisiones judiciales en mención dejan ver que estos procesos de etiquetamiento confluyeron en crímenes generalizados (CSJ, SJyP), y además sistemáticos (J110IT, 25 de enero de 2013; CSJ- SCP, 6 junio de 2012; CSJ, SJyP), que se desarrollaban bajo la pretensión de atemorizar a la población (TSB, SJYP, 2013):El Tribunal Superior de Bogotá, ha reseñado lo sostenido por el paramilitar Hébert Veloza:

(...) una de las formas de ganar la guerra era generar terror, una de las formas de combatir al enemigo era generar terror ante las comunidades, para que esas comunidades no le sirvan al enemigo, una forma de generar terror era esa: decapitando gente para generar terror ante la comunidad, por eso se presentaban estas situaciones (TSB, SJYP, 2013, párr. 188).

Por ello, llama la atención que el proceso descrito por Feierstein, coincida con algunas de las etapas de la configuración estatal a partir de la ilustración: Selección, discriminación, homogeneización y sacralización; a partir de lo cual se ha llegado a considerar que la diferencia y su reconocimiento es un asunto que genera incomodidad al Estado Ilustrado, y que la discriminación es un proceso propio de este Estado, luego entonces, de la modernidad. Se trata como destaca Fuentes Contreras (2013) de un proceso de discriminación estatal que se conecta con una propuesta de homogeneización “donde se construye un elemento incluyente de segunda mano o en su defecto de inclusión bajo el cumplimiento de los estándares impuestos por el modelo ilustrado” (p. 120).

## CONCLUSIONES

La concepción de Genocidio como concepto sociológico, esto es, en tanto proceso fundacional o reorganizador, como la de crimen de Estado, entrañan procesos de selección de las víctimas/enemigos. Se ha evidenciado así la existencia de tres tipos diferentes de subprocesos de selección: La selección como dominación, la selección como determinación del binomio víctima/enemigo, y la selección como ejercicio de temor que procura control social. Estos procesos a su vez generan tres categorías de víctimas de crímenes de Estado: el enemigo bajo el signo del *homo æconomicus* o enemigo social, el enemigo objetivo o absoluto, y como una subespecie de este último, el enemigo por su postura contrahegemónica.

También se advierte que no es suficiente asimilar simplemente genocidio a criminalidad de Estado para tener que este proceso de selección en realidad se lleva a cabo, aunque en efecto estas técnicas se consideran idénticas en lo que corresponde a una aproximación sociológica que busque explicar los orígenes de la criminalidad de Estado. En dicho orden, se ha corroborado que la criminalidad de Estado constituye un fenómeno de la modernidad que permanece hasta la actualidad con líneas acentuadas bajo el Nuevo Humanismo Militar.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL, R.(2005). De Guantánamo, a Bagdad. Estatuto Jurídico y trato a los “detenidos en la lucha contra el terrorismo”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, 9.[en línea].Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num9/articulos/guantanamo-bagdad-estatuto-juridico-trato-detenidos-lucha-contra-terrorismo>. [Consultado octubre 27, 2012].
- Horkheimer, M.y Adorno, T. (1998). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos Filosóficos*(3ª. Ed., J. J. Sánchez, Trad.). Valladolid: Editorial Trotta.
- ALBA RICO y GUANCHE J. C. (2012, diciembre 30). Entrevista a Santiago Alba por Julio César Guanche. [Archivo de video]. Disponible en : [http://www.youtube.com/watch?v=U\\_ekOX41H-Y](http://www.youtube.com/watch?v=U_ekOX41H-Y). [Consultado julio 25, 2014].
- Alija Fernández, R. A.(2011). La persecución como crimen contra la humanidad. Barcelona: Publicaciones y ediciones de la Universidad de Barcelona.
- Althusser, L. (2005). Ideología y aparatos ideológicos del Estado. En *La filosofía como arma de la revolución* (25ª ed., pp. 102-151.).México: Siglo XXI.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL.(2009a). Israel/Gaza. Operación “Plomo Fundido”: 22 días de muerte y destrucción. [en línea]. Disponible en <http://amnistiainternacional.org/publicaciones/80-israel-gaza-operacion-plomo-fundido-22-dias-de-muerte-y-destruccion.html>. [Consultado agosto 26, 2014].
- ANDERSEN, M.L. (2006). Race, Gender, and Class Stereotypes: New Perspectives on Ideology and Inequality. *Norteamérica*, 1(1). [en línea]. Disponible en <http://www.revistas.unam.mx/Norteamerica/pdfs/n01/n0105.pdf>. [Consultado octubre 10, 2012].
- ANDREASSI, A(2005). Dictadura militar en Argentina (1976-1983). *Naturaleza y antecedentes del Estado genocida*. [en línea]. Disponible en: <http://www.espai-marx.net/ca> [Consultado octubre 2, 2012].
- Arendt, H.(1998). *Los Orígenes del Totalitarismo*. Madrid: Taurus.
- Bauman, Z.(2011). *Modernidad y Holocausto*, (6ª ed.). Madrid: Ediciones Sequitur.
- \_\_\_\_ (1996). *Modernidad y ambivalencia*. En J Beriarin (Comp.). *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo* (C. S. Capdequí, Trad., pp. 73 -120). Barcelona: Anthropos.
- BAVARESCO, A. (2003). La crisis del estado-nación y la teoría de la soberanía en Hegel. *Recerca. Revista de pensamiento y análisis*, 3, 55-80. [en línea]. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/RecercaPensamentAnalisi/article/view/106716/153085>. [Consultado noviembre 15, 2010].
- BAYÓN, J. C. (2008). ¿Democracia más allá del Estado? En *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, (Vol. IV, pp 71-92). Madrid: Dykinson.
- Benjamin, W. (1971). Para una crítica de la violencia. En *Angelus Novus*, (H. A. Murena, Trad., pp. 171-199). Barcelona: Edasa, Editorial Sur.
- Bordieu, P. y Wacquant, L. (2001). *Las argucias de la razón imperialista* (M. J. Furió Sancho, Trad.). Barcelona: Paidós.
- Calveiro Garrido, P. (2012). *Violencias de Estado. La Guerra Antiterrorista y la Guerra contra el Crimen como Medios de Control Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- \_\_\_\_\_(2003). *Memorias virósicas: Poder Concentracionario y desaparición de personas en Argentina*. *Acta poética*, 24(2), 111-134. [en línea]. Disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rap/article/view/28360/26192>. [Consultado octubre 10, 2010].
- CARMONA SÁNCHEZ, H. O. (2013). *Consecuencias ontológicas en la asimilación del enemigo: de los Nacionalismos a la*

- Hegemonía Política Contemporánea. En *Lathouses. Violencia y Alteridad*. 1, 23-30.
- CARVAJAL MARTÍNEZ, J. E. (2010). Derecho y cambio político en América Latina 1960-1980. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, 32, 259-272.
  - COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 164 del 6 de julio de 2012. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.
  - \_\_\_\_\_CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de septiembre de 2014. Magistrado Ponente. Sigilfredo Espinoza Pérez. Segunda instancia de Justicia y Paz, Proceso No. 32022.
  - \_\_\_\_\_JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ. Proyecto OIT. Sentencia del 25 de enero de 2013. Procesado Jaime Blanco Maya. Víctimas: Valmore Locarno Rodríguez y Víctor Hugo Orcasita Amaya. Radicado: 110013107011-2011-00026-00.
  - \_\_\_\_\_JUZGADO ONCE PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ. Proyecto OIT. Sentencia del 31 de enero de 2012. Procesados: Ramiro Rengifo y Roberto Vargas Gutiérrez.. Víctima: Jesús Orlando Crespo Cárdenas. Radicado: 110013107011-2011-00024.
  - \_\_\_\_\_TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sentencia de 30 de octubre de 2013. Magistrado Ponente: Eduardo Castellanos Roso. Proceso Segunda instancia de Justicia y Paz. No. 11-001-60-00 253-2006 810099. Rad. interno 1432.
  - COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2011). Caso No. 12.590. *José Miguel Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar")*, Guatemala. Demanda presentada por la CIDH el 18 de febrero de 2011.
  - \_\_\_\_\_ (2001). Caso No. 11.625. María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala). Informe de Fondo, No. 4/01. 19 de enero de 2001.
  - (\_\_\_\_\_2013). Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes. [en línea]. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/CIDH.%20Estudio%20sobre%20OS,%20IG%20y%20EG.%20T%C3%A9rminos%20y%20est%C3%A1ndares.doc>. [Consultado abril 17, 2014].
  - CORREAS, O. (2006). Los derechos humanos. Entre la historia y el mito. *Revista Crítica Jurídica*, 25, 269-292.
  - \_\_\_\_\_ (1988). Teoría Sociológica del Derecho y Sociología Jurídica. En *Crítica Jurídica*, 7. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla.
  - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2009). Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202
  - \_\_\_\_\_ (2009). Caso González y otras ('Campo Algodonero') vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.
  - \_\_\_\_\_ (2006). Voto razonado de A.A. Cançado Trindade a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú et al. vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153.
  - DÍAZ GÓMEZ, Á. (2012). Hacer morir y dejar vivir... Hacer vivir y dejar morir: el caso de "los falsos positivos". En: Castor M.M. B. Ruiz y R. A. Duarte Cuadros, *La urbe global y el gobierno de la vida humana: Justicia, alteridad y memoria en los espacios de poder*. (1ª. Ed). Bogotá: Universidad Libre. Facultad de Filosofía.
  - DUSSEL, E. (2000). Europa, modernidad y eurocentrismo. En Eduardo Lander (Comp.), *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y Ciencias Sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 24-33). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. (Clacso).

- Feierstein, D. (2008). El Genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Fioravanti, M. (1996). Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones, (M. Martínez, Trad.). Madrid: Trotta.
- Foucault, M. (2000). Defender la sociedad. Curso en el College de France (1975-1976). (1ª Ed. en español, H. Pons, Trad.,) (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. [Ver, genealogía del racismo]
- \_\_\_\_\_ (1996a). Genealogía del racismo. (T. A. Tzveibe, Trad.). La Plata: Editorial Altamira. [Ver, Defender la Sociedad]
- \_\_\_\_\_ (1998). Historia de la Sexualidad 1. La Voluntad de saber. (25ª ed. en español) México: Siglo XXI Editores.
- \_\_\_\_\_ (1996). La verdad y las formas jurídicas. (E. Lynch, Trad.) Barcelona: Gedisa.
- \_\_\_\_\_ (2007). Nacimiento de la biopolítica. Curso en el College de France (1978-1979). (1ª Ed. en español) Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- \_\_\_\_\_ (1990). Tecnologías del yo y otros textos afines. (, 1ª Ed , M. A. Salazar, Trad.). Barcelona: Paidós Ibérica: I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- \_\_\_\_\_ (2012b). Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión. (2ª Ed., 3ª Reimpresión) Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Fuentes Contreras, E. H. (2013). El ocaso del Estado moderno. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Gallardo, H. (2009). Derechos Humanos como Movimiento Social, (2ª Reimpresión) Bogotá: Ediciones Desde Abajo.
- Garzón Valdés, E. (2001). Filosofía, política, derecho. Valencia: Universidad de Valencia.
- Girard, R. (1986). El chivo expiatorio. Barcelona: Anagrama.
- Gramsci, A. (1980). Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno ( J. Aricó, Trad.), Buenos Aires- Madrid: Ediciones Nueva Visión.
- \_\_\_\_\_ (2005a). Tres principios, tres órdenes; en Antología, Selección, traducción y notas de Manuel Sacristán (5ª Ed.). México: Siglo XXI.
- Gun Cuninghame, P. (Septiembre de 2005). Globalización, maquiladoras e identidades transnacionales en Ciudad Juárez. Ponencia para el XXVIII Encuentro Red Nacional Investigadores Urbanos: Dilemas de la sociedad fronteriza. Encuentro llevado a cabo en la Ciudad Juárez, Chihuahua. [en **línea**]. Disponible en <http://www2.uacj.mx/ICSA/Investiga/RNIU/pnencias%20pdf/Ponencia%20Patrick%20C..pdf>. [Consultado junio 12, 2014].
- Hegel, G. W. F. (2000). *Rasgos fundamentales de la filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*. ( E. Vásquez, Trad.). Madrid: Biblioteca Nueva.
- Hobbes, T. (2005). *Leviatán. O la material, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. (2ª. Ed. en español). México: Fondo de Cultura Económica.
- Hobsbawm, E. (1998) *Historia del Siglo XX* (3Reimp.). Buenos Aires: Crítica.
- Horkheimer, M. y Adorno, T. (1998). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos Filosóficos* (3ª. Ed, J. J. Sánchez, Trad.). Valladolid: Editorial Trotta.
- Ihering, R Von.(2006). *El Fin en el Derecho*, Bogotá: Axel Editores.
- Inazumi, M. (2005). *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, 19, Antwerpen: Intersentia.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. (1951). *Advisory Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 28 May 1951, LEG 16/05 (6). [en **línea**]. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2&case=12&p3=0>. [Consultado mayo 4, 2012].

- Kant, I. (2008). *La Metafísica de las Costumbres*, Estudio Preliminar de Adela Cortina Orts, Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Connil Sancho (4ª Edición). Madrid: Edit. Tecnos.
- KAUZLARICH, D., MULLINS, C. W. & MATTHEWS, R. A. (2003). A Complicity Continuum of State Crime, *Contemporary Justice Review*, 6(3), 241-254.
- Klein, N. (2007). La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre. Barcelona: Paidós.
- Landazábal Reyes, F. (1982). *Conflicto social*. Medellín: Editorial Bedout.
- LÖWY, M., (2003). De Mendel Beiliss, el judío paria, a Joseph K., la víctima universal. Una interpretación de El proceso de Kafka (E. Cohen y M. Balcázar, Trad.). [en línea]. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rap/article/view/28359>. [Consultado octubre 10, 2012].
- Marx, K. *El Capital. Crítica de la Economía Política. Libro Primero. El proceso de producción de capital* (1ª Ed. en español, 28ª reimp, P. Scaron, Trad.). México: Siglo XXI Editores.
- Mate, R. (2003). *Por los campos de exterminio*. (1ª ed.). Barcelona: Anthropos.
- MONTES BERGES, B. (2008). Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio. *Revista electrónica Universidad de Jaen*. 3(1).
- UN, GENERAL ASSEMBLY. (1948). Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Resolution 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. A/RES/3/260. [en línea]. Disponible en <http://www.un-documents.net/a3r260.htm>. [Consultado mayo 6, 2012].
- ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. (2009). Situación de los derechos humanos en Palestina y otros territorios Árabes ocupados. Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el conflicto en Gaza. A/HRC/12/48.[en línea]. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/158/69/PDF/G0915869.pdf?OpenElement>. [Consultado agosto 22, 2012].
- \_\_\_\_\_ (1985) Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide, prepared by Mr. B. Whitaker. E/CN.4/Sub.2/1985/6.
- \_\_\_\_\_ (1972, May 23) Study of the question of the prevention and punishment of the crime of genocide. Preliminary report by Mr. Nicodeme Ruhashayankiko, Special Rapporteur. Distr. Limited. E/CN.4/Sub.2/L.565. [en línea]. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N72/110/60/PDF/N7211060.pdf?OpenElement>. [Consultado noviembre 4, 2012].
- PERÚ, CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, SALA PENAL ESPECIAL, Sentencia del 7 de abril de 2009, Expediente N° AV 19-2001 (acumulado), Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE, Sentencia Condenatoria contra Alberto Fujimori. [en línea]. Disponible en <http://www.deigualaligual.net/es/derechos-humanos/52-derecho/3443-texto-sentencia-fujimori-culpable>. [Consultado junio 5, 2012].
- \_\_\_\_\_ FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL. Opinión Fiscal sobre recurso de Nulidad. 31 de agosto de 2009. Expediente N° AV 19-2001 (acumulado), Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE contra Alberto Fujimori. [en línea] Disponible en [http://www.mpfn.gob.pe/descargas/informes/01092009112731\\_VER\\_DICTAMEN\\_COMPLETO.pdf](http://www.mpfn.gob.pe/descargas/informes/01092009112731_VER_DICTAMEN_COMPLETO.pdf). [Consultado junio 15, 2013].
- PRIETO, O. (3 de septiembre de 2014). "El fetichismo de la mercancía: Daños colaterales". VI ciclo de conferencias de filosofía: Lecturas contemporáneas del pensamiento marxista. Conferencia llevada a cabo por el Programa de Filosofía. Área de Procesos de Pensamiento. Facultad de

- Ciencias Humanas, Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, Colombia.
- QUIJANO, A. (1999). ¡Qué tal raza!. En Familia y Cambio social. Lima: Cecosam.
  - RAJAGOPAL, B. (2003). Academic freedom as a human right: An internationalist perspective. *Academe, Journal of the American Association of University Professors.* (May-June), 25-28.
  - Rivera Beiras, I. (2004a) Forma-Estado, mercado de trabajo y sistema penal ("Nuevas" racionalidades punitivas y posibles escenarios penales). En R. Beiras (Coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios* (pp. 287 -326) Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, Anthropos.
  - Roberts, J.M. (2010). *Historia del Mundo. De la Prehistoria a nuestros días*, Barcelona: Random House Mondadori.
  - Rousseau, J. J. (1989). *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. Medellín: Edilux Ediciones- Susaeta Ediciones.
  - Said, E. (1996) *Cultura e imperialismo*. (N. Catelli, Trad.). Barcelona: Editorial Anagrama.
  - Sandoval Huertas, E. (1979). *La violencia de contenido criminológico penal*. Tesis de maestría. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
  - SANTOS, B. DE S. (2005). Beyond neoliberal governance: The world social forum as subaltern Cosmopolitan politics and legality. En B. de Sousa Santos and C. Rodríguez Garavito (Eds.), *Law and Globalization from Below* (29-63). New York: Cambridge Studies in Law and Society.
  - SEGATO, R. L. (2004) *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez* (362).Brasilia: Universidade de Brasilia.
  - Smith, A. (1794). *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (J. Alonso Ortiz, Trad.). [en línea]. Valladolid: En la oficina de la viuda é hijos de Santander. Disponible en: <http://stolpkin.net/IMG>. [Consultado julio 12, 2014].
  - SOARES, L. E. Y GUINDANI, M. (2007). La tragedia brasileña: la violencia estatal y social y las políticas de seguridad necesarias. En: *Nueva sociedad*, 208, pp.56-72.
  - STAUDT, K. Y VERA, B. (2006). Mujeres, políticas públicas y política: los caminos globales de Ciudad Juárez, Chihuahua- El Paso, Texas. En: *Región y sociedad*. 18(37).
  - Tugendhat, E. (1998). *Gitanos y judíos*. En Ernest Tugendhat, *Conferencias y compromisos 1978-1991*. (Elisa Lucena. trad.). Madrid: Tecnos.
  - \_\_\_\_\_ (1992) *Justicia y Derechos Humanos*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
  - Villoro, L. (1992). *El Pensamiento moderno. Filosofía del Renacimiento* (1ª. Ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
  - Zaffaroni, E. R., (2012). *Crímenes de Masa* (2a Ed. Ampliada). Buenos Aires: Ediciones Madres Plaza de Mayo.
  - \_\_\_\_\_ (2007a). *El Crimen de Estado como Objeto de la Criminología*. En: *Contribuciones Críticas al Sistema Penal de la Post Modernidad*, In Memoriam a Eduardo Novoa Monreal. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
  - \_\_\_\_\_ (2011). *El enemigo en el derecho penal* (2ª Ed.). México DF: Ediciones Coyoacán.
  - \_\_\_\_\_ (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal* (1ª Ed.). Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana.
  - ZAFRA GALVIS, O. (1987) *Conceptos sobre inteligencia en la guerra subversiva*, *Revista Fuerzas Armadas*, 42 (122).
  - ŽIŽEK, S. (2002) *The Matrix: Or, The Two Sides of Perversion*. En: William Irwin (edt.) *The Matrix and Philosophy. Welcome to the desert of the real*. (240- 266) Chicago: Open Court.

- \_\_\_\_\_ (2006) Órganos sin Cuerpo. Sobre Deleuze y consecuencias (1ª ed.) Valencia: Pre-Textos.
- \_\_\_\_\_(2008). Arte e ideología en Hollywood. Una defensa del platonismo. (C. Rendueles, Trad.). En: Žižek, S.; Alemán, J. y Rendueles, C. Arte, ideología y capitalismo (10-49). Madrid: Consorcio del Círculo de Bellas Artes.
- \_\_\_\_\_.(2011) En contra de los Derechos Humanos, Revista Suma de Negocios, 2(2), 115-127.

#### NOTAS DE PRENSA Y NOTICIAS EN INTERNET

Cronología de los ataques de Israel contra la Franja de Gaza. (2014, Julio 22). Abc Internacional. [en línea]. Disponible en: <http://www.abc.es/internacional/20140710/abci-cronologia-israel-gaza-201407100908.html>, [Consultado agosto 26, 2014].

Israel mató a 91 palestinos en la última semana. (2014, Agosto 24) TeleSur noticias. [en línea] Disponible en: <http://www.telesurtv.net/news/91-muertos-en-Gaza-desde-el-lunes-20140824-0017.html>. [Consultado agosto 26, 2014].

La ONU cifra en 280.000 los refugiados en la Franja de Gaza (2014, Agosto 22). Palestinalibre.org. [en línea]. Disponible en <http://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=52088>. [Consultado agosto 22, 2014].

Los números rojos del conflicto de Hamas e Israel en Gaza. (2014, Julio 26). Abc Internacional. [en línea]. Disponible en: [http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/07/140726\\_gaza\\_conflicto\\_israel\\_numeros\\_yv.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/07/140726_gaza_conflicto_israel_numeros_yv.shtml). [Consultado agosto 22, 2014].

Nuevo ataque israelí deja 10 muertos en Palestina. (2014, agosto 25) TeleSur noticias. [en línea]. Disponible en <http://www.telesurtv.net/news/Nuevo-ataque-israeli-deja-10-muertos-en-Palestina--20140825-0059.html> [Consultado agosto 26, 2014].

Operación Pilar Defensivo 2012: Cronología de la ofensiva de Israel sobre Gaza (FOTOS) (2012, Noviembre 20) The Huffington Post.. [en línea]. Disponible en :[http://www.huffingtonpost.es/2012/11/20/cronologia-de-los-ataques\\_n\\_2166069.html](http://www.huffingtonpost.es/2012/11/20/cronologia-de-los-ataques_n_2166069.html). [Consultado agosto 26, 2014].

'Pilar Defensivo' (2012, Noviembre 21). Palestinalibre.org. [en línea]. Disponible en <http://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=42167>. [Consultado agosto 26, 2014].

Alerta ONU que Palestinos de Gaza están "al borde del precipicio". (2014, Julio 31). Noticias RT. [en línea]. Disponible en <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/133768-onu-victimas-ataques-israel-gaza-civiles>. [Consultado agosto 2, 2014]

WikiLeaks: Guerra contra Gaza fue planificada años atrás. (2014, Agosto 25). TeleSur noticias. [en línea] Disponible en <http://www.telesurtv.net/news/Masacre-a-Gaza-fue-planificada-hace-aos--20140825-0025.html>. [Consultado agosto 25, 2014].

Dstrucción en Gaza (2014, agosto 5) TeleSur noticias. [en línea]. Disponible en: <http://www.telesurtv.net/telesuragenda/Dstruccion-en-Gaza-20140805-0017.html>. [Consultado agosto 26, 2014].

UMAÑA HERNÁNDEZ, C. (2013,Abril 13). Gracias por no doblegarte, papá. [en línea]. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-415924-gracias-no-doblegarte-papa> [Consultado abril14, 2013].





**VISIÓN PANORAMICA DE LA PRUEBA  
EN EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS  
SUSTANCIALES DEL TRABAJADOR\***

**A PANORAMIC VIEW OF PROOF IN THE  
RECONGNITION OF SUBSTANTIAL RIGHTS  
OF WORKERS**

**VISÃO GERAL DA PROVA NO RECONHECI-  
MENTO DOS DIREITOS SUBSTANCIAIS DO  
TRABALHADOR**

**Dina Lisbeth Ortega Suescun<sup>a</sup>**  
dilosabogada@hotmail.com  
**Angélica María Parra Báez<sup>b</sup>**  
angelicaparra@usantotomas.edu.co  
**Liliana Andrea VargasEspitia<sup>c</sup>**  
lilianavargas@usantotomas.edu.co

Fecha de recepción: 27 de Octubre 2014  
Fecha de revisión: 22 de Diciembre 2014  
Fecha de aceptación: 09 de Febrero 2015

**RESUMEN**

En materia laboral se plantea la necesidad de analizar la pertinencia de adoptar distintas medidas sustanciales y/o procesales que conlleven a una mayor eficiencia y eficacia en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores por parte de las autoridades administrativas y judiciales que garanticen la protección real de la parte débil de la relación laboral, la cual históricamente ha tenido un papel relevante en los cambios sociales, políticos y económicos de los Estados, lo que implica revisar y aplicar en conjunto todas las normas y principios que propenden por el respeto de sus derechos a través de figuras como la interpretación flexible del derecho, la creatividad en la construcción de precedentes administrativos - judiciales y “la carga dinámica de la prueba” en procura de que las pretensiones justas de los trabajadores no sean revisadas bajo

\* Artículo de investigación resultado del proyecto de investigación “El papel de la prueba para el trabajador en los procesos laborales y trámites administrativos para el reconocimiento de prestaciones sociales y económicas”. Línea de investigación: Derecho Laboral y Seguridad Social”. Centro de Investigación: Francisco de Vittoria. Universidad Santo Tomas de Aquino.

a. Abogada egresada de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Relaciones Laborales de la UNAB, Especialista y Magister en Derecho Laboral de la Universidad Nacional de Colombia, Docente de la Universidad Santo Tomas y otras universidades

excesivos formalismos o bajo deficiencias de valoración probatoria.

En el presente artículo, el lector encontrará una descripción panorámica de la normatividad y del manejo de la prueba en materia laboral en Colombia, normas analizadas desde una perspectiva hermenéutica, es decir, considerando los elementos de validez, legitimidad y eficacia, y pruebas revisadas a nivel práctico; por cuanto las Organizaciones Internacionales, son agentes activos en la elaboración de normatividad, que acepten los países miembros, para mejorar las situaciones laborales y de calidad de vida, de los habitantes del mundo, pese a ello encontramos que aún con la aprobación de los acuerdos y tratados internacionales por Colombia, las barreras procesales y probatorias, pueden ser más poderosas, generando en el trabajador una renuncia a sus reclamaciones.

Desarrollamos en tal sentido, la teoría de la independencia del derecho laboral de las demás áreas del derecho, considerando incluir, la separación del derecho laboral y de la seguridad social, en virtud de las diversas formas de contratación laboral y civil, que proliferan en los ambientes comerciales, abriendo una brecha, entre los derechos laborales y los derechos sociales, considerando importante la función jurisdiccional, para la solución de los conflictos que desde la competencia, son un apuro para las partes. Este artículo, es el inicio del largo y atropellado camino, con miras a encontrar el equilibrio entre los derechos y las formas procesales de reclamarlos, en un conflicto laboral.

### **PALABRAS CLAVE**

Carga procesal, carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, derechos sustanciales, trabajador, funcionario administrativo, juez, proceso.

*del país. Directora del Grupo de Investigación en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad Santo Tomás Sede Bogotá.*

*b. Abogada de Universidad Santo Tomás de Aquino. Especialista en Derecho de la empresa y derecho comercial de la Universidad del Rosario. Magister en Historia de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Docente Régimen Pensional Colombiano de la Universidad Santo Tomás de Aquino.*

*c. Abogada de Universidad Santo Tomás de Aquino. Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesora de Derecho Laboral Individual, Derecho Colectivo y Técnicas de Negociación Colectiva de la Universidad Santo Tomás de Aquino.*

### **ABSTRACT**

Regarding labor it is considered the necessity to analyze the pertinence of adopting different substantive and procedural measures that bring a greater efficiency and effectiveness in the recognition of the rights of workers by administrative and judicial authorities that guarantee the real protection of the weak part in the labor relations, which historically has had a relevant role in social, political and economic changes of the States. This implies checking and applying as a whole all norms and principles that lead to the respect of its rights through figures such as the flexible interpretation of rights, the creativity in the construction of administrative – judicial precedents and the “dynamic burden of proof” in procurement that the just pretention of workers would not be examined under excessive formalisms or under deficiency of evidentiary valuation.

In this article the reader will find a panoramic description of rules and handling of the proof in labor matter in Colombia, norms that are analyzed from an hermeneutic view, that is considering the validity, legitimacy and effectiveness elements and proof in a pragmatic level. This is why International Organizations are active agents in the elaboration of rules that the member countries support to improve the situation of workers and quality of life inhabitants have worldwide. In spite of this we still find that, in Colombia, even with the approval of the international agreements and treaties the procedural barriers and in the evidentiary stage can be more powerful, generating in the worker a renounce to his complaints.

In this direction we have developed the theory of independence on labor law from the other areas in law, considering to include the separation between labor law and social security, in virtue of the different types of contracting, labor and civil, that proliferate in commercial environments, opening a breach among the labor and social rights, considering important the jurisdictional function for the solution of conflicts that are difficult situations for the parties. This study is the beginning of a long and winding road, with the goal to find balance between types of laws and the procedural ways to claim them in a labor conflict.

## KEYWORDS

Procedural burden, burden of proof, dynamic burden of proof, substantive law, worker, administrative officer, judge, trial.

## RESUMO

No plano laboral surge a necessidade de se analisar a adequação de diferentes medidas de sustentação e / ou procedimentais que conduzam a uma maior eficiência e eficácia no reconhecimento dos direitos dos trabalhadores por parte das autoridades administrativas e judiciais, para assegurar uma proteção eficaz da parte mais fraca na relação de trabalho, que tem historicamente desempenhado um papel importante nas mudanças sociais, políticas e econômicas dos Estados. Isso implica em revisar e aplicar, em conjunto, todas as normas e princípios que promovam o respeito pelos seus direitos, através de figuras como a interpretação flexível da lei, a criatividade na construção de precedentes administrativos – judiciais e “carga dinâmica da prova” –, a fim de que as justas reivindicações dos trabalhadores não sejam revisadas por excesso de formalismo ou por deficiências de valoração da prova.

Neste artigo, o leitor encontrará uma visão geral das normas e do gerenciamento das provas em questões trabalhistas na Colômbia, padrões analisados a partir de uma perspectiva hermenêutica, ou seja, considerando-se os elementos de validade, legitimidade e eficácia, e dados analisados a nível prático, porque as organizações internacionais são agentes ativos do desenvolvimento de regulamentos, que aceitam os países membros para melhorar as condições de emprego e a qualidade de vida dos povos do mundo. No entanto, descobriu-se que, mesmo com a aprovação de acordos e os tratados internacionais na Colômbia, as barreiras processuais e probatórias podem ser mais poderosas, resultando na renúncia do trabalhador às suas reivindicações.

Desenvolvemos neste sentido, a teoria da independência do Direito do Trabalho de outras áreas do Direito, considerando inclusive a separação do Direito do Trabalho da segurança social, em razão das várias formas de contratos trabalhistas e cíveis, que proliferam em ambientes comerciais, abrindo uma brecha entre os direitos trabalhistas e os direitos sociais, destacando como

importante a função judicial para resolver os conflitos de competência, os quais representam um problema para as partes. Este artigo é o início de um longo caminho, com vista a encontrar o equilíbrio entre os direitos e as formas processuais de reclamá-los em uma disputa trabalhista.

## PALAVRAS-CHAVE

Carga processual, ônus da prova, carga dinâmica da prova, direitos substanciais, trabalhador, agente administrativo, juiz, processo.

## INTRODUCCIÓN

Considerando el desarrollo que en materia de garantía de los derechos laborales ha tenido la legislación colombiana, tal y como lo demuestra el artículo 25 de la Constitución Política, que a su tenor contempla: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”, y el artículo 48, de la misma Carta, que concibe a la Seguridad Social como un derecho del orden fundamental, así como posteriormente en la ley 100 de 1993, es necesario establecer si en los procesos judiciales y/o administrativos prima el derecho sustancial sobre el procesal o, por el contrario, se dejan de reconocer los derechos de los trabajadores como consecuencia de exigencias y formalismos excesivos.

Dentro de la legislación procesal laboral encontramos obligaciones probatorias asignadas al trabajador, respecto de las cuales cabe preguntarse, atendiendo a la realidad laboral de los trabajadores en Colombia, si existe una carga excesiva, que conlleva finalmente al desconocimiento del derecho sustancial y a la renuncia tácita para acudir a la justicia, ante la imposibilidad de éste trabajador de reunir el material probatorio impuesto y necesario para reclamar un derecho laboral y/o de la seguridad social; o si, por el contrario, la legislación procesal laboral ofrece las garantías y el equilibrio probatorio a las partes de la relación laboral, empleador y trabajador, a fin de conservar la armonía y justicia social en ejecución de la relación laboral.

En principio estimamos necesario, establecer la evolución que existe en cuanto al derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social y que

se materializa a través de normas positivas tales como: la Constitución Política de Colombia, el Código Sustantivo de Trabajo, Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social y demás normas complementarias, así como de las que siendo parte del Derecho civil, han permeado las relaciones laborales a través de desarrollos contractuales comerciales.

La revisión panorámica de la protección laboral de la parte denominada “trabajador” en Colombia, nos permitirá establecer las posibles falencias de la legislación en su estructura normativa y/o en su aplicación y así lograr determinar si, a pesar de existir multiplicidad de normas proteccionistas, las mismas no logran ser lo suficientemente eficientes al momento de reconocer los derechos sustanciales de los trabajadores.

En este orden, encontramos la comprensión hermenéutica del derecho (Viola y Zaccaria, G., 1999), con una visión según Mejía (2005) que articule la legitimidad, la validez y la eficacia de las normas, para resaltar el carácter interpretativo de las mismas, y principios relativos al derecho al trabajo y a la seguridad social, considerando la vinculación de los textos jurídicos con los contextos problemáticos, para formular soluciones confiables al problema socio - jurídico - procesal que se plantea.

Si esperamos avanzar en términos de eficacia en las relaciones laborales, mejorar las condiciones de vida de los trabajadores y permitir el desarrollo de las actividades económicas para los empresarios, debemos incluir el componente de legitimidad y aplicabilidad de las normas que rigen el Derecho Laboral y de la Seguridad Social, vinculando el estudio interdisciplinario, reconociendo la presencia de problemas reales respecto de los modelos teóricos y no, como se hace hasta el momento, sin resultados positivos, acomodar la realidad a los modelos teóricos impuestos, los cuales no dan respuestas aceptadas a los problemas sociales existentes.

Por lo tanto, resulta oportuno contextualizar y formular primigenios diagnósticos para un mundo cada vez más globalizado y una época que, como lo dijo Francesco Galgano: “es siempre más mutante en el tiempo y uniforme en el espacio” (Galgano, 2005, p.127), es decir con profundos y rápidos cambios en los actores sociales, su interacción, sus problemáticas y sus soluciones. Es así como al

realizar una revisión doctrinaria, jurisprudencial y legal del hoy denominado Derecho Laboral y de la Seguridad Social, se plantean ciertos cuestionamientos acerca de la legitimidad, validez y funcionalidad normativa así como de la estructura administrativa y judicial que permita el acceso de los trabajadores a la administración en Colombia y a los estrados judiciales en procura de la protección de sus derechos sustanciales.

Tanto la economía y la sociedad han confrontado cambios importantes derivados de la globalización de los procesos productivos, los que nacen como consecuencia de los cambios demográficos (envejecimiento de la población, disminución de las tasas de natalidad); sociales (predominio de la familia nuclear sobre la extensa); familias monoparentales; incorporación masiva de las mujeres al mundo laboral; y en mayor proporción dentro de la amplitud del problema, los procesos masivos de inmigración no controlados, por la violencia o el desplazamiento en busca de un mejor ingreso en la ciudad, trayendo consigo una desregulación y segmentación del mercado de trabajo. Montagut, T. (2004).

Es decir, los problemas generados por la globalización han traído como consecuencia los cambios en el mercado laboral y las prestaciones laborales; dentro de estos cambios están el concepto de salario, las garantías del trabajo dependiente, la estabilidad en el mismo y el reconocimiento de los derechos mínimos que se desdibujan con las formas de contratación comercial y civil.

Desde esta lógica, el Estado tiene una gran responsabilidad en la garantía de acceso al trabajo, de estabilidad laboral y, sobretodo, de velar por el respeto a la dignidad humana y el bienestar del trabajador, propugnando por la aplicación de las normas y principios fundamentales en las relaciones laborales, formales e informales tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, con el fin de lograr la legitimación democrática del Estado; tal como en repetidas ocasiones ha señalado la Organización Internacional del Trabajo.

Surge entonces la necesidad de indagar, qué sucede en el diálogo social con las problemáticas que se presentan en la esfera laboral, en vía administrativa y, en mayor medida, en el ámbito

judicial donde se realizan distintas valoraciones factico – jurídicas, que arrojan como resultado la procedencia o no de reconocimiento de derechos, con los consecuentes pagos económicos o resarcimientos morales.

Es así como, en medio de sociedades pluralistas, en términos morales; diversas y con arraigos, en términos étnico – culturales; y complejas, en términos del funcionamiento de los sistemas, es necesario rediseñar, no sólo procesos e instituciones, sino, sobre todo, re-educar a los ciudadanos para responder, de manera más competente, a los retos que en el Derecho Laboral y de la Seguridad Social se presentan en el Estado actual.

Adela Cortina, (2000) frente a estos cambios de la sociedad, considera en sus escritos que la base de consolidación de una sociedad está en los valores, “no importan por la calidad que proporcionan, sino que una vida humana sin valores no es una vida humana. El “valor” de los valores no puede recogerse en medidas de calidad, sino que valen por sí mismos.”

Es de vital importancia consolidar, con eficacia y eficiencia la aplicación normativa en los procesos creados para la garantía de los derechos sustanciales, mediante la promoción de los valores, de los conocimientos y de los criterios de tipo ético y político, en quienes conforman el equipo humano de trabajo, las cuales son la base de toda la estructura estatal y de esta condición se deriva el afianzamiento de la gobernabilidad y la promoción de una democracia participativa, dado el papel determinante del trabajo en la sociedad como derecho humano fundamental, “el trabajo fue y es factor determinante de las grandes transformaciones políticas, sociales y económicas del mundo, teniendo a los esclavos, siervos y obreros como sus principales protagonistas (...)” (Lagos, Luis Arturo, 1999. Pág. 2017).

### **Cuestionamiento de la flexibilización normativa del Derecho Laboral**

En el normativismo de las relaciones que se generan entre los sujetos de una sociedad cuya dinámica laboral tiene como extremos el que emplea y el que despliega su fuerza física o intelectual en pro del primero, el Estado tiene la obligación suprema de protegerlos, reivindicando así el individualismo y la visión mercantilista del

trabajo, donde prime el respeto de derechos y principios universales, bajo criterios de justicia y equidad, que lleven a la transformación del orden social existente.

Es decir, en la época contemporánea se hace referencia a un derecho laboral reivindicatorio de derechos fundamentales nacidos de las relaciones que se generan en el trabajo y que parten de un natural desequilibrio, exigiendo urgentes transformaciones que se adapten a las nuevas realidades que permitan progresivamente y con preeminencia de los valores propios del ser humano, establecer un sistema judicial y administrativo adecuado para evitar que el trabajador sufra algún daño.

Las normas han evolucionado de manera paulatina, flexibilizando cada vez más la otrora rigidez normativa que caracterizaba los códigos y leyes nacionales, donde los legisladores fijando estrictas estructuras normativas de obligatorio cumplimiento, para los operadores administrativos y judiciales, no en pocas ocasiones, impedían la verdadera aplicación de la justicia, máxime si se tiene en cuenta que al desconocer los vínculos del Derecho Laboral y de la Seguridad Social con otras ciencias y áreas del conocimiento, el positivismo jurídico generó una importación e imposición de normas del continente europeo, bajo la premisa de que “ todo lo extranjero es mejor y de mayor calidad que lo propio”, generando una mezcla de normas impositivas en ambientes diferentes con instituciones confusas para el contexto laboral latinoamericano.

Es relevante indicar que los cambios en la Constitución de 1991 en materia de estabilidad del empleo para los trabajadores del sector público y privado, después de una evaluación de dos décadas, han resultado ineficaces, bajo la sombra del derecho a la libertad de empresa y organización de los trabajadores, dando origen legal y reglamentario a las cooperativas de trabajo asociado, a las empresas de servicios temporales y a la desviación jurídica de los contratos sindicales, formas de contratación que son promotoras de la inseguridad jurídica de los trabajadores frente a su verdadero empleador; la dimensión del derecho laboral, va más allá de las situaciones reseñadas en los códigos y leyes, día a día surgen nuevas y extrañas formas laborales que van de la mano con los procesos de cambios tecnológicos y

el ritmo acelerado de la vida moderna, se habla de la “tercerización”, del teletrabajo, del subempleo y del trabajo informal, cuyos parámetros regulatorios tienen en nuestro país desarrollos incipientes, limitados y con vacíos jurídicos.

La responsabilidad del Estado, regulador de políticas administrativas, así como la función de los jueces, adquieren una especial relevancia en la decisión de conflictos generados en esta compleja realidad que no debe valerse únicamente del derecho positivo escrito sino de la aplicación de principios y conceptos universales.

Situaciones y conflictos laborales, requieren no solo la aplicación estricta de una norma en la que un ente mecánico aplica de forma inamovible y taxativa el texto jurídico, sino la permisión para ese funcionario administrativo o judicial de ser creativo en la valoración probatoria, en la posibilidad de inclusión activa de las partes procesales, en la indagación directa de los hechos puestos en su conocimiento y la revisión de las realidades que rodean cada uno de los casos por los cuales son consultados.

Se deberá revisar en un plano práctico si en Colombia se cuenta con la infraestructura administrativa y judicial adecuada para la protección de los derechos del trabajador, es decir, con la capacidad institucional requerida que vaya al compás de los cambios generados en un mundo globalizado, dando una mirada a la actitud de los jueces y administradores cuando las decisiones versan sobre cuestiones subjetivas, también la aptitud para proferir fallos y actos administrativos rápidos y coherentes que definan la problemática planteada, en general se cuestiona si aún nos encontramos ante un “elevado tecnicismo y abstracción del lenguaje jurídico, el excesivo formalismo y la enorme duración de los litigios, convierten al proceso en un laberinto intimidatorio” (Fairen Guillen, *La humanización del proceso*, 1978, pag.197 citado por J. Bertolini, 2006), en donde la ignorancia o el miedo impiden el acceso a la justicia.

Nos encontramos con un panorama laboral diferente y mundializado que requiere consagraciones constitucionales y normativas basadas en los instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas y de los instrumentos elaborados en la Organización Internacional del Trabajo, en consonancia con las realidades que

se viven, haciéndose necesario también en esta problemática social atender los derechos bajo la exigencia de considerar a los seres humanos como dotados de dignidad, a quienes se deben garantizar las medidas, que tiene como objeto hacer posible el desarrollo de las capacidades, pero sin extremar su protección, al punto de hacerlos inmovibles en su trabajo y en el peor de los casos, extralimitados en sus derechos en perjuicio del empleador.

Es necesario avanzar en términos de eficacia en las relaciones laborales, mejorar las condiciones de vida de los trabajadores y permitir el desarrollo de las actividades económicas para los empresarios, debe incluirse el componente de legitimidad en las normas que rigen el sistema objeto de estudio así como a los fallos judiciales que día a día se profieren, haciéndolo interdisciplinar para la conformación del sistema, reconociendo la presencia de problemas reales respecto de los modelos teóricos, y no acomodando la realidad a los modelos teóricos impuestos, los cuales no dan respuestas aceptadas a los problemas sociales existentes, máxime si se tiene en cuenta que las tesis fijadas por las Altas Cortes en Colombia, quienes, cada vez más, asumen el papel de “legisladores” motivando decisiones y consecuentemente “creando” derechos.

### **La Constitución Política y los cambios normativos, en contraste con la realidad laboral**

Una vez reconocida y desarrollada la teoría del aseguramiento en la prestación de los servicios del Estado Social de Derecho con la influencia del pensamiento político neoliberal, donde la sociedad reconoce en el trabajo la única fuente de ingresos para subsistir, en medio de las dificultades y los peligros, y no como una forma de desarrollo humano y de felicidad, razón por la cual se recibe con esperanza de cambio y reconocimiento positivo de los derechos, la nueva Constitución Política de 1991, en la cual se determinó al Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho.

Carta política que en su artículo 1, así lo considera:

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República

unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Como fundamento de esta forma de organización del Estado, el artículo 2 consideró dentro de sus fines garantizar la efectividad de los principios, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y mantener la vigencia de un orden justo.

ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En el marco ideológico, el Estado Social de Derecho consideró incluir en el sistema de derechos fundamentales, no sólo las libertades clásicas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, estando dentro de su ética la protección de los derechos de segunda generación – los derechos sociales, económicos y culturales – lo cual obliga al Estado a ciertos niveles de intervención más allá del *laissez faire*.

En el Estado Social de Derecho se dan dos justificaciones, primero ética, que genera la obligación de atender la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los bienes básicos, para la garantía de los derechos mínimos, segundo económica, en razón a los fines de la economía, desde Adam Smith como teoría aplicable a nuestros días, por cuanto esta no puede entenderse como una libertad de acumulación individual de la riqueza (Sen. Amartya. 2000).

Es decir, Colombia en teoría, a partir de los cambios e inclusiones sociales establecidas en la Constitución de 1991, ha facilitado la adecuación de lo existente a las nuevas realidades del mundo laboral en armonía con las normas y

convenios internacionales, que en mayor medida van a la vanguardia de lo ocurrido en el mundo globalizado.

La Constitución Política de Colombia, como marco de normas reconoce los principios mínimos fundamentales del trabajo y la responsabilidad del Estado en su protección y desarrollo, muestra de ello se lee en la sentencia C-055 de 1999 en la cual se resalta que:

La Constitución del 91 introdujo una gran transformación en la concepción del trabajo al catalogarlo como un derecho y un deber de toda persona, que goza en sus distintas modalidades de la especial protección del Estado (art. 25 CP). Uno de los mecanismos instituidos para garantizarlo es indudablemente mediante la expedición de normas generales que, además de regular los aspectos relativos a la prestación individual de servicios, cualquiera que sea el ámbito en que ella se desarrolle, le aseguren al trabajador una vida digna. Con tal fin el constituyente consagró una serie de “principios mínimos fundamentales” (...) constituyen tan sólo un mínimo de derechos para los trabajadores que bien pueden adicionarse con otros que resulten igualmente benéficos o favorables para el trabajador pero jamás desconocerse, pues son mandatos imperativos de obligatorio cumplimiento que impregnan íntegramente el derecho laboral en todos sus órdenes y se constituyen en pauta para su aplicación e interpretación y en garantías que el Estado está obligado a asegurar. (...) resaltando su carácter esencial, el deber de protección y la importancia que ellos adquieren junto con los demás derechos que rigen las relaciones de los trabajadores dentro de una comunidad democrática, participativa y consciente de sus obligaciones.

El reconocimiento de derecho fundamental dentro de la categoría de derecho económico, político y social del derecho de la seguridad social en la Constitución de 1991, trae implícito el derecho a la protección de la integridad de la persona en el medio de trabajo, el cual es materializado en el sistema de riesgos laborales, dentro de las relaciones de trabajo dependientes, derecho que tiene desarrollo en los organismos internacionales, dentro de los cuales encontramos el convenio 87 y el convenio 98 de la OIT, donde se

solicita de los Estados la obligación de desplegar una actitud de fomento o de acción efectiva de la protección a los trabajadores y su facultad de negociación colectiva, y no solo limitar su actuar a dar garantía al derecho del trabajo (NEVES, 1994: p, 16).

El Convenio 154 de la OIT fomenta en las naciones el derecho a la negociación colectiva y voluntaria, sin intervención del Estado, entre empleadores y trabajadores, quienes pueden pactar, de común acuerdo, las condiciones de su relación laboral, partiendo de los mínimos exigidos por el Estado, pero superándolos si se quiere en mejores reconocimientos en bienes y servicios, dentro de los que legítimamente se encuentra, el derecho a la protección de la salud y la integridad física.<sup>1</sup>

Estos sistemas consideraron el respeto de los derechos adquiridos, las expectativas legítimas de adquirir los derechos, así como la protección de la vida y la salud en todas sus formas; derechos y principios relacionados con la prohibición a la discriminación, remuneración digna y proporcional, estabilidad laboral, irrenunciabilidad a beneficios mínimos, favorabilidad y condición más beneficiosa, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, protección especial de la mujer, a la maternidad y al menor trabajador, garantía a la capacitación laboral y el descanso remunerado, así como al reajuste periódico de las mesadas pensionales.

Al respecto el artículo 53 de la Constitución Nacional, determina:

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

<sup>1</sup> BALVIN TORRES, *Edgardo Unilateralismo y Negociación Colectiva, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú 2005*, "la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

El mundo está cambiando a pasos agigantados, los tipos de contratación laboral distan de los que sustentaron las primeras legislaciones, basados en modelos que parten de la tecnología y se escapan del control social y jurídico, surge la necesidad de realizar cambios normativos, se han requerido reformas que miren hacia adelante, que fijen parámetros flexibles y que, sobretodo, no constituyan un retroceso en la dinámica que hoy vivimos, es decir regidos por el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, que se encuentran taxativamente reconocidos en las normas internacionales ya descritas y cuyo desarrollo normativo incluye el siguiente contenido.

EL Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que,

cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la



asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

El artículo 11.1 del PIDESC, establece que, “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.”

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos consagra de igual forma el principio de progresividad en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) al considerar que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

El artículo 4º del Protocolo de San Salvador, establece que: “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto de que el Presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

Principio que también ha sido recurrentemente resaltado por la Corte Constitucional, que en Sentencia C-177/05 estableció:

25- El anterior análisis permite concluir que las reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas por cuanto pueden afectar el principio de progresividad. Ellas podrían vulnerar la

prohibición prima facie de que no existan medidas regresivas en la protección de los derechos sociales. Por ende, la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.

A pesar de lo anterior, y ya en la práctica, no puede desconocerse que las normas existentes tienen una perspectiva “monológica”, que partió del hecho de un solo concepto - financiero y sostenible - haciendo el legislador uso de la razón, para considerar el DEBER SER del Estado frente a la regulación de los derechos laborales, es decir, no cumpliendo el contenido de las normas laborales y de la seguridad social con las condiciones de una razón dialógica en su creación, al desconocer las teorías de la justicia y de la legitimidad y eficacia de las normas, anteriores a su expedición y vigentes aún, referidas a la existencia de derechos inviolables y de necesario reconocimiento político, desconocen la realidad social y necesidades de los trabajadores y empleadores, las cuales debe ser objeto de una revisión por todos los órganos del Estado, cuando logremos superar las barreras de la política y los intereses personales, para eliminar de nuestro ordenamiento constitucional y legal tan regresivas disposiciones normativas.

Y aunque es verdad que los incesantes cambios en la realidad superan el ritmo del derecho, también lo es que la comunidad internacional, a través de organismos como la Organización Internacional del Trabajo - OIT-, se encuentra cada vez más preocupada porque en las relaciones laborales se prevenga y remedie de fondo, ágil y en verdad de forma reparadora las problemáticas que se presentan, como fundamento para sanar la fragmentación que vive la sociedad mundial, exigiendo del Estado una inversión en recursos humanos, financieros y el establecimiento

de estructuras estatales que generen en los trabajadores una verdadera confianza en los sistemas. Sin que se trate de realizar constantes reformas normativas o expedir aún más leyes, se busca por lo menos la aplicación práctica de las existentes y su adecuación a las realidades cambiantes.

Ya sea desde la perspectiva de la imposibilidad de continuar bajo un Estado de bienestar, de las dificultades del Estado Social de Derecho, o desde la propuesta de un Estado de justicia, existe un consenso que requiere de un acuerdo: los derechos sociales de los ciudadanos, deben protegerse, garantizarse y promoverse por el Estado, y no permitir que su reconocimiento dependa de los movimientos de la economía y del mercado, en tanto lo que permite una convivencia social, es el reconocimiento de la dignidad humana en las relaciones interpersonales.

El Estado Social de Derecho debe enfrentar los problemas que surgen de las nuevas estructuras sociales, especialmente del entorno familiar, que ha cambiado en su conformación y sostenimiento y el entorno laboral sometido a los cambios de la economía, de la producción, de la tercerización, por la influencia internacional.

Durante las dos últimas décadas ha cambiado la perspectiva de protección, ya no por caridad sino por un desarrollo de los derechos humanos a las personas en condiciones de trabajo o en edad de productividad, regresando estos al concepto de ser sujetos y no objetos de la sociedad ante la notoriedad de su estado de participación social, donde toda teoría del Estado de Derecho tiene como finalidad tutelar efectivamente los derechos y deberes de los seres humanos para librarlos de quienes quieren atropellarlos, incluyendo a los actores dentro del mismo Estado (Rodríguez O. J. (2009) p. 321).

### **La autonomía del derecho sustancial respecto del derecho procesal laboral**

Dentro de este contexto cabe revisar la conceptualización del área del derecho surgida de las relaciones de trabajo, encontrando que históricamente ha recibido distintas denominaciones, iniciando en el derecho industrial, pasando por el derecho obrero, corporativo y sindical, hasta llegar al derecho

social, derecho al trabajo o derecho laboral que tiene como

(...) finalidad principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas de la actividad laboral (...) (Canabellas Guillermo, Tratado de derecho laboral, 1949 citado por Walker Errazuris, 1960, p.17).

El derecho laboral, como rama autónoma, se desprende del derecho civil y surge de la necesidad de enfrentar nuevas relaciones socio económicas que desbordaban el ámbito de las contempladas en los estatutos civilistas, que siempre dominaron el escenario jurídico de nuestra sociedad, y, paralelamente, se desarrolla una legislación procesal para aplicar los nuevos preceptos legales.

No obstante lo anterior, esta autonomía sustantiva y procesal aún arrastra la inequívoca influencia del derecho civil que distorsiona la pretendida autonomía de esta nueva rama del derecho, que no ha logrado estructurar un sistema que se adecue a la nueva realidad procesal que deba partir del hecho real y cierto de que, en estas instancias, las partes no se encuentran en igualdad de condiciones, como si lo están cuando las controversias giran en torno a las relaciones civiles o comerciales.

En otras ramas del derecho, como el caso del derecho penal, el sistema procesal se construye sobre la base de un sistema de garantías para proteger al ciudadano de las posibles arbitrariedades del Estado que, al disponer de todo el aparato coercitivo a su favor, puede incurrir en atropellos que lesionen los principios protegidos sobre los cuales se erige nuestro ordenamiento jurídico: Vida, libertad y propiedad.

En el derecho laboral existe una parte débil, el trabajador, quien es así teóricamente reconocido sustancialmente. Pese a ello el sistema procesal laboral no se fundamenta en ese principio de desigualdad de las partes, desconoce este hecho protuberante que lo convierte en fuente de inequidades por cuanto deja de lado otra consideración básica del derecho laboral como

rama independiente, como es la protección a la familia, cuyo sustento se obtiene a partir del trabajo remunerado, con todas las ventajas suplementarias como la protección en materia de salud, entre otras.

No tener en cuenta esta nueva realidad en el trámite procesal, constituye un grave error puesto que, so pretexto de la pretendida igualdad, se perpetúa un sistema que no permite restablecer el equilibrio entre las partes.

Lo anterior rompe con las consagraciones de primacía del derecho sustancial sobre el procesal, que han sido estudiadas por la H. Corte Constitucional bajo la línea de "*exceso ritual manifiesto*" definida en sentencia T-1306 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) como:

(...) Aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material, providencia en la que además se señaló que si bien los jueces deben regirse por un marco jurídico preestablecido en el que se solucionen los conflictos de índole material que presentan las partes, no lo es menos que si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material.

Ausencia de protección procesal entre desiguales que se pueden ver en situaciones prácticas con algunas consideraciones de diaria ocurrencia, por ejemplo el reconocimiento de los derechos laborales, por vía judicial o administrativa, en nuestro ordenamiento jurídico, presenta características formales que parten del principio general de derecho expresado en el aforismo *da mihi facta, dabo tibi ius (Dame los hechos y te daré el derecho)*.

Al respecto el profesor Parra Quijano, (2007), sostiene:

(...) De la redacción transcrita se desprende que las partes gozan de igualdad procesal para hacer efectivos sus derechos, pero en principio ni legal ni éticamente, están obligadas a suministrar al juez, toda la información y el acervo probatorio orientado a que se establezca la verdad de lo afirmado, como quiera que solo les interesa exponer los hechos que las beneficien sin considerar si la contraparte se encuentra en desventaja frente a la demostración procesal de esos mismos hechos, de suerte que quien se halle en situación de poder puede, válidamente, omitir toda la información que le resulte contraria a sus intereses con miras a obtener una decisión favorable a sus intereses (...) (p.245).

En el campo laboral uno de los casos más recurrentes se presenta cuando al trabajador se le niega información sobre aspectos vitales de su relación de trabajo que, por su naturaleza, se encuentran bajo la custodia del empleador, tal sería el caso de los registros contables que demuestren el trabajo suplementario desarrollado durante la ejecución de la prestación del servicio. Otro caso similar se presenta si el empleador niega el reconocimiento de lo adeudado por este concepto, con el argumento de no existir su previa autorización escrita, como lo establecen los contratos de trabajo.

Estos dos ejemplos solo pretenden resaltar el hecho cierto, revestido de legalidad, de las muchas maneras como las partes, en este caso los demandados, valiéndose de argucias pueden eludir sus responsabilidades, bajo el amparo de una concepción jurídica del apego a fórmulas rituales del proceso que, lejos de propender por el esclarecimiento de los hechos para develar la verdad de los mismos, se constituye en un entramado de minucias que impiden que aflore la justicia, fin primordial del derecho.

Este tipo de dificultades se origina desde la demanda misma que el legislador ha atiborrado de requisitos que en algunos casos resultan difíciles de cumplir y, en otros, innecesarios y onerosos para el trabajador y cuya incidencia en el resultado final del proceso es nula, ya que no solo se desvía la atención de los fines que se persiguen a través del procedimiento, sino que devienen en la dilación de las reclamaciones, que

quedarían expuestas a caducidad o prescripción de sus derechos.

La inequidad procesal que afecta al trabajador empieza en la dificultad para tener un pronto acceso a la justicia, considerado como un derecho fundamental, que en la vida diaria, se hace poco menos que imposible por el excesivo formalismo de los requisitos que deben cumplir los trámites administrativos y consecuentemente la demanda, de acuerdo al Código Procesal del Trabajo, so pena de rechazo o inadmisión, si el juez considera que falta alguno de ellos. Esto podría beneficiar directamente al empleador demandado con lo que, de entrada, se rompe el equilibrio procesal entre las partes, como quiera que se presume que el patrono demandado ha desconocido derechos del trabajador que se pretenden restablecer por vía judicial.

En este replanteamiento también surgen cuestionamientos de renovación de los criterios de valoración probatoria, la pertinencia y funcionalidad de las cargas asignadas en los procesos judiciales, la eficacia de la administración en la atención de quejas, reclamos y en el reconocimiento de derechos, bajo la premisa de protección de derechos inherentes al ser humano, que al ser partes débiles en una relación laboral – contractual ponen en el Estado a través de sus funcionarios y en la rama que administra justicia, mediante los jueces, todas sus esperanzas de reivindicación y reparación.

Así lo estudio la H. Corte Constitucional en sentencia C-372 de 2001 al establecer:

(...) los derechos al trabajo y a la seguridad social no solo exigen la existencia de normas sustantivas que reconozcan los derechos y garantías a favor de los trabajadores, sino que el legislador diseñe e implemente mecanismos para que aquellas puedan hacerse efectivas y reclamables ante la jurisdicción. En efecto, a pesar del margen de configuración del legislador en la determinación de los procedimientos, en el ámbito laboral la Constitución restringe considerablemente el margen de actuación de los órganos políticos, pues el artículo 53 superior incorpora ciertos principios mínimos que obligatoriamente deben ser tenidos en cuenta por el Congreso al regular la materia. En este sentido, el legislativo debe tener en consideración que

el procedimiento laboral hace efectivos los derechos consagrados en la referida disposición y, además, cuenta con unas características que lo diferencian de los demás procedimientos establecidos en la legislación colombiana. Por ejemplo, el procedimiento parte del supuesto de que las partes intervinientes en el litigio no se encuentran en un plano de igualdad, toda vez que se presenta una diferencia económica derivada de la relación capital-trabajo. Ello significa que las reglas de cada juicio deben estar encaminadas a garantizar a quienes no cuentan con la capacidad económica suficiente, es decir, a los trabajadores por regla general, la facilidad de gozar de las mismas oportunidades de quien tiene recursos para garantizar su propia defensa. Por ello, una disposición que afecte gravemente la posibilidad de acceder a un determinado recurso judicial en materia laboral, más aún cuando el criterio utilizado es el económico, implica una vulneración de las garantías laborales (...).

Si bien es cierto que con la entrada en vigencia del principio de oralidad, los tiempos procesales han disminuido, no es menos cierto que las consideraciones sobre el fondo de las decisiones en materia laboral, siguen estando sometidas a los rigorismos y formalismos de la exigencia de la “plena prueba” y no en la aplicación de “la carga dinámica de la prueba”, como lo pretende en nuevo Código General del Proceso.

Adicional a lo anterior, la oralidad en los procesos laborales ha conllevado a que se deje de evacuar una prueba tan importante como lo es la “inspección judicial”, con el afán de cumplir las exigencias procesales y consecuentemente proferir sentencia con “supuesta” celeridad, lo que a todas luces ha afectado el reconocimiento de los derechos sustanciales del trabajador, al ser falladas sus pretensiones sin el agotamiento de todos los medios de prueba necesarios; sobre todo con las que de oficio puede decretar el juez laboral para alcanzar la verdad real.

Traemos a colación estas acotaciones para señalar una característica de nuestro sistema procesal laboral que, en nuestra opinión, repercute en la lentitud que se presenta en el trámite de algunos procesos.

Aunado al hecho de la distorsión del principio de inmediación de la prueba, que obliga al juez a practicar personalmente todas las pruebas (artículo 52 C.P.T.) frente a la que abrigamos serias dudas, no solo de su conveniencia sino desde el punto de vista estrictamente jurídico, ya que la consideramos abiertamente inconveniente, dado que, en primer lugar, compromete la imparcialidad y objetividad del juez quien se convierte en testigo obligado de situaciones sobre las cuales se puede formar opiniones que, posteriormente, tiendan a favorecer a una de las partes y, en segundo término, la ley, al no fijarle límites a su función en estas diligencias, lo que le deja en situación de desamparo que puede ocasionarle censura por estimar que no debe intervenir o, de otra parte, si al participar en el desarrollo de la diligencia su proceder es considerado impropio por cualquiera de las partes, lo que podría ser objeto de censura por cualquiera de ellas, con las consiguientes repercusiones procesales.

Otro problema que presenta este principio y que lo continúa desdibujando, se observa en la figura del juez comisionado ya que, en este evento, el juez del conocimiento no solo es ajeno a la práctica de la prueba sino que, ante la imposibilidad de presenciarse *in situ*, depende para su valoración del criterio del juez comisionado quien, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales y según lo dicho por la Corte suprema de Justicia, Corte de Casación Laboral. Sentencia del 4 de octubre de 2000, expediente 14257, M.P. Fernando Velásquez Botero, ***“recibirá las pruebas por sí mismo y comunicará al comitente su apreciación íntima acerca de ellas, que, en el caso de la prueba testimonial, consistirá en el concepto que le merezcan los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de sus testimonios”***.

Principio de inmediación que también en ocasiones se convierte en un factor de dilación procesal, al tener que someter las respectivas diligencias a los trámites burocráticos de la gestión judicial que incluyen el sometimiento a las disponibilidades del juez comisionado, quien se ve obligado a programar la celebración de las diligencias tomando en consideración sus propias obligaciones judiciales.

Todo lo anterior, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer uso de las instancias superiores, cuando consideren que el fallo los perjudica y se ven precisadas a ejercer los recursos de ley en

procura de revertir decisiones que se reputen contrarias a sus intereses.

Estas situaciones han dado lugar a la búsqueda de soluciones por parte del Estado, empeñado en atender la prestación de los servicios de la rama judicial con la prontitud deseada, lo que se ha intentado sin mucho éxito, tal es el caso de la implementación de despachos judiciales adicionales encargados de descongestionar aquellos que soportan una mayor carga laboral; es decir, de todos es sabido el alto grado de congestión de los despachos judiciales que ha obligado al Estado a recurrir al nombramiento de algunos jueces adicionales con el propósito de desahogar los juzgados de los innumerables procesos represados por exceso de formalismos, entre los que señalamos, a modo de ilustración, obligar a los usuarios a solicitar por escrito desarchivo de expedientes, copias de piezas procesales, constancias de asistencia a audiencias, etc, peticiones estas que requieren trámite administrativo interno para ser respondidas y comprometen la disponibilidad de los jueces para cumplir con la obligación de su personal participación en la práctica de las pruebas. La atención de estas particularidades, que bien podrían obviarse sin desmedro del buen trámite de los procesos, militan contra la buena marcha de la justicia.

El fracaso de esta iniciativa, en apariencia idónea, radica en considerar que la congestión judicial obedece al excesivo número de procesos, lo cual es un hecho cierto e innegable, sin tener en cuenta que el verdadero causante de esta situación radica más en los engorrosos trámites procesales, que han convertido nuestros códigos de procedimiento en algo más parecido a manuales de funciones.

A lo anterior hay que añadir los términos para reparto, notificaciones, solicitudes de aplazamiento de audiencias, inconvenientes para ubicar testigos, ausencia de personal de apoyo para la práctica de las pruebas, lo que nos proporciona un panorama bastante desolador de la gestión judicial en nuestro sistema procesal, con las consiguientes dilaciones de los procesos que se refleja en las demoras para ser fallados.

Otro factor que contribuye a las demoras en la solución de los conflictos son, en algunos casos, las innecesarias instancias de conciliación ante

las autoridades administrativas del trabajo que, por falta de facultades para decidir, se convierten en dependencias burocratizadas, carentes de autoridad, cuya función se limita a escuchar a las partes, sugerir soluciones y dejar constancias.

Estos despachos administrativos deberían convertirse en instancias expeditas para prevenir, más que solucionar conflictos, para lo cual debería dotárselos de un grado de discrecionalidad y de autoridad que redunden en la adopción de medidas correctivas, en casos tales como la revisión de procedimientos convencionales internos, interpretaciones de los reglamentos internos de trabajo, como hacen los juzgados de pequeñas causas.

Igualmente, esta discusión está encaminada a ubicar al papel del juez dentro del principio de libertad procesal que le otorga un margen de discrecionalidad de interpretación para hacer prevalecer el derecho sustantivo, pero no es menos cierto que los jueces y tribunales laborales, en muchas ocasiones, movidos por el justificado interés de que sus fallos prevalezcan en instancias superiores, aplican tímidamente criterios más amplios y acordes con la filosofía y los principios que informan el derecho laboral.

Es por esto que se aboga por una mayor flexibilidad hermenéutica de los jueces al sopesar las pruebas presentadas, dándoles también valor y relevancia a los principios de interpretación de las mismas a la luz de la perspectiva de la preponderancia de la prueba, resaltando como factor para fallar, que los hechos por demostrar sean de tales características que presenten un más alto grado de probabilidad de que sean ciertos y, en consecuencia, queden revestidos del consiguiente valor para fundamentar el fallo que en derecho corresponda, sin que ello pueda interpretarse como un intento de inclinar la balanza de la justicia a su favor desconociendo las garantías propias del debido proceso, entre otros principios fundamentales de rango constitucional.

No debe perderse de vista que entre los propósitos fundamentales de las sentencias, está el de corregir los desequilibrios que se producen como consecuencia de decisiones entre los titulares de derechos y los intereses de cada uno de ellos cuando entran en conflicto, sin olvidar que la presunción de debilidad del trabajador se aplica en el procedimiento laboral.

El juez se convierte en fuente de conocimiento, y el funcionario administrativo en su principal discípulo, razón por la cual cobra verdadera importancia resaltar la función social que se tiene, máxime si se trata de los derechos relacionados con el trabajo y la seguridad social, derechos sociales y políticos referidos íntimamente a la dignidad humana y que afectan no solo al individuo que despliega la labor sino también a su núcleo familiar.

### **Noción de la carga dinámica de la prueba en el proceso laboral**

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en sentencia, M.P. Horacio Montoya Gil, auto del 17 de septiembre de 1985, que resolvió una reposición. Gaceta Judicial TOMO CLXXX – No. 2419, 1985, pág. 427, sostuvo que:

Finalmente, las **cargas procesales** son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan **una conducta de realización facultativa**, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa. (Negrilla fuera del original).

Para la Corte Constitucional, en sentencia M.P. Juan Carlos Henao. Bogotá D.C. 24 de marzo de 2011. Radicación C-203 de 2011, a saber:

(...) **las cargas procesales**, son un imperativo que también emana de las normas procesales de derecho público y con ocasión del proceso, pero sólo para las partes y algunos terceros. Son del propio interés de quien las soporta, lo que quiere decir que sólo lo favorecen

a él y no a la otra parte, como ocurre con la obligación o con el deber. Y justamente por esta razón “no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir, sino que se producirá, para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja para el mismo (y no para el otro sujeto). (Negrilla fuera del original).

Es decir que el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan.

Ahora que, con todo y haberse dicho que el incumplimiento de la carga procesal no es en sentido estricto sancionable, es cierto que la omisión de su realización puede traer consecuencias desfavorables para quien la soporta. Ellas pueden consistir en la preclusión de una oportunidad o de un derecho procesal, hasta la pérdida del derecho material, como lo ha referido la Corte Constitucional, en sentencia M.P Juan Carlos Henao. Bogotá D.C. 24 de marzo de 2011. Radicación C-203 de 2011, en la que estableció:

(...) dado que el sometimiento a las normas procedimentales o adjetivas, como formas propias del respectivo juicio, no es optativo para quienes acuden al mismo con el objeto de resolver sus conflictos jurídicos, en tanto que de esa subordinación depende la validez de los actos que de ellas resulten y la efectividad de los derechos sustanciales.

Si bien es cierto que con la entrada en vigencia del principio de oralidad, los tiempos procesales han disminuido, no es menos cierto que las consideraciones sobre el fondo de las decisiones, sigue sometido a las características y formalismos más acordes con los preceptos del derecho penal que, como se sabe, exige la plena prueba, es decir, que sea completa y sin sombra de duda para decidir de fondo la controversia.

Al respecto, el autor DEVIS ECHANDIA, 2007 (p. 197 - 198) sostiene que la carga de la prueba es:

(... ) una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar; cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte (...).

(...) la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que fundamenta su pretensión o excepción sino que señala apenas a quién interesa la demostración de ese hecho en el proceso. Se exige que aparezca la prueba, más no importa quién la aduzca. De ahí que consideramos incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, pues únicamente señala quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba; sólo cuando no aparece ésta, corresponde determinar la parte que debía evitar su omisión. Es decir: indica a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una decisión favorable basada en él, pero si el juez o la contraparte la suministran, queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga y satisfecha ésta. Si es un hecho exento de prueba, no existe carga de probarlo (...).

El Autor PARRA QUIJANO, 2004 (p.242), manifiesta que

(...) no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte.

Y en la actualidad, resulta necesario hacer alusión a un concepto moderno denominado “**La carga dinámica de la prueba**”, tema al cual el autor TAMAYO JARAMILLO . 1993 (p.91) se ha referido aduciendo que

No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real.

Sobre la carga dinámica de la prueba la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia de 3 de Mayo de 2006 señaló lo siguiente:

Recientemente al explicar cómo opera la carga de la prueba de la culpa de un empleador a quien se le reprocha su negligencia y memorar el criterio de antaño expuesto sobre este asunto por el Tribunal Supremo de Trabajo, precisó esta sala de la Corte en sentencia del 10 de Marzo de 2005, radicación 23656 “ciertamente una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de revisión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a ésta, dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida de conformidad con el artículo 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual (...).

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia T-423 de 2011 ratificó:

(... ) para solucionar una controversia, lo primero que debe hacer el juez es determinar con claridad cuál es el asunto en conflicto, es decir, cuáles son los hechos que le dieron origen. De allí que, por regla general, a cada parte le corresponda probar los hechos que aducen como fundamento de sus pretensiones.

Estas reglas se conocen “como Onus prodandi, incumbit actori y Reus, in excipiendo, fit actor, esto es, respectivamente, que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción y al demandado, cuando excepciona o se defiende, le corresponde, a su turno, probar los hechos en que se sustenta su defensa”.

Sin embargo, la regla anterior en virtud de la cual quien alega debe probar los hechos en

los que fundamenta su pretensión, debe ser aplicada con menor rigor en sede de tutela y “debe ser interpretada en el sentido de que la parte afectada pruebe lo que alega en la medida en que ello sea posible, pues ha de tener en consideración la especial situación de debilidad o subordinación en que se encuentre el accionante para acceder a la prueba, lo que a su vez enfatiza la obligación del juez de tutela en el marco probatorio de realizar una actividad oficiosa para el esclarecimiento de los hechos base de la acción.

De manera que en el trámite de la acción de tutela, se aplica el principio de la carga dinámica de la prueba según el cual y de acuerdo nuevamente con la H. Corte Constitucional Sentencia T-423 de 2011:

(...) corresponde probar un hecho determinado, a quien se encuentre en mejores condiciones para hacerlo”. En efecto, “la carga probatoria en el trámite de la acción de tutela, es más exigente para los demandados que para los accionantes, en virtud de la naturaleza especial de esta acción y del principio de quien puede probar tienen la carga de hacerlo. Este principio, alivia la carga de los accionantes, quienes usualmente son personas que carecen de los medios para probar todos y cada uno de los hechos por ellos relatados”.

En la actualidad el nuevo Código General del Proceso ha definido el concepto en el Art. 167 que a su tenor contempla:

**CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

**No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.** La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber



intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba...". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, es evidente que la carga de la prueba en materia laboral debe estar en cabeza de quien tenga una mejor posición para demostrar los hechos alegados objeto de demanda o de contestación de demanda, con el fin de llegar a la verdad real, independiente que se trate de trabajador o empleador.

## CONCLUSIONES

El desarrollo del Derecho Laboral y de la Seguridad Social colombiano presenta atrasos y problemáticas profundas, resultado de la copia e importación acrítica de normas e instituciones, gigantismo normativo, esnobismo, contradicciones internas, derogaciones implícitas en las decisiones administrativas y judiciales, inaplicabilidad y conflictos de normas y de competencias y administración de justicia reducida, que afecta el reconocimiento de los derechos sustanciales de los trabajadores.

Este panorama jurídico laboral es derivado de la herencia kantiana en la búsqueda de la "pureza" en el Derecho como "ciencia", en la que se propugna por la neutralidad de las autoridades administrativas y judiciales al momento de impartir justicia, que lleva a concluir que en principio no se necesita realizar reformas legislativas, sino cambios estructurales desde los funcionarios administrativos (inspectores de trabajo, entes de control, operadores administrativos) hasta la base de aplicación y de solución de reclamaciones con la adecuada utilización de los mecanismos de solución de

conflictos, siendo la última instancia el escenario judicial, en el que también se requieren cambios de mentalidad, seres creativos y arriesgados que visualicen que más allá de las normas existe un derecho con rostro humano que proteger.

Se trata de desarrollar los derechos y principios mínimos existentes, dignificando al ser humano que trabaja y que constituyen la base social de una economía globalizada, siendo en primer medida y de forma restrictiva el funcionario administrativo y posteriormente y de manera amplia y particular los jueces, los encargados de encontrar el equilibrio entre los principios protectores y las relaciones laborales nacidas ya sea de un contrato escrito o verbal.

Por lo anterior, se requiere de la aplicación del derecho de manera evolucionada y adaptable a la realidad nacional, donde ya no el legislador sino la administración y los jueces tienen la responsabilidad de la protección efectiva de los derechos presuntamente vulnerados al trabajador, partiendo de la base que se trata de un derecho humano con todas sus complejidades, pero que exige la eficiencia de la justicia para el amparo de sus pretensiones.

Resulta necesario fijar estructuras sólidas que cuenten con una adecuada preparación de los operadores administrativos y judiciales en la aplicación de los principios que protegen el derecho al trabajo y la seguridad social, brindándoles herramientas e instrumentos que les permitan realmente emitir juicios valorativos menos anacrónicos, logrando de esta manera acercar el Derecho a la realidad, con una aplicación eficiente de las normas y la satisfacción efectiva de los derechos.

En cuanto a la función judicial es imperativo que el juez circunscriba sus decisiones a las pruebas aportadas por las partes, en aplicación de la figura de la carga dinámica de la prueba regulada recientemente por el Código General del Proceso, lo que implica que más allá del formalismo procesal puedan reconocerse realmente los derechos y pretensiones a quien corresponde.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- Cortina Orts, Adela. (2000). El vigor de los valores morales para la convivencia Artículo en La educación y los valores. Madrid: Fundación Argentaria/Biblioteca Nueva.
- Devis Echandia, Hernando. (2007). Compendio de la Prueba Judicial. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Galgano, Francesco. (2005). La Globalización en el espejo del Derecho. Argentina: Editorial Rubinzal – Culzoni Editores
- J. Bertolini. (2006). Proceso, democracia y humanización. Recuperado de [www.monografias.com](http://www.monografias.com)
- Keynes, J. (2007). *Las consecuencias económicas de la paz*. Barcelona: Crítica.
- Lagos, Luis Arturo. (1999). “*Deslaborización de la relación de trabajo*”. En: Silva Romero Marcel. El derecho Laboral que hereda el milenio (pp. 217-238). Bogotá: Unibiblos.
- Mejía, O. (2005). *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho: legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo*. Bogotá: Temis.
- Montagut, T. (2004). *Política Social*. Madrid: Ed. Ariel.
- Neves Mojica, Javier. (1994). *Negociación colectiva, No. 47*- Lima.
- Parra Quijano, Jairo. (2007). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Rodríguez Ortega, J. (2009). *La legitimidad en el Estado Social de Derecho.*, Bogotá: Grupo Editorial Leyer.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta.
- Tamayo Jaramillo, Javier. (1993). Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike
- Viola, F. y Zaccaria, G. (1999). *Derecho e interpretación. Elementos para una teoría hermenéutica del derecho*. Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III.
- Walker Errazuris, Francisco (1960). *Introducción al estudio del derecho al trabajo*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- Jurisprudencia
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 1999.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 4 de octubre de 2000, expediente 14257, M.P. Fernando Velásquez Botero
- Colombia. Corte Constitucional. M.P Juan Carlos Henao. Bogotá D.C. 24 de marzo de 2011. Radicación C-203 de 2011.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia de 3 de Mayo de 2006
- Colombia. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. M.P Francisco Javier Ricaurte. Bogotá D.C. 3 de mayo de 2006. Radicación No. 26126
- Colombia. Corte Constitucional. M.P Juan Carlos Henao. Bogotá D.C. 17 de mayo de 2011. Radicación T – 423 de 2011
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-177/05
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1306 de 2001
- Colombia. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia, M.P. Horacio Montoya Gil, auto del 17 de septiembre de 1985, que resolvió una reposición. Gaceta Judicial TOMO CLXXX – No. 2419, 1985

### **Legislación**

- Colombia. Constitución Política Colombiana. 1991. Asamblea Nacional Constituyente.
- Colombia. Ley 100/1993 de 23 de diciembre. Congreso de la República de Colombia.
- Colombia. Ley 1574/2010 de 2 de agosto.
- Congreso de la República de Colombia.
- Convenio 154 de la OIT
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
- Protocolo de San Salvador



**CORTE PENAL INTERNACIONAL: ¿UN  
OBSTÁCULO PARA LA PAZ EN COLOMBIA?\***

**INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: AN  
OBSTACLE FOR PEACE IN COLOMBIA?**

**TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UM  
OBSTÁCULO À PAZ NA COLÔMBIA?**

**Luz Mary Rincón Romero<sup>a</sup>**  
luzmaryrincon@yahoo.es

Fecha de recepción: 23 de Mayo 2014  
Fecha de revisión: 17 de Diciembre 2014  
Fecha de aceptación: 22 de Diciembre 2014

**RESUMEN**

Con el proceso de paz adelantado en Colombia, se ha pretendido poner fin a una guerra insana que ha desangrado al país por más de 50 años. De este modo, se inicia haciendo un esbozo del acontecer del conflicto, desde su génesis hasta la actualidad, para posteriormente ilustrar los esfuerzos del Estado en lograr una negociación que beneficie a las partes.

Sin embargo, y pese a la buena fe y disposición del Estado Colombiano, no ha sido posible concertar una solución; aunado a esto, no han sido benéficas las consideraciones de algunos organismos internacionales, tal como la Corte Penal, la cual considera que al estar frente a casos de amnistía por los crímenes cometidos por las FARC, deberá intervenir para juzgar a estas personas por sus conductas de lesa humanidad, teniendo en cuenta, además, que Colombia aprobó los estatutos para la creación de dicha Corte.

\* *Artículo de reflexión.*

*a. Abogada, Universidad Libre de Colombia; especialista en Derecho Contractual y Tributario, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; magíster en Derecho Penal y Criminología; catedrática, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.*

## PALABRAS CLAVES

Conflicto, soberanía, derecho penal, derecho penal internacional, responsabilidad estatal, paz, derechos humanos.

## ABSTRACT

With the advance of the peace process in Colombia, we have tried to put an end to an insane war that has bled the country for over 50 years. Thus, this article starts with an outline of the events of the conflict, from its origins to the present day, and subsequently illustrate the nation's efforts to achieve a negotiation that benefits the parties.

However, despite the good faith and willingness of the Colombian Government it has not been possible to arrange a solution, coupled with this considerations of some international organizations such as the ICC have not been beneficial. This organization believes that it must intervene against cases of amnesty for crimes committed by the FARC, and be the ones to judge these people for their behavior against humanity, taking into account that Colombia has approved the statutes for the creation of the above mentioned Court.

## KEY WORDS

Conflict, sovereignty, criminal law, international criminal law, state responsibility, peace, Human Rights.

## RESUMO

Com o avanço do processo de paz na Colômbia, temos tentado parar uma guerra insana que sangra o país há mais de 50 anos. Desta forma, O artigo começa com um esboço dos acontecimentos do conflito, desde sua gênese até os dias atuais, para em seguida ilustrar os esforços do Estado para alcançar uma negociação que beneficie as partes.

No entanto e apesar da boa-fé e da vontade do Estado colombiano, não tem sido possível identificar uma solução. Somado a isso, não têm sido benéficas as considerações de organismos internacionais, como o Tribunal Penal Internacional, que considera que, ao estar perante casos de anistia por crimes cometidos pelas FARC,

deverá intervir para julgar essas pessoas pelo seu comportamento contra a humanidade, levando em conta também que a Colômbia aprovou os estatutos para a criação do Tribunal.

## PALAVRAS-CHAVE

Conflito, soberania, direito penal, derecho penal internacional, responsabilidade do Estado, paz, direitos humanos.

## INTRODUCCIÓN

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional es complementaria a la de los Estados partes. Esto significa que cuando un Estado está juzgando o ha juzgado un caso, la CPI no puede entrar a conocer del mismo, a menos que se demuestre que, conforme a los principios del debido proceso, reconocidos por el Derecho internacional, dicho Estado no quiere, o no puede, llevar a cabo el juicio (art. 17 No. 1 (a), No. 2). El Estatuto de la Corte no considera expresamente las amnistías y los indultos como casos en las cuales un Estado no quiere, o no puede, juzgar internamente a quienes cometan los delitos relacionados en el artículo 5 del Estatuto. Sin embargo, sí existen razones para pensar que las amnistías no permiten que se conozca la verdad acerca de la comisión de ciertos crímenes e impiden que se responsabilice, aunque sea formalmente, a los culpables; las amnistías son contrarias a los principios del debido proceso reconocidos por el derecho internacional<sup>1</sup>.

El objeto jurídico de estas instituciones ha sido investigar y condenar a los individuos responsables por violaciones de derechos humanos, en los casos en que los sistemas judiciales nacionales han sido ineficaces (así sea temporalmente). La condena de este tipo de delitos tiene, a su vez, un propósito político principal: prevenir que sucedan en el futuro. Si se tiene en cuenta que la función de condenar individuos es bastante *sui géneris* dentro del Derecho internacional y, de hecho,

<sup>1</sup> Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Proyecto de Estatuto hacía mención de las amnistías e indultos, tanto para decir que en tales casos el asunto era inadmisibile, como para determinar que la Corte podía conocer de tales casos cuando la amnistía o el indulto excluyera la posibilidad de otorgarle al criminal una pena apropiada. Sin embargo, ninguna de las dos propuestas fue aceptada. Véase, Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, "Proyecto de Estatuto..." arts. 11 [35] y 13 bis respectivamente, correspondientes a los asuntos de admisibilidad (actual art. 17 del Estatuto).

implica una extensión de sus alcances, el lector encontrará razones suficientes para considerar que la comparación de las diversas instituciones, no solamente es posible, sino que es útil, en particular, para mostrar la relación dinámica que hay entre la paz y la justicia. Es necesario estudiar las posibilidades que ha ofrecido históricamente esta relación para identificar soluciones a los problemas que puede presentar el proceso de paz en Colombia.

Así las cosas, es preciso cuestionarse sobre varios aspectos que, distinto al anhelo de un país sin guerra, deben considerarse objetivamente, tales como: ¿Puede el gobierno aceptar, por un lado, la obligación de entregar un criminal a la Corte Penal Internacional y, por el otro, declarar una amnistía en la cual dicho criminal está incluido? En casos como éste, en que parecen enfrentarse la necesidad de la paz y el imperativo de hacer justicia, ¿Cómo se deben ponderar cada uno de estos dos valores? ¿Son acaso, inexorablemente, mutuamente excluyentes? o ¿Debe Colombia ignorar todas estas circunstancias y considerar a la Corte como un obstáculo más para lograr sus fines?

### **Historia de los tribunales penales internacionales y la búsqueda de la paz y la seguridad internacionales: Nuremberg, la paz de los victoriosos**

Los Tribunales de Nuremberg, creados por la Carta del Tribunal Internacional Militar, anexo al Acuerdo de Londres para el Enjuiciamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra del Eje Europeo de 1945, fueron *sui generis* en varios sentidos. En primera medida, fueron una imposición de una coalición victoriosa sobre los vencidos en la guerra, y no el producto de un acuerdo previo entre partes que se encontraban en un equilibrio de poder suficiente como para aceptar o rechazar su jurisdicción. En segunda medida, los jueces carecían en muchos casos de leyes preexistentes por las cuales juzgar a los criminales. Por ello, tuvieron que crear estatutos que contuvieran el derecho aplicable retroactivamente, es decir a crímenes ya cometidos, o apoyarse convenientemente en la existencia de un Derecho natural.

La precariedad de los fundamentos de la jurisdicción de los Tribunales de Nuremberg llevó a que, inicialmente, muchas personas

cuestionaran la legitimidad de los fallos<sup>2</sup>. Sin embargo, la necesidad que tenían los Aliados y, en general, toda la comunidad internacional de que la historia de la Segunda Guerra no se repitiera, era suficiente motivo para que toda duda respecto de la legitimidad de los fallos se desvaneciera. Evitar una guerra semejante era un imperativo, y condenar a quienes la iniciaron parecía ser una estrategia eficaz.

Teniendo en mente que el objetivo era impedir el resurgimiento de una nueva guerra mundial, ¿cuál era el límite que debían respetar los magistrados para no volver a alimentar el resentimiento que el Tratado de Versalles<sup>3</sup> había causado a los alemanes? La Carta de Londres (art. 6(a)) establecía categóricamente que todo soldado alemán que hubiese participado en una “guerra agresiva” debía ser condenado. A pesar de esto, a partir de 1948, varios tribunales, conducidos por estadounidenses, concluyeron que sólo se debía juzgar a aquellas personas que, encontrándose en altas esferas nacionales, estuvieran encargadas de establecer las directrices de la guerra. Sólo los principales criminales debían ser condenados. Debía permitirse a los alemanes reconstruir Alemania, y así garantizar el fin primordial de asegurar la paz.

La consolidación de la paz, como objetivo de los Tribunales de Nuremberg, también se hizo evidente en la formulación de los delitos, entre los cuales se encontraban los llamados “Crímenes Contra la Paz”<sup>4</sup>. Adicionalmente, los tribunales, de hecho, sólo asumieron jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad, cuando éstos estaban relacionados con crímenes de guerra o con crímenes contra la paz, a pesar de que en la Carta de Londres no se establecía que fuera necesaria esta conexidad. Esto significa que los tribunales autolimitaron de facto su jurisdicción, para que sólo los crímenes sucedidos durante la

<sup>2</sup> Dinstein, Yoram; *International Criminal Law, en Israel Yearbook on Human Rights* 5, p. 55, 1975, citado por Steiner, Henry y Alston, Philip (comps.); *Human Rights in Context*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1026.

<sup>3</sup> En cumplimiento del Tratado de Versalles, los alemanes se vieron obligados a entregar a los aliados alrededor de novecientas personas acusadas de violar las leyes de la guerra. Véase Meron, Theodor; *The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia*, en *Foreign Affairs* 122, No. 3, 1993, p. 123.

<sup>4</sup> La denominación “Crímenes contra la Paz”, aunque no fue incluida en los Tribunales para la ex Yugoslavia y Rwanda, aparece en otro instrumento, el “Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad”, presentado por la Comisión de Derecho Internacional en 1954, 1978, 1982 y 1991.

guerra fueran juzgados, negándose a conocer aquéllos cometidos contra los judíos antes de la guerra. Juzgar crímenes cometidos contra un grupo determinado, por fuera de la guerra, implicaba desviarse de lo que sus creadores consideraban que era la finalidad política primordial de los Tribunales: asegurar la paz.

### **Rwanda y Yugoslavia, viejos mecanismos para enfrentar nuevos retos a la paz**

Los tribunales penales internacionales comisionados ad hoc para Rwanda y Yugoslavia fueron creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, órgano encargado principalmente del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (art. 24 de la Carta Constitutiva de la ONU). La Resolución, mediante la cual se crearon, fue dictada de conformidad con las facultades otorgadas a este órgano de la ONU en el capítulo VII de su Carta constitutiva, que establece las acciones que puede tomar, en caso de que haya amenazas y ataques contra la paz internacional, o actos de agresión<sup>5</sup>.

Las dudas que suscitó, en un primer momento, la creación de estos tribunales ad hoc por parte del Consejo de Seguridad, estaban fundamentadas sobre dos cuestionamientos principales: El primero, que el capítulo VII de la Carta de la ONU, no faculta expresamente al Consejo de Seguridad para crear tribunales; el segundo, que la creación de un tribunal penal internacional no es una medida encaminada directamente a restablecer o mantener la paz de manera inmediata.

La primera de las objeciones es fácilmente controvertible, si se considera que el Consejo de Seguridad puede autorizar el uso de la fuerza para asegurar la paz. ¿Qué le impide, entonces, a un órgano político que tiene cierta discrecionalidad en sus funciones, tomar una medida menos radical para lograr su objetivo, mediante la creación de un tribunal?

<sup>5</sup> El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue creado por las Resoluciones 808 del 22 de febrero de 1993 y 827 del 25 de mayo de 1993, con sede en La Haya, Holanda. El Tribunal para Rwanda fue creado por la Resolución 955 de 1994, con sede en Arusha, Tanzania, y comparte con el de Yugoslavia la Sala de Apelaciones y el Fiscal. Sus Estatutos son prácticamente idénticos aun cuando el de Rwanda, por tratarse de un conflicto de naturaleza primordialmente interna, utiliza fuentes de ley distintas al de Yugoslavia.

La segunda de las objeciones, en cambio, está mejor fundamentada jurídica y políticamente, pues la creación del tribunal podía llegar a ser ineficaz o incluso generar aún más violencia. Sin embargo, no se puede olvidar que la creación del Tribunal en Yugoslavia no era la primera medida de la que hacía uso el Consejo de Seguridad, y que ninguna de las anteriores medidas parecía adecuada para controlar, por sí sola, las dimensiones del conflicto. Por lo tanto, este organismo resolvió seguir la recomendación<sup>6</sup> de una Comisión de Expertos y del Secretario General de la ONU: dictar una Resolución que, con base en el capítulo VII, creara el Tribunal.

Aunque dentro de las motivaciones de las resoluciones que crearon el Tribunal para la ex Yugoslavia, está explícita la violación de los derechos humanos, es más importante que tales violaciones constituyen, según las mismas resoluciones, una amenaza a la paz y seguridad internacionales; en tal medida, se justifica la intervención del Consejo de Seguridad para crear un tribunal ad hoc. Según se puede ver en su desarrollo, este segundo motivo ha condicionado, en algunos casos importantes, la capacidad real del Tribunal de cumplir su función de juzgar y condenar a los criminales.

Tales son los casos de los procesos contra Radovan Karadzic y el general Ratko Mladic, tal vez los dos principales criminales de guerra serbobosnia. Los gobiernos estadounidense y francés trataron de arrestarlos en varias ocasiones, para someterlos a juicio ante el Tribunal, aunque los motivos para hacerlo eran eminentemente políticos. Estos países consideraron que los dos criminales ponían en peligro el Acuerdo de Dayton, del cual ellos habían sido garantes. Sin embargo, una vez analizada la situación, visto que una eventual operación para llevar a cabo el arresto, implicaría un recrudecimiento del conflicto y bajas de parte de las tropas internacionales en la ex Yugoslavia, el presidente estadounidense Bill Clinton, el primer ministro británico Tony Blair y el canciller alemán Helmut Kohl, decidieron no llevar a cabo la iniciativa de arresto planteada por Jacques Chirac. Los casos Karadzic y Mladic son sólo dos de tantos ejemplos de las limitaciones políticas para llevar

<sup>6</sup> Presidida por M. Cherif Bassiouni, la Comisión entregó la recomendación de crear una corte ad hoc en su primer informe, en febrero de 1993.



hasta sus últimas consecuencias la función del Tribunal de juzgar a los principales criminales de guerra. De hecho, según la investigación realizada por Thomas Sancton y Gilíes Delafon, *“sólo unos 30 de los 70 individuos acusados han sido llevados ante el Tribunal, y la mayor parte de ellos, se ha entregado voluntariamente”*.<sup>7</sup>

### Antecedentes de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional es un proyecto que fue sugerido desde hace más de 75 años. Se habló de él después de la Primera Guerra Mundial, y fue revivido después de la Segunda Guerra. En 1947, la Asamblea General de la ONU encargó a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la elaboración de un proyecto de “Código de Crímenes contra la Humanidad”. El siguiente año, la Asamblea General de la ONU encargó a la CDI, estudiar la posibilidad de crear una corte penal internacional permanente. Sin embargo, la estructura bipolar del sistema internacional impidió que esta iniciativa tuviera éxito. Tanto la Unión Soviética, los países comunistas, los Estados Unidos y Gran Bretaña, se opusieron frontalmente a la creación de un tribunal de este estilo. Durante la Guerra Fría, se planteó como alternativa la extensión de la jurisdicción nacional de los Estados, facilitándoles el castigo de los crímenes internacionales, otorgándoles lo que se llamó “jurisdicción universal”<sup>8</sup>. Esta propuesta, sin embargo, no era una alternativa a la creación de un tribunal penal permanente, sino más bien un complemento, pues en todo caso, el problema de juzgar a los violadores de los derechos humanos, no se debe a la carencia de herramientas jurídicas de los Estados, sino a la falta de voluntad política para condenar a los criminales. Es esta falta de voluntad lo que se pretendía corregir al crear una Corte Penal Internacional Permanente. La ausencia de herramientas jurídicas en las legislaciones internas de los Estados, es sólo una manifestación de la falta de voluntad de los Estados para juzgar a estos criminales.

En 1952, por la desconfianza recíproca entre los distintos bloques de poder durante la Guerra

<sup>7</sup> Ver en *El Tiempo, Suplemento Time Vol. 1 No. 20, de agosto 7 de 1998, pp. 12-13.*

<sup>8</sup> Graefrath, Bernhard, *“Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court”*, en *European Journal of International Law* 67, 1990, p. 73, citado por Steiner y Alston, *op. cit.*, p. 1079.

Fría, la definición del “delito de agresión” fue excluida del mandato que había recibido la CDI para crear el proyecto de Código de Crímenes contra la Humanidad y encargar a otra comisión. También fue delegado, a otra comisión, el proyecto de estatuto para la implementación de la CPI. Las nuevas comisiones estaban conformadas por representantes gubernamentales y, por lo tanto, carecieron de la independencia y determinación necesarias para llevar a cabo los proyectos encomendados. Si bien la Comisión de Representantes Gubernamentales, a la que se le encargó crear el proyecto de estatuto de la CPI, terminó sus labores con relativa rapidez, la que había sido creada con el propósito de definir el crimen de agresión no lo hizo sino 20 años más tarde. Esto llevó a que el proyecto de crear una corte penal internacional fuera olvidado.

No fue sino hasta 1989, curiosamente durante una conferencia especial de la Asamblea General sobre tráfico internacional de drogas, cuando se volvió a tratar el tema, acogido principalmente por países de Latinoamérica y el Caribe, los cuales formularon la iniciativa de crear una corte que condenara a los principales narcotraficantes del mundo.

Aunque la iniciativa de crear una corte que juzgara a los narcotraficantes no tuvo acogida, sí reabrió el camino para la discusión sobre la CPI, la cual, tras el establecimiento de los Tribunales ad hoc para Rwanda y Yugoslavia, llevó a que se acogiera favorablemente el proyecto de estatuto presentado a la Asamblea General por la CDI en 1994. La propuesta de la CDI continuó siendo trabajada por dos comités diferentes, el Comité preparatorio y el Comité ad hoc, que trabajaron hasta llegar al texto consolidado que fue presentado a la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios en Roma, el 15 de junio de 1998.

### Organización

La Corte está compuesta de cuatro (4) órganos, dos (2) oficinas semiautónomas y el Fondo para las Víctimas (The Trust Fund for Victims - TFV). Los órganos son: Presidencia, Divisiones Judiciales, Oficina del Fiscal y Registro.

Las oficinas semiautónomas son la Oficina del Abogado Público para Víctimas y la Oficina del Abogado Público para la Defensa.

### Asamblea de los Estados Partes

La Asamblea de los Estados Partes es el órgano legislativo de la Corte Penal Internacional y está encargada de supervisar su gestión. Está compuesto por representantes de los Estados que han ratificado y adherido al Estatuto de Roma. Por principio de independencia de la Corte, y para garantizar su imparcialidad política, la Asamblea de los Estados Partes no es un órgano de la CPI. La ASP funciona en vez como el brazo legislativo de la Corte que igualmente garantiza su financiamiento. Según la Corte Penal Internacional, en su página web, actualizada hasta 2012, 120 países han firmado el Estatuto De Roma de la Corte Criminal Internacional, quedando dividido por zonas geográficas, así: países africanos, países asiáticos, Europa del Este, Latinoamérica y el Caribe y Europa del Oeste y otros países.

Una de las ideas que dirigió aquella asamblea era la de convertir a la Corte en un organismo realmente internacional. Pese a las críticas que suscitaron en su momento las reglas de ratificación que no permiten reservas, se estableció un alto número de quórum para que ésta entrara en funciones (60 ratificaciones). Las ratificaciones fueron logradas en cuatro años, entrando en vigor el Estatuto el 1 de julio de 2002.

### METODOLOGÍA

Este estudio se realizó bajo la forma de investigación aplicada, teniendo en cuenta los objetos particulares de las investigaciones sociojurídicas, esta investigación tiene una relación directa con dichos objetos, los cuales permiten examinar detalladamente la situación problema planteada con la norma y la sociedad. Es un tipo de investigación correlacional que tiene como propósito medir el grado de relación y preponderancia que existe entre la soberanía del Estado Colombiano y la fuerza vinculante de ser parte del Estatuto de Roma. Se usó el método teórico de análisis y síntesis, considerando el objeto de nuestra investigación, éste método resultó ser el más idóneo y adecuado para conducirnos a los conocimientos requeridos y a las respuestas necesarias.

A través de éste método se afrontó la problemática y realizando una descomposición de las partes que conforman su estructura, de tal manera que nos permitió delimitar lo esencial, obtener nuevos conocimientos, hacer un

análisis multifacético, y reducir lo complejo a lo simple. Para posteriormente formar una unidad conformada por todos los aspectos relevantes analizados. Se usaron fuentes secundarias que proporcionaron una variedad de información e interpretaciones, útiles en forjar nuestra propia postura frente a la problemática investigada.

## DESARROLLO DEL TEMA

### 1. DEL CONFLICTO

#### 1.1. Contexto histórico

El conflicto armado colombiano, es interno; se desarrolla en Colombia desde principios de la década de 1960. Los principales actores involucrados han sido el Estado colombiano y las guerrillas de extrema izquierda; a partir de la década de 1980, aparecen los grupos paramilitares de extrema derecha. Ha pasado por varias etapas de recrudescimiento, en especial desde los años ochenta cuando algunos de los actores se comenzaron a financiar con el narcotráfico. El conflicto tiene sus antecedentes históricos en la “época de la Violencia” (conflicto bipartidista de la década de 1950 y de años anteriores y que tiene sus orígenes primigenios cuando Colombia -entonces llamada la Nueva Granada- se independizó de España e inicia una pugna sobre el modelo de Estado que debía adoptar el país).

Durante la década de 1980, el conflicto armado presenta un rápido escalamiento que se caracteriza por la intimación generalizada que produce la guerrilla en numerosas regiones del país<sup>9</sup>, por los asesinatos selectivos de miembros civiles de la izquierda a manos de los nacientes grupos paramilitares, así como por la aparición de sectores del narcotráfico que chocan con la guerrilla en desarrollo de sus actividades delincuenciales (en particular, por el secuestro extorsivo de familiares de capos del narcotráfico por parte de la guerrilla). La época en la que se ubica el mayor recrudescimiento ocurrió entre

<sup>9</sup> «Hablan las Farc». *Semana.com* (7 de agosto de 1987). Consultado el 8 de abril de 2013; «Historia de nunca acabar». *Semana.com* (18 de abril de 1988). Consultado el 8 de abril de 2013.

1988 y 2003<sup>10</sup>, pero es en la segunda mitad de la década de 1990 cuando se presenta la mayor degradación del conflicto, debido a que se generalizan las tomas armadas de poblaciones, las desapariciones forzadas, las masacres indiscriminadas de civiles, el desplazamiento forzado masivo y los secuestros colectivos de civiles, militares y políticos, como tácticas de guerra<sup>11</sup>; el pico de este recrudecimiento se presenta durante la presidencia de Andrés Pastrana y el inicio del gobierno de Álvaro Uribe, cuando confluyen el accionar del Estado, las guerrillas, grupos de narcotraficantes y paramilitares.

A partir de la desmovilización de los grupos paramilitares, que se lleva a cabo entre 2003 y 2006, sumado al debilitamiento de la guerrilla<sup>12</sup>, se presenta un descenso de la intensidad del conflicto. No obstante, las estructuras paramilitares no cesaron su accionar sino que empiezan a comportarse como carteles de droga con gran capacidad militar (llamados ahora Bacrim), mientras que la guerrilla todavía conserva capacidad de acción y confrontación, en ciertos lugares del país. En 2013 un estudio cifró en 220.000, las muertes causadas por el conflicto, desde 1958.<sup>13</sup>

## 1.2 Causas

Las causas para que se desarrollara el conflicto armado colombiano se centran en la pobreza, la falta de educación, el abandono estatal, las deficiencias socio-económicas en los núcleos familiares, y la pérdida de valores de la sociedad.

Es clara, además, la activa participación de menores en el conflicto.

La Comisión de Estudios sobre la violencia, creada por el gobierno de Belisario Betancourt, en 1987, a cargo del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI) de la Universidad Nacional de Colombia, realizó un estudio sobre las causas del conflicto. El estudio indicaba que la violencia política, tomada como una herramienta para lograr el acceso al control del Estado, no afecta los indicadores de violencia de una forma significativa, pues sólo constituía un 7,5 por ciento de los homicidios en 1985. Lo que realmente afecta, en forma considerable, los indicadores de violencia, son hechos como las riñas, las venganzas personales, la violencia intrafamiliar y el sicariato, principalmente<sup>14</sup>.

Otra causa, radica en la concentración o monopolización del campo por terratenientes y el desplazamiento de campesinos hacia los centros urbanos que, en ocasiones, generaba resistencia. El llamado gamonalismo, heredado de los colonizadores españoles por las élites criollas que luego se tomaron el poder político y económico del estado, y que, más tarde, evolucionó al "Terrorismo de Estado".

Con el *boom* del narcotráfico hacia Estados Unidos y Europa en las décadas de 1970 y 1980, los campesinos se dedicaron a la plantación de cultivos ilícitos, financiados inicialmente por narcotraficantes. El narcotráfico, fuente de dinero fácil, generó corrupción, constituyendo redes que comprometieron a todos los actores presentes en el conflicto armado colombiano, mientras que Estados Unidos declaraba la Guerra contra las drogas. Muchos de esos movimientos campesinos se consolidaron en movimientos de campesinos cocaleros, que sentaron las bases de las guerrillas como las FARC, similar a lo ocurrido en Perú y Bolivia<sup>15</sup>. El narcotráfico degeneró los ideales iniciales y creó una nueva economía que se mantiene como el principal combustible del conflicto.

10 Restrepo, Jorge Alberto (3 de septiembre de 2004). «La dinámica del conflicto colombiano, 1998-2003». *Semana.com*. Consultado el 8 de abril de 2013.

11 Mejía Upegui, Juan Esteban (31 de enero de 2007). «Un vistazo a los años en los que el paramilitarismo inundó de sangre a Antioquia». *Semana.com*. Consultado el 8 de abril de 2013; «Un país que huye». *Semana.com* (22 de diciembre de 2002). Consultado el 8 de abril de 2013.

12 «El descontrol de las Farc». *Semana.com* (27 de octubre de 2008). Consultado el 8 de abril de 2013.

13 "El grupo de Memoria Histórica calcula que la cifra de desaparecidos llega a 25.000, algo que rebasa los crímenes de las dictaduras del Cono Sur. Además, hay un saldo de 6.000 niños reclutados, 10.000 personas amputadas por las minas antipersona y casi cinco millones de desplazados". "El conflicto armado en Colombia deja 220.000 muertos desde 1958" (EN LINEA) *El País Internacional*, publicado el 24 de julio de 2013. Consultado el 9 de septiembre de 2013. Ver en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2013/07/24/actualidad/1374677621\\_928074.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/07/24/actualidad/1374677621_928074.html)

14 Venganza y cultura en Bogotá: Arturo Laguado. *Escuela de Ciencias Humanas - Universidad del Rosario*.

15 Comisión de la Verdad (Perú): *NARCOTRÁFICO, CONFLICTO ARMADO INTERNO Y CORRUPCIÓN*.

### 1.3 Efectos

El conflicto armado colombiano ha generado miles de muertos, lisiados, secuestrados, una de las peores crisis de desplazamiento forzado en el mundo y desaparecidos, lo que ha conllevado a que Colombia se le clasifique como uno de los países más violentos del mundo y uno de los principales exportadores de drogas ilegales<sup>16</sup>.

La década de 1970 a 1980 se caracterizó por una desmedida represión por parte del Estado (Ejército, Policía y autoridades civiles) contra los movimientos políticos, obreros, campesinos y estudiantiles. Además, algunos particulares tomaron con su propia mano la aplicación de medidas represivas contra los mencionados sectores. Según el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP) entre el 1 de enero de 1970 y el primer trimestre de 1981, ocurrieron numerosos asesinatos, torturas, desapariciones y otras violaciones de los Derechos Humanos. “Desde 1970 hasta marzo de 1981 se presentaron 1.053 asesinatos y 7.571 casos de torturas provocados principalmente por las Fuerzas Armadas”<sup>17</sup>.

#### a) Muertes

Según la ONG Amnistía Internacional, entre 2006 y 2008, los casos de las personas y comunidades que han sido golpeadas con mayor dureza por el conflicto, son miembros de comunidades indígenas, afro-descendientes y campesinas que han sido víctimas de homicidio o de desplazamiento forzado. En 2007, hubo alrededor de 1.400 homicidios de civiles, superior a los 1.300 que se dieron en 2006. En los casos en los que se logró identificar a los autores, las fuerzas estatales fueron responsables de al menos 330, los grupos paramilitares de unos 300 y los grupos guerrilleros de alrededor de 260<sup>18</sup>.

16 «Colombia sigue siendo el mayor exportador mundial de cocaína» (en español). *El Universal (Venezuela) - El Tiempo (Colombia)*. Consultado el 01/07/2008; «Colombia, el país más violento de América Latina» (en español). *El Tiempo (Colombia)*. Consultado el 26/05/2008.

17 Jaime Torres Sánchez, Luz Amanda Salazar Hurtado: *Introducción a la historia de la Ingeniería y de la educación en Colombia. Versión OnLine*.

18 Amnesty International: *Más muertes y abusos mientras el gobierno colombiano niega la situación de derechos humanos*.

#### b) Lisiados y discapacitados

Se calcula que en Colombia hay sembradas unas 100 mil minas antipersonal, donde las principales víctimas son los civiles que han contribuido a aumentar las cifras de muertos o lisiados<sup>19</sup>.

#### c) Reclutamiento forzado

De acuerdo a reportes del Comité para los Refugiados de Naciones Unidas, en el 2008 se presentaron hechos de reclutamiento forzado de menores de edad por partes de las fuerzas del Estado para recopilar información de inteligencia sobre los grupos armados ilegales. Según el mismo organismo, las guerrillas de las FARC y el ELN, además de grupos paramilitares no desmovilizados, practicaron, en gran escala, el reclutamiento forzado de niños campesinos para la guerra como una contribución de las familias para enfrentar a las fuerzas armadas del Estado; este reclutamiento se ha extendido e incrementado en las regiones fronterizas con Venezuela y Ecuador.

#### d) Desplazamiento forzado

Colombia es el país con mayor cantidad de desplazados en el mundo. Cerca de 4,9 y 5,9 de personas han sido desplazadas a causa del conflicto armado, según la más reciente cifra publicada en 2012 por el Centro de Monitorio del Desplazamiento Interno<sup>20</sup>. El informe no incluye a personas desplazadas por el narcotráfico o las bandas criminales.

Colombia es uno de los países del mundo con el mayor número de desplazados internos. Hasta mayo de 2011 el Gobierno de Colombia ha registrado a más de 3,7 millones de desplazados internos en el país. ONG como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES) consideran que la cifra real de desplazados por el conflicto armado interno desde mediados de los años 80 supera los 5 millones de personas<sup>21</sup>.

19 Unicef: *Sembrando Minas, Cosechando Muertes*.

20 Herrera Durán, Natalia (29 de abril de 2013). «Colombia, el país con más desplazados en el mundo». *El Espectador*. Consultado el 30 de abril de 2013.

21 «Desplazamiento interno en Colombia». ACNUR. Consultado el 05-03-2013.

El desplazamiento en el país es una causa directa del conflicto armado de Colombia. Con casi 400.000 refugiados y entre 4,9 y 5,9 millones de desplazados internos en 2012, el país es protagonista del mayor drama humanitario de América Latina, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

### e) Narcotráfico

Colombia tuvo cuatro de los carteles de narcotráfico más poderosos del mundo, que en algunos casos crearon una nueva clase social e influenciaron notablemente la cultura colombiana. En la actualidad, el cartel del narcotráfico mejor consolidado en Colombia lo conforman las FARC; de las 350 toneladas de cocaína que anualmente se producen y se trafican en Colombia, 200 corresponden a las FARC, que le producen más de 3.500 millones de dólares anuales de ganancias para financiar la guerra<sup>22</sup>; le siguen, en su orden, el ELN y las Bacrim. El narcotráfico ha tenido directa influencia en la guerra y en la vida política, social y económica del país. Varios dirigentes nacionales han sido acusados de alianzas con grupos de narcotraficantes y/o grupos armados ligados al narcotráfico para ganar poder político y económico.

El uso de la hoja de coca, la marihuana y otras plantas, había sido parte del estilo de vida de algunas comunidades indígenas a lo largo de América del Sur, pero la demanda mundial de drogas psicoactivas durante las décadas de 1960 y 1970 incrementaron la producción y procesamiento de estas en Colombia. Se implementaron leyes de prohibición en Estados Unidos y en Colombia para sofocar el efecto negativo de las drogas en la sociedad y castigar a quienes las cultivaran, poseyeran, comercializaran o distribuyeran.

Desde el establecimiento de la guerra contra las drogas, los Estados Unidos y algunos países europeos han proveído al gobierno colombiano ayuda logística y financiera para implementar planes que permitan combatir el tráfico de drogas. El programa más notable ha sido el polémico Plan Colombia, el cual también está destinado a

combatir los grupos armados ilegales calificados por estos países como terroristas, entre ellos paramilitares y guerrillas, que en la década de 1980 empezaron a financiarse con esta actividad ilícita.

A pesar de estos programas, Colombia continuó siendo el líder mundial en producción de cocaína con aproximadamente el 70% del total de distribución a nivel mundial y el 90% del procesamiento, según un informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos en 2004.

En 2012 un informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos aseguró que Perú y Bolivia habían superado a Colombia como principales productores de cocaína.

### f) Medio ambiente

El gobierno y el sector industrial de Colombia han abogado e implementado monocultivos de plantas que generan daño a la fertilidad de los suelos, como el caso de la palma africana para la generación de biocombustibles. La principal implicación ambiental, de algunos monocultivos, es el deterioro acelerado de los suelos; además, el uso intensivo de agroquímicos, implica daños al medio ambiente, especialmente en regiones selváticas. Los cultivos de palma africana en regiones selváticas del Pacífico colombiano, deterioran los suelos en uno de los lugares con mayor biodiversidad en el mundo. El gobierno busca abrir paso al desarrollo capitalista y, además, disminuye las selvas que dan ventaja táctica a las guerrillas y demás grupos ilegales.

Los grupos guerrilleros como las FARC y el ELN, adoptaron políticas de destrucción de la infraestructura económica que sirve al gobierno y a los intereses de multinacionales capitalistas. Desde 1984, la destrucción de oleoductos petroleros es la táctica que más han utilizado las guerrillas y han afectado el medio ambiente. Dichos derrames de petróleo han causado la contaminación de suelos, fauna y flora, e importantes cuencas hidrográficas<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Juan Carlos Pinzón, *Ministro de Defensa Nacional de Colombia* (24 de octubre de 2012). "Las FARC obtienen hasta 3.500 millones de dólares anuales del narcotráfico". Agencia de noticias RIANOVOSTI. Consultado el 25 de Octubre de 2013 en Internet: <http://sp.ria.ru/international/20121024/155357762.html>

<sup>23</sup> Fuerzas Aérea Colombiana: *Junio 5 de 2004 / Día Mundial del Medio Ambiente: El desastre ecológico causado por el terrorismo en Colombia.*

Los grupos armados ilegales envueltos en el negocio del narcotráfico como las FARC, ELN y BACRIM han promovido su expansión, con la generación de demanda, lo que genera mayor destrucción de selva o bosque virgen para dar paso al cultivo ilícito.

### **g) Respuesta popular**

A lo largo del conflicto armado colombiano, se han producido protestas populares contra los hechos violentos causados por los diferentes actores del conflicto armado, especialmente contra las FARC. Los más importantes han sido el Movimiento de la “Séptima papeleta” que, en parte, se le atribuyó el impulso para la creación de la Constitución de Colombia de 1991. A principios del siglo XXI se llevaron a cabo Homenajes a las víctimas del paramilitarismo, de la para-política y los crímenes de Estado. La protesta de un millón de voces contra las FARC, dejó al descubierto el rechazo del pueblo colombiano contra esta organización armada ilegal; igual sensación causó el Gran Concierto por la Paz del 20 de julio de 2008.

### **h) Imagen internacional de Colombia**

En países que presentan fenómenos de mafias y narcotraficantes, dicho fenómeno se comenzó a denominar “colombianización”, donde hacen convergencia el narcotráfico, la violencia y la corrupción. El término ha sido utilizado por la prensa de países como España, Guatemala, México, Venezuela, Nicaragua y Ecuador. A Colombia se le ha asociado incluso con Afganistán por la asociación entre mafias, terroristas y narcotráfico.

## **2. DEL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA**

Los procesos de paz en Colombia, se resumen en conversaciones y diálogos de paz entre el gobierno nacional y los grupos revolucionarios con miras a acabar el conflicto armado en el país. El primer proceso de paz comienza desde la presidencia de Belisario Betancur con los acercamientos con grupos insurgentes, llevando a que la guerrilla del M-19 se desmovilizara en 1989. Luego se reanudó en la presidencia de Andrés Pastrana (1998 - 2002), donde el gobierno adelantó diálogos de paz con las FARC en San Vicente del Caguán, durante la fallida zona de despeje. En la presidencia de JUAN MANUEL

SANTOS (2010 - 2014), se reinicia con las FARC el proceso de paz en Colombia.

### **2.1 Cronología de los procesos de paz en Colombia: Tres décadas de intentos. El mayor éxito lo tuvo el gobierno de Virgilio Barco, con el M-19**

Una gran ilusión generó en millones de colombianos el anuncio del presidente Juan Manuel Santos, acerca del inicio de los diálogos de paz con las FARC. Sus antecedentes fueron:

**1981:** El Gobierno del presidente liberal Julio César Turbay Ayala creó una comisión de paz para iniciar conversaciones con la guerrilla. El político Carlos Lleras Restrepo, quien tenía la misión de liderar el proceso, renunció con el argumento de que no lo dejaron establecer contactos con la insurgencia.

**1982:** El entonces presidente conservador Belisario Betancur Cuartas inició una negociación de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - FARC.

**1984:** El Gobierno de Betancur y las FARC firmaron el Acuerdo de La Uribe, que incluyó el cese bilateral del fuego, la suspensión del secuestro y la apertura de espacios políticos para la guerrilla. El proceso fracasó y se rompió en 1987.

**1988:** El presidente liberal Virgilio Barco Vargas comenzó un acercamientos de paz con las FARC, pero el exterminio a manos de paramilitares de ultraderecha de miles de militantes del partido izquierdista Unión Patriótica, vinculados con esa guerrilla, impidió avanzar. Barco también inició diálogos con la guerrilla del M-19 y expidió una ley de amnistía.

**1990:** El Gobierno de Barco firmó un acuerdo de paz con el M-19, que entregó las armas, se reintegró a la vida civil y se convirtió en una fuerza política que, en la actualidad, gobierna, entre otros, a Bogotá, la capital de la República de Colombia entre otras.

**1991:** El entonces presidente César Gaviria inició conversaciones con las FARC y el Ejército de Liberación Nacional (ELN) en Caracas, capital

de Venezuela y luego se trasladaron a Tlaxcala, en México.

En 1992 se rompió el proceso por el asesinato de un ex ministro secuestrado por la guerrilla. En ese mismo año, se desmovilizaron las guerrillas del Ejército Popular de Liberación (EPL), el grupo indigenista Quintín Lame y el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) después de acuerdos de paz.

**1993:** Durante el Gobierno de Gaviria se reintegraron a la vida civil y entregaron las armas los integrantes de la Corriente de Renovación Socialista, una disidencia del ELN.

**1998:** El Gobierno del presidente Ernesto Samper concedió el estatus político al ELN en un esfuerzo por lograr un acuerdo de paz. También hubo encuentros con ese grupo rebelde en España y Alemania que no prosperaron.

Ese mismo año, el entonces candidato conservador Andrés Pastrana ganó la presidencia de Colombia con la promesa de iniciar un diálogo de paz con las FARC para poner fin al conflicto interno.

Siendo mandatario, retiró las Fuerzas Militares y la Policía de una zona comprendida por los municipios de Mesetas, La Uribe, La Macarena, Villahermosa y San Vicente del Caguán, con una dimensión de 47 mil kilómetros cuadrados para que sirviera de sede a la negociación.

**1999:** Se inició el proceso con las FARC, el tercer intento formal para lograr la paz con esa guerrilla. Los diálogos se realizaron en medio de la confrontación y se rompieron en febrero del 2002. Durante el Gobierno de Pastrana, también se mantuvieron aproximaciones con el ELN, sin lograr avances concretos.

**2002:** Durante el Gobierno del presidente Álvaro Uribe, quien lanzó una ofensiva militar contra la guerrilla con el apoyo de Estados Unidos, se inician diálogos con el ELN en Cuba. Entre el 2004 y el 2005 hubo facilitación de México y en el 2007 se intentó restablecer el proceso con ese grupo rebelde en Venezuela con la mediación del presidente Hugo Chávez, pero una vez más las aproximaciones fracasaron.

**2012:** El presidente Juan Manuel Santos anunció que su Gobierno y las FARC firmaron un acuerdo marco que establece un procedimiento y una hoja de ruta, para avanzar en negociaciones de paz que comenzaron en la primera quincena de octubre en Oslo, Noruega, y luego continuaron en La Habana, Cuba.

El máximo comandante de las FARC, Rodrigo Londoño, alias "Timoleón Jiménez" o 'Timochenko', se declaró optimista sobre el proceso de negociación. No obstante, el pueblo colombiano ha sido muy escéptico; el bajo nivel de aceptación que el proceso ha tenido, queda demostrado a través de diferentes encuestas publicadas en los medios de comunicación del país.

### 3. DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

#### 3.1 Funcionamiento

La Corte funciona como un organismo autónomo de cualquier otro poder o Estado. Sin embargo, esto no obsta para que, en el cumplimiento de su deber, cuente con la colaboración de los Estados.

#### 3.2 Crímenes

Los crímenes que puede conocer la Corte se encuentran limitados a los señalados en el artículo 5 del Estatuto de Roma, son: El genocidio (art. 6); los crímenes de lesa humanidad (art. 7); los crímenes de guerra (art. 8); y el Crimen de agresión (art. 8 bis, según Resolución 6 del 11/06/2010 de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma).

#### 3.3 Investigación y enjuiciamiento

La investigación de los hechos que fueran constitutivos de delitos se puede iniciar por tres formas (art. 13): Por remisión de un Estado Parte a la Corte, en una situación particular; por solicitud del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (donde se aplica el veto invertido) o de oficio, por el Fiscal de la Corte.

Una vez que el Fiscal de la Corte maneje estos antecedentes, puede: o archivarlos o presentar una acusación, que es revisada por la Cámara de Asuntos Preliminares. Si es procedente, se

acoge la acusación que pasa a ser conocida por la Cámara de Primera Instancia, donde se realiza el juicio. Una vez absuelto o condenado, tanto el Fiscal como el condenado en su caso, pueden apelar o casar ante la Cámara de Apelaciones.

### 3.4 Penas y cumplimiento

Las penas que puede establecer la sentencia puede ser de prisión por un plazo no mayor de 30 años, o (por la gravedad de los crímenes) cadena perpetua, además de una multa y el decomiso de las especies que sean de propiedad del condenado (art. 77). La pena se puede llevar a cabo en el país sede de la Corte (Holanda) o en otro, de acuerdo con los convenios que se puedan establecer entre la Corte y otros países.

### 3.5 Relación con los Estados y Organismos Internacionales

La Corte, en virtud de las normas del Estatuto que la autorizan, podrá pactar con diferentes Estados diversas formas de cooperación, de investigación o de cumplimiento de condenas. Estos pactos suelen ser considerados complementarios al Estatuto para quienes los firman. A modo de ejemplo, el año 2005, Austria firmó un acuerdo de cooperación y de apoyo a las investigaciones que realice la Corte.

En cuanto a las Naciones Unidas, el Estatuto en su artículo 2 señala que: “*la Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta*”. En este sentido, es importante destacar la situación del “*veto invertido*”, establecido en el Estatuto. Esta modificación cambia el efecto que tiene la aplicación por alguno de los países que cuentan con un asiento permanente en el Consejo de Seguridad, de su derecho a veto. Esto se traduce en que al momento de utilizar este derecho, sólo tendrá el efecto de evitar que el Consejo haga aplicación del derecho que tiene a solicitar a la Corte la no iniciación o suspensión de una investigación en curso ante la Corte.

## 4 LA PAZ Y LA JUSTICIA ¿DOS VALORES ENFRENTADOS?

En la historia de las diversas cortes penales, así como en los procesos de reconciliación

nacional, ha estado siempre presente el dilema entre justicia y paz.

Al respecto, hay quienes sostienen que se debe sacrificar la justicia para poder alcanzar la paz. Algunos de ellos argumentan que debido a la dinámica de los conflictos bélicos, para que sea posible la reconciliación entre las partes, se deben resolver, antes que nada, los motivos que le dieron origen, aun cuando esto implique impunidad. Otros, dentro de la misma línea, aun cuando más radicalmente, afirman que la única forma en que la justicia es efectiva, es cuando se ha obtenido la paz derrotando militarmente a quienes se pretende condenar. José Zalaquett, quien hizo parte del movimiento de derechos humanos en Chile, dice que se siente conforme con el resultado del proceso chileno, satisfecho con las medidas sumamente prudentes que tomó el presidente Aylwin<sup>24</sup>. James Crawford, por su parte, refiriéndose al caso de Yugoslavia, anota que el establecimiento de tribunales penales internacionales *ad hoc* puede desviar la atención de los conflictos en sí, si se centra en el castigo de los criminales<sup>25</sup>. Kenneth Anderson, también, con un criterio eminentemente “clásico” de las relaciones internacionales, adujo que la implementación de un tribunal internacional *ad hoc* en Yugoslavia, al no ser impuesto por los victoriosos a los vencidos, no es más que un despropósito, pues primero debe solucionarse el conflicto bélico y después juzgar a los criminales, descartando con ello, la función pacificadora de los tribunales penales internacionales<sup>26</sup>.

En sentido contrario, se puede afirmar que la necesidad de asegurar la paz, puede, en ciertos casos, implicar una “economía” en términos de la condena a los criminales, que produzca una sensación de inconformidad con respecto al proceso de paz. Esto le restaría legitimidad al mismo, e impediría obtener los resultados esperados. Sin embargo, la relación entre justicia y paz no siempre es dilemática. El problema radica

<sup>24</sup> Zalaquett, José, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies confronting Past Human Rights Violations”, en *Hastings Law Journal* 1425,1992, *ibidem*, pp. 1106-1108.

<sup>25</sup> Crawford, James, “The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court”, en *American Journal of International Law* 404,1995, p. 408, *ibidem*, p. 1084.

<sup>26</sup> Anderson, Kenneth, “Nuremberg Sensibility: Telford Taylor’s Memoir of the Nuremberg Trials”, 7 *Harvard Human Rights Journal* 281 (1994).



en saber escoger los criterios para determinar cuál es el punto de equilibrio entre estos dos fines y, en últimas, en establecer un consenso respecto de lo que significa la “paz social”.

Para entender la verdadera dinámica entre la paz y la justicia, se debe tener en cuenta que no son necesariamente polos opuestos. Para esto, debe dejarse de lado la concepción de la justicia como la mera imposición de sanciones penales a los criminales internacionales, pues no son solamente las funciones disuasiva y preventiva de la pena las que contribuyen a la obtención de la paz social. En otras palabras, no es sólo el temor a ser castigado penalmente lo que disuade a las personas de cometer crímenes, ni encerrando a todos los criminales se evita la criminalidad.

El conocimiento de la verdad de los hechos por parte de la comunidad, en general, y la condena pública a los culpables, son, de por sí, factores fundamentales en la obtención de la paz, pues contribuyen a generar una conciencia pública sobre lo sucedido. Ésta parece ser una *rationale* (razón de justicia) aceptada, al menos parcialmente, hoy en día por el Derecho internacional. Hay varios indicios que parecen mostrar que los Estados tienen la obligación internacional de sancionar a quienes cometan cierto tipo de violaciones contra los derechos humanos y que, por lo tanto, las leyes generales de amnistía otorgadas por los Estados son consideradas contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien es atrevido determinar que existe una costumbre internacional general que proscriba las amnistías respecto de cualquier violación a los derechos humanos, sí hay algunas violaciones sobre las cuales se han manifestado diversos organismos internacionales.

## 5. EL PROCESO DE PAZ COLOMBIANO Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En Colombia, la tensión entre la paz y la justicia parece ser un punto bastante sensible. En tal medida, conviene que la sociedad civil, fije unos mínimos consensos respecto del proceso en sí. Adicionalmente, el gobierno debe ser permeable a lo que allí suceda, con el objeto de conducir el proceso de paz y administrar la justicia de la mejor manera posible. Para ello, conviene reflexionar sobre algunas de las cuestiones que se presentan a continuación.

En gran parte de los intentos de sancionar a los violadores de los Derechos Humanos, los Estados han atravesado etapas de transición de un régimen dictatorial o militarista, a uno democrático. Aunque en distinto grado, la inestabilidad política de estos períodos, debilita la voluntad de los gobiernos entrantes para llevar a cabo procesos de condena a los violadores de los derechos humanos. En estas situaciones, además de estar limitada la capacidad de los gobiernos para llevar a cabo juicios internamente, de acuerdo con sus sistemas judiciales nacionales, la intervención de la comunidad internacional parece ser ineficaz. Los organismos internacionales y los terceros Estados que participan en el restablecimiento de los gobiernos democráticos también se muestran reacios a condenar los casos particulares de violación de los derechos humanos, cuando consideran que se puede perjudicar la paz y la seguridad.

En Colombia, éste no es el caso. El proceso de paz no corresponde al restablecimiento de un orden democrático, ni la violación de los derechos humanos (especialmente el Derecho Internacional Humanitario) ha sido perpetrada exclusivamente por uno de los actores en conflicto. Sin embargo, el Estado colombiano sí tiene unas insuficiencias institucionales que disminuyen los recursos de poder del gobierno para controlar los problemas de violencia causados por los diversos grupos armados dentro de su territorio. Muestra de ello es la incapacidad del gobierno para sancionar las violaciones a los derechos humanos, excepto al interior de sus propias Fuerzas Armadas.

Durante un proceso de paz negociado, la escasez de los recursos de poder del Estado se hace aún más evidente. Los compromisos que adquiere el gobierno de restringir aún más su capacidad de acción (ya de por sí bastante limitada), sumado al creciente poder que adquieren los diversos grupos armados, limitan considerablemente la voluntad política del gobierno para llevar a cabo juicios imparciales a los violadores de derechos humanos. En esta situación, cualquier iniciativa de investigar la comisión de estos delitos, por parte de las Fuerzas Armadas, las autodefensas o la guerrilla, implica un aumento del poder relativo de los demás grupos.

Esto significa que el gobierno tiene una mayor posibilidad y al mismo tiempo una mayor responsabilidad de llevar a cabo juicios imparciales

a los violadores de los derechos humanos.

Sin embargo, paradójicamente, una investigación exhaustiva e imparcial de las violaciones de los derechos humanos durante el proceso de paz, le podría dar legitimidad al mismo. Esto es posible, en la medida en que si las investigaciones son llevadas a cabo de manera diáfana, por parte de un organismo con altos niveles de credibilidad a nivel nacional, las diversas partes en el conflicto pueden empezar a confiar en el proceso. En el caso colombiano, la condena a los violadores de los derechos humanos, no significa un ataque frontal a uno de los actores en el conflicto que pudiera hacerlo reaccionar, recrudesciendo el problema. Todos los actores dentro del conflicto han reconocido, de alguna u otra manera, que han incumplido las normas mínimas de respeto por los derechos humanos durante los conflictos armados internos. Las concesiones hechas por el ELN durante el Acuerdo de Mainz, los acuerdos del nudo de Paramillo y las cartas de las autodefensas, así como los reconocimientos públicos del ex presidente Samper, así lo demuestran. Esto, visto de manera optimista, puede ser interpretado como el comienzo de la formación de un consenso en cuanto a la necesidad de respetar el Derecho Internacional Humanitario.

Resulta bastante representativo de la situación colombiana que el Estado y la Comunidad de Derechos Humanos<sup>27</sup> coincidan en que, antes de cualquier acuerdo de paz, sea con los grupos guerrilleros o con las autodefensas, todas las partes deben comprometerse a respetar las normas mínimas de los derechos humanos aplicables a los conflictos armados.

## CONCLUSIONES

La importancia que tiene para el proceso de paz colombiano llevar a cabo investigaciones imparciales de las violaciones de derechos humanos es fundamental. La importancia de la imparcialidad es una consecuencia de la tendencia humana a considerar la justicia (como reciprocidad) como requisito previo a cualquier cooperación. En el campo de las ciencias sociales,

los motivos que impulsan a la cooperación han sido analizados experimentalmente. Es conveniente resaltar los resultados de algunos de estos experimentos.

En la teoría de juegos, los experimentos secuenciados del “Dilema del Prisionero”, que se han hecho para estudiar el comportamiento de los Estados en las relaciones internacionales, muestran que la cooperación entre los jugadores sólo es posible cuando se cumplen dos condiciones. La primera de ellas, es que exista un sentimiento de reciprocidad, y la segunda, que los jugadores compartan el mismo concepto con respecto a los objetivos del juego.

Así, la necesidad de reciprocidad en el juego se evidenció, ya que después de una “traición”, de una sucesión de varias traiciones por parte de un jugador, la cooperación sólo es posible cuando su contrincante obtiene “venganza”. Del mismo modo, si se le concede una amnistía generalizada a la guerrilla, y se sanciona plenamente a las autodefensas, éstas no aceptarán el proceso de paz. Si, por el contrario, se castiga a los militares o policías por las violaciones al Derecho Internacional Humanitario, y se deja impune a los militantes de las FARC o el ELN, aquéllos considerarán que el gobierno o el Estado, ha sido injusto, pues ha castigado a las fuerzas legítimas del Estado y premiado a las ilegales.

De los resultados de tales experimentos, se ha concluido que los jugadores que coinciden en las definiciones del juego, interpretan las “traiciones” de sus contrincantes como parte de una secuencia más amplia de cooperación, en la cual, es necesario cierto nivel de equilibrio previo para poder cooperar. Dentro del desarrollo del juego éstos fueron los jugadores que obtuvieron mayores puntajes<sup>28</sup>. Teniendo en cuenta que en Colombia las partes en conflicto están comenzando a tener conciencia en cuanto a los mínimos que se deben respetar dentro del conflicto (así éstos no sean los mínimos fijados por el Derecho Internacional Humanitario), es conveniente aprovechar la coyuntura y empezar a crear un consenso mínimo en cuanto a un concepto de “paz social”, en el cual se vayan fijando los criterios para establecer

<sup>27</sup> Este término corresponde no sólo a la comunidad de Derechos Humanos representada en Organismos No Gubernamentales. También corresponde a quienes individualmente desarrollan actividades tendientes a proteger los derechos humanos en Colombia.

<sup>28</sup> Hurwitz, Roger; *Strategic and Social Fictions in the Prisoners Dilemma*, en *Der Derian, James y Shapiro, Michael, International/Intertextual Relations. Postmodern Readings of World Politics*, Lexington Books, Lexington Massachusetts, 1989, pp. 113-134.

un equilibrio entre la paz y la justicia. De lo contrario, si éstos son impuestos arbitrariamente, los diversos actores del conflicto se polarizarán, impidiendo que lleguen a un consenso político, respecto de la reforma institucional que desean.

De otra parte, teniendo en cuenta que Colombia ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se comprometió a entregar -entre otras- a aquellas personas a quienes no pueda o no quiera juzgar, por los delitos contenidos en el Estatuto, cometidos en su territorio o por sus nacionales.

En conclusión, mientras el Derecho Internacional Penal mantenga en sus estatutos, que no es posible amnistía o indulto para crímenes como los de lesa humanidad o los

crímenes de guerra, los márgenes de maniobra del gobierno colombiano en el proceso de paz son limitados, salvo que los miembros de las FARC estén dispuestos a recibir penas, así sean reducidas pero efectivas, por los múltiples crímenes cometidos contra el pueblo colombiano, a lo largo de la confrontación armada. Así lo ha ratificado la Corte Penal Internacional, cuando el Fiscal Fatou Bensouda, aseguró en una carta, que no admite la justicia transicional y que en caso de no ejecutarse penas efectivas contra los máximos responsables de delitos de lesa humanidad y otros, se estaría en contravía de los postulados de la Corte Penal Internacional. Últimamente, en el mismo sentido, lo ha expresado en Colombia el Fiscal General de la Nación, cuando afirmó: “El proceso de paz, no se pacta sobre la impunidad”<sup>29</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- Anderson, Kenneth, “Nuremberg Sensibility: Telford Tylors Memoir of the Nuremberg Trials”, 7 Harvard Human Rights Journal 281 (1994).
- Crawford, James, “The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court”, en American Journal of International Law 404,1995.
- Dinstein, Yoram; *International Criminal Law*, en Israel Yearbook on Human Rights 5, p. 55, 1975, citado por Steiner, Henry y Alston, Philip (comps.); *Human Rights in Context*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Graefrath, Bernhard, “Universal Criminal Jurisdiction and an International Criminal Court”, en European Journal of International Law 67,1990.
- Hurwitz, Roger; *Strategic and Social Fictions in the Prisoners Dilemma*, en Der Derian, James y Shapiro, Michael, *International/ Intertextual Relations. Postmodern Readings of World Politics*, Lexington Books, Lexington Massachusetts, 1989.
- Laguado Arturo, *Venganza y cultura en Bogotá.*, Escuela de Ciencias Humanas – Universidad del Rosario.
- Meron, Theodor; *The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia*, en Foreign Affairs 122, No. 3,1993.
- Torres Sánchez Jaime, Salazar Hurtado Luz Amanda: *Introducción a la historia de la Ingeniería y de la educación en Colombia*. Versión OnLine.
- Zalaquett, José, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies confronting Past Human Rights Violations”, en Hastings Law Journal 1425,1992.

<sup>29</sup> Fiscal rechaza críticas de la Corte Penal Internacional al proceso de paz: 23 Oct. 2013, *El Espectador.com*

### Artículos

- Amnesty International: *Más muertes y abusos mientras el gobierno colombiano niega la situación de derechos humanos*.
- «Colombia sigue siendo el mayor exportador mundial de cocaína» (en español). El Universal (Venezuela) - El Tiempo (Colombia). Consultado el 01/07/2008; «Colombia, el país más violento de América Latina» (en español). El Tiempo (Colombia). Consultado el 26/05/2008.
- Comisión de la Verdad (Perú): *NARCOTRÁFICO, CONFLICTO ARMADO INTERNO Y CORRUPCIÓN*.
- «El descontrol de las Farc». Semana.com (27 de octubre de 2008). Consultado el 8 de abril de 2013.
- Fuerzas Aérea Colombiana: Junio 5 de 2004 / Día Mundial del Medio Ambiente: *El desastre ecológico causado por el terrorismo en Colombia*.
- «Hablan las Farc». Semana.com (7 de agosto de 1987). Consultado el 8 de abril de 2013; «Historia de nunca acabar». Semana.com (18 de abril de 1988). Consultado el 8 de abril de 2013.
- Herrera Durán, Natalia (29 de abril de 2013). «Colombia, el país con más desplazados en el mundo». El Espectador. Consultado el 30 de abril de 2013.
- Mejía Upegui, Juan Esteban (31 de enero de 2007). «Un vistazo a los años en los que el paramilitarismo inundó de sangre a Antioquia». Semana.com. Consultado el 8 de abril de 2013; «Un país que huye». Semana.com (22 de diciembre de 2002). Consultado el 8 de abril de 2013.
- Restrepo, Jorge Alberto (3 de septiembre de 2004). «La dinámica del conflicto colombiano, 1998-2003». Semana.com. Consultado el 8 de abril de 2013.
- Unicef: *Sembrando Minas, Cosechando Muertes*.
- El Tiempo, Suplemento Time Vol. 1 No. 20, de agosto 7 de 1998, pp. 12-13.

### Internet

- <http://sp.ria.ru/international/20121024/155357762.html>
- <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/fiscal-rechaza-criticas-de-corte-penal-internacional-al-articulo-454163>

## AVANCES EN ACCESO A LA EDUCACIÓN DE GRUPOS ÉTNICOS EN COLOMBIA Y EL MUNDO\*

## PROGRESS IN ACCESS TO EDUCATION OF ETHNIC GROUPS IN COLOMBIA AND THE WORLD

## AVANÇOS NO ACESSO À EDUCAÇÃO DE GRUPOS ÉTNICOS NA COLÔMBIA E NO MUNDO

Luz Carlina Gracia Hincapié<sup>a</sup>  
carlinagracia@gmail.com

Fecha de recepción: 19 de Septiembre 2014  
Fecha de revisión: 19 de Enero 2015  
Fecha de aceptación: 12 de Febrero 2015

### RESUMEN

La educación es un derecho consagrado constitucionalmente en gran mayoría de países, así como en la Declaración de los Derechos Humanos, razón por la cual garantizarla no solo es un derecho de todos los ciudadanos, sino un deber de los Estados.

Debido a procesos poblacionales que implican mezclas de orden cultural, étnico, social y de migraciones, entre otros, se han generado países multiétnicos y pluriculturales. Sus habitantes requieren de atención especial en el tema educativo, pues si bien es necesario impartir la educación en condiciones de igualdad para los habitantes de una nación, es también necesario que se preserven los rasgos característicos de culturas y las tradiciones ancestrales, en suma, que se ofrezca una educación diferenciada o una etnoeducación.

\* Artículo de reflexión.

a. Abogada egresada de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Magister en Cooperación Internacional y Desarrollo Sostenible del I.A.E.E.; Diplomada en Investigación socio Jurídica, en Medios alternativos de Solución de Conflictos, en Pedagogía y Docencia Universitaria, Código General del Proceso. Asesora del Ministerio de Justicia y del Derecho, Dirección de Justicia transicional; Abogado Litigante, Asesoría y Consultoría Jurídica.

Se tuvo como objetivo determinar los avances que se han dado en Colombia, y en el mundo, en el acceso a la educación de las minorías étnicas, determinando las condiciones del acceso bajo criterios de igualdad, enfoque diferencial, normatividad existente y, en general, con las necesidades específicas de cada grupo étnico.

Se pretendió hacer una descripción del estado del acceso a la educación de los grupos étnicos en el mundo y en Colombia a través de la verificación documental de fuentes bibliográficas, en donde se vislumbran las tendencias generales así como documentos específicos sobre el tema y su aplicación en la realidad educativa de los grupos étnicos.

Los avances han sido amplios y significativos, aunque incompletos, pues no se tienen programas que permitan lograr una cobertura total de los grupos étnicos al sistema educativo, y cuando lo hacen no hay un respeto por sus tradiciones ancestrales y culturales, pues se impone el sistema educativo del grupo predominante; ello es una tendencia local, continental y global.

Se pudo concluir que, a pesar del interés global, los esfuerzos locales y mundiales de los países que tienen en su población grupos étnicos, no han sido suficientes para lograr el objetivo de garantizar el acceso a este deber-derecho en condiciones óptimas bajo criterios de calidad, igualdad y cobertura.

En suma, la educación de los grupos étnicos en Colombia y en el mundo, es un tema que aún tiene grandes retos por asumir por parte de los Estados, la sociedad y la comunidad internacional.

#### **PALABRAS CLAVE**

Educación, grupos étnicos, derechos humanos, deber, derecho, acceso, igualdad, respeto, etnoeducación, educación diferenciada.

#### **ABSTRACT**

Education is a constitutionalized renowned right in most countries, as well as in the Declaration of Human Rights, that's why guaranteeing it is not only a right of every citizen, but also a duty of every nation.

Multiethnic and pluricultural countries have developed due to a population process that implies

mixtures in cultural, ethnic, social and migratory aspects, among others. Their inhabitants require special attention in the educational aspect, because it is not only necessary to impart education in equality of conditions for all of them, it is also necessary to preserve the characteristics, features of every culture and the ancestral traditions, in summary to offer a differentiated education or an ethno-education.

The aim was to determine the progress that took place in Colombia and worldwide in the access to education for ethnic minorities, establishing the conditions for access under equality criteria, through differential focus, existing regulations and the specific needs of each ethnic group.

In this article we pretend to describe access to education for ethnic groups all over the world and in Colombia through documentary verification of bibliographical references in which the general tendencies are exposed and also specific documents about this subject and its application in the educational reality of ethnic groups.

Progress has been wide and significant though incomplete because the syllabuses are lacking complete coverage for ethnic groups in the educational system and when there are there is no respect for their ancestral and cultural traditions: the educational syllabus for the dominant group imposes itself. This is a local, continental and global tendency.

It could be concluded that in spite the global interest, of the local and worldwide efforts, those from countries with ethnic groups among their population have not been enough to achieve the goal of guaranteeing the access to this duty/right in optimal conditions under criteria of quality, equality and coverage.

In conclusion, education of ethnic groups in Colombia and worldwide is a topic that still has great challenges to be assumed by the nations, society and the international community.

#### **KEY WORDS**

Education, ethnic groups, Human Rights, duty, right, access, equality, respect, ethno-education, differentiated education.

## RESUMO

Educação é um direito constitucionalmente consagrado na maioria dos países, conforme consta da Declaração dos Direitos Humanos, motivo pelo qual sua garantia não é apenas um direito de todos os cidadãos, mas dever dos Estados-Membros.

Devido a processos de população envolvendo misturas culturais, étnicas, sociais e migração, entre outras, foram gerados países multiétnicos e multiculturais. Seus habitantes requerem atenção especial sobre a questão da educação, porque é necessário fornecer uma educação igual para todo o povo de uma nação, e também é preciso que os traços característicos das culturas e tradições ancestrais sejam preservados; em suma, é oferecer uma educação diferenciada ou uma etnoeducação.

O objetivo é determinar os avanços que ocorreram na Colômbia e no mundo, no acesso à educação das minorias étnicas, determinando as condições de acesso previstas nos critérios de igualdade, abordagem diferencial, regulamentos existentes e, em geral, considerando as necessidades específicas de cada grupo étnico.

Destina-se a fornecer uma descrição do estado do acesso à educação de grupos étnicos no mundo e na Colômbia, através da verificação de documentos de fontes bibliográficas, em que se vislumbram as tendências gerais, bem como documentos específicos sobre o tema e sua aplicação na realidade educacional de grupos étnicos.

Os avanços têm sido significativos, embora incompletos, porque não existem programas que permitam alcançar uma cobertura total de grupos étnicos no sistema de ensino, e quando o faz não há respeito por suas tradições ancestrais e culturais, pois institui o sistema de educação do grupo dominante. Essa é uma tendência local, continental e global.

Pode-se concluir que, apesar do interesse global, os esforços locais e globais dos países que têm grupos étnicos na sua população não têm sido suficientes para atingir o objetivo de garantir o acesso a este dever-direito em condições ideais quanto aos critérios de qualidade, igualdade e cobertura.

Em suma, a educação de grupos étnicos na Colômbia e no mundo é uma questão que ainda tem grandes desafios a serem assumidos pelo Estado, a sociedade e a comunidade internacional.

## PALAVRAS-CHAVE

Educação, grupos étnicos, direitos humanos, deveres, direitos, acesso, igualdade, respeito, educação étnica, educação diferenciada.

## INTRODUCCION

Se abordará el tema de la educación de grupos étnicos, a través de los avances en el orden mundial y en Colombia, toda vez que, debido a las migraciones y procesos colonizadores, las naciones se han construido a partir de diferentes culturas, en muchos casos autóctonas, que conservan una serie de tradiciones ancestrales, sociales, orales y una cosmovisión diferente de la realidad expresada en modos, usos y costumbres propios; razón por la cual se hace necesario plantear como pregunta problema ¿cuáles son los avances en el acceso a la educación de los grupos étnicos en Colombia y en el mundo?

La descripción y planteamiento del tema y la pregunta problema se abordará a través de una descripción documental, en la cual se determinarán los avances generales con respecto al acceso a la educación de los grupos étnicos; además se plantearán una serie de conclusiones al respecto, toda vez que solamente se abordara el tema de modo descriptivo sobre cómo se está avanzando en el tema.

De acuerdo con ello se puede plantear como hipótesis o respuesta inicial a la pregunta problema planteada que los avances que se han dado en educación en Colombia y en el mundo son incipientes, en la mayoría de los casos solamente de orden normativo, mas no en la práctica; en los casos en los cuales ha llegado a los grupos étnicos, la misma no atiende criterios de enfoque diferencial o de accesibilidad, acorde a las necesidades particulares del grupo de acuerdo con su cosmovisión y tradiciones.

## METODOLOGÍA

El documento se desarrolló bajo criterios del paradigma cualitativo, a partir del cual se sustenta

el paradigma socio crítico; que se enfoca en el fenómeno social a través de su interpretación y comprensión. En este orden de ideas, la investigación cualitativa desde la perspectiva de las ciencias sociales, debe interactuar con los sujetos del estudio, hacer un análisis del comportamiento, de las causas intrínsecas del problema y del mismo modo plantear alternativas de solución que provengan desde el ser humano que es su objeto de estudio.

Dentro del enfoque cualitativo de la investigación cohabitan una variedad de patrones de interpretación siendo el común denominador el patrón cultural que parte de la premisa de que todo grupo social y cultural tiene un modo único de entender los fenómenos que le ocurren, hecho este que afecta la conducta humana, por lo tanto los modelos culturales se encuentran en el centro de la investigación cualitativa.

De otro lado el método de investigación descriptiva tiene como objetivo principal la medición de conceptos y la recolección de información sobre estos, describiendo la situación problemática que se plantea, sin entrar a determinar las causas y consecuencias, estableciendo un panorama de la situación que se estudia.

Se basa en el conocimiento del fenómeno, la descripción del mismo sin entrar a hacer relaciones entre variable o entre las situaciones que se describen, pues no busca explicar el fenómeno, solamente quiere visualizarlo. El valor agregado que tiene esta clase de investigaciones es la muestra precisa de los ángulos y las dimensiones del fenómeno estudiado.

### **APROXIMACIONES GENERALES A LA EDUCACIÓN DE LOS GRUPOS ÉTNICOS**

La educación como valor esencial de la persona humana no es un tema de orden local, pues la comunidad internacional lo reconoce y protege en todos los niveles, a través de convenciones, planes de acciones y declaraciones; es por ello que en Nueva York, sede de la Asamblea General de Naciones Unidas, se produce la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada con resolución de 10 de diciembre de 1948 (artículo 26); instrumento global que por primera vez testifica la educación como derecho, al señalar que “toda persona tiene derecho a la educación”, y que evidenció la importancia de una educación

primaria gratuita y obligatoria. Después sería la UNESCO, en 1960, con su recomendación frente a la lucha contra las discriminaciones en la enseñanza, quien solidificaría la necesidad de garantizar iguales oportunidades educativas a toda persona, sin distinción de raza, lengua, religión, origen nacional o social.

El derecho a la educación logró mejor desarrollo en 1966, con el Pacto sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual pregona en sus artículos 13 y 14 el derecho de cada individuo a la educación, de modo gratuito, con un claro mensaje a los Estados para que desarrollen un sistema educativo que brinde cobertura en todos los ámbitos de la educación, sumado al respeto por el derecho de los padres de familia para que elijan la educación que recibirán sus hijos.

Lo anterior implica que todos los países del mundo que hayan suscrito o ratificado estos convenios tienen el deber y la obligación de brindar a sus niños, niñas y adolescentes educación gratuita; ahora bien, especial tratamiento y reconocimiento tienen los grupos étnicos de cada país, tal y como se verá en párrafos siguientes.

En América Latina existen sistemas de protección de los derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en 1969 en Costa Rica, que consagra el derecho de los progenitores de educar sus hijos, según sus convicciones religiosas. En tanto que, el Protocolo de San Salvador de 1988, adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 13, consagra el derecho de cada persona a la educación, precisando que los Estados partes deberán orientar la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y “deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico”, acordando que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una “sociedad democrática y pluralista”.

En el continente africano, se produce en Nairobi, año 1981, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos, que consagra a la educación como el derecho “de todo individuo”, y en el artículo 11, los Estados signatarios se comprometen a adoptar todas



las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho humano.

En el Sistema Legal Europeo se contempla la protección de derechos humanos y el derecho a la educación en varios instrumentos, se indica que a diferencia de los instrumentos universales de protección de los derechos humanos y de la educación ya destacados, los regionales gozan de sistemas de control de tipo contencioso que se pueden activar en caso de violación de los derechos por parte de los Estados firmantes, para que la protección del derecho a la educación sea efectiva y no de papel.

Entonces, reconocer local y globalmente que la educación es un derecho humano inalienable y, en particular, como un derecho de la población por igual, es hacer del ser humano un miembro pleno de la sociedad, aunque su desarrollo no depende exclusivamente de la educación, sino de que a ella se sumen un conjunto de políticas públicas y de experiencias de interacción en los ámbitos familiar, comunitario y social. Con esa mirada debemos precisar que en la Constitución Política de 1991, artículos 27 y 67, la educación se define como “un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social”.

En Colombia la política de etno-educación se debe asumir como un reconocimiento a la diversidad, y bajo los principios de aquella se debe implementar una educación intercultural en el sistema educativo; con ello se busca que todos los usuarios y beneficiarios del sistema educativo entiendan que las culturas africana, raizal, indígena y gitana hacen parte de las raíces de la nacionalidad y de identidad colombiana.

En la implementación de la política de etno-educación se deben atender criterios de interculturalidad, multi-culturalidad y diversidad para lograr el reconocimiento, aceptación y respeto de las diferentes culturas; lo que implica la aceptación de la diversidad de la nación colombiana; en el mismo sentido, la política de etno-educación debe responder a las necesidades, características, ubicación e intenciones de los grupos étnicos con el fin de lograr el desarrollo de la identidad cultural de cada uno de ellos bajo criterios de interculturalidad y multi-culturalidad.

El objetivo principal de la política etno-educativa es superar la falta de congruencia entre

el servicio educativo y la realidad de los pueblos beneficiarios; la baja cobertura y la deficiente calidad que se brinda en el sistema educativo a los integrantes de los grupos étnicos.

Se pueden identificar como objetivos secundarios o complementarios: (i) proveer de una adecuada gestión administrativa, infraestructura física, técnica y tecnológica, capacitación e idoneidad a los docentes etno-educadores; (ii) superar la poca o nula coordinación intra e inter institucional con el fin de lograr un trabajo mancomunado de óptimas condiciones y (iii) superar las dificultades que representa la dispersión geográfica de la población objeto de estudio, pues en su mayoría se encuentran ubicados en zonas de difícil acceso.

Ahora bien, no es fácil determinar de forma clara y precisa los beneficiarios de la política de etnoeducación en Colombia, primero porque no hay acuerdo en las cifras sobre los colombianos indígenas, afrodescendientes y ROM; mientras que estadísticas oficiales arrojan unos datos, investigaciones privadas y representantes de las comunidades mencionan otras cifras que por lo general son mayores. Para mayor claridad se tomaran como ciertas las cifras oficiales consignadas por el DANE, en el último censo realizado en Colombia en el 2005, no obstante se hace claridad que en dicha medición se consignaron datos sobre identificación, sentimientos y costumbres que determinan la pertenencia a un grupo étnico, lo cual si bien es válido, no quiere decir que haya total correspondencia entre la realidad y las cifras consignadas.

De acuerdo con el documento “*La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos*” elaborado por el DANE (2006:12) se tiene que la población indígena en Colombia de acuerdo con el censo de 2005, ascendía a 1.932.623 habitantes, que representan el 3,40% de la población, la población afro descendiente es de 4.311.757 habitantes, es decir el 10,60% (incluye Raizales y Palenqueros) y la población ROM en Colombia es de apenas 4.858 o el 0,01%.

Otras investigaciones y fuentes indican que la población afro descendiente llega a sobrepasar los diez millones de habitantes siendo entonces aproximadamente el 25% de la población, y los

indígenas se han visto reducidos y desplazados por lo que la cifra exacta es difícil de precisar.

Los indígenas, afrodescendientes y ROM, en su condición de ciudadanos y colombianos, son titulares de todos los derechos fundamentales, tal y como ocurre con los demás colombianos, además, por tratarse de comunidades social y culturalmente diferentes dentro del entorno del país, son también titulares de los llamados “derechos colectivos indígenas”, los cuales se materializan en una serie de prerrogativas reconocidas en el derecho interno y en el derecho internacional, como ya se anotó, consideradas como imprescindibles para asegurar la supervivencia de las etnias en su condición de entidades jurídicas y sociales con autonomía e identidad propia.

Dentro de los derechos colectivos de las comunidades y grupos étnicos está el derecho a una educación adecuada, acorde con sus valores, su cultura y su forma de vida. Ello significa que los pueblos indígenas en general, y sus integrantes en particular, tienen derecho a recibir del Estado una educación especial, ajustada a los requerimientos y características de los distintos grupos que habitan el territorio nacional, del mismo modo ocurre con los integrantes de los grupos afrodescendientes, y gitanos romaníes que habitan en el territorio de Colombia.

La Constitución Política colombiana, en su artículo 67, define la educación como un derecho de la persona y un servicio público que cumple una función social, a través de la cual se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura.

El mismo artículo de la Carta Política se establece que la educación formará al colombiano en respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia; que el Estado, la Sociedad y la Familia son responsables de la educación; que ésta será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad; que será gratuita en los establecimientos estatales; y que será financiada por el Estado a quien corresponde garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la misma con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos.

Como complemento de lo anterior, los artículos 10, 68 y 70 de la Constitución, expresamente señalan que los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho a recibir una formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural, bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas, siendo deber del Estado promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades.

Sobre el derecho a la educación, la Corte Constitucional ha tenido oportunidad –tal y como se anotará– de pronunciarse en innumerables oportunidades, precisando que tal derecho participa de la naturaleza de fundamental en cuanto resulta propio de la esencia del hombre, ya que realiza su dignidad y el valor y principio material de la igualdad, pues, en la medida en que la persona tenga igualdad de oportunidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para su realización como persona.

Desde esta perspectiva, el derecho a una educación especial reconocido a las comunidades tradicionales es un derecho fundamental de doble vía. Lo es, por tratarse de un derecho connatural a todos los hombres y también, por cuanto hace parte integral del derecho a la identidad cultural que, como se ha dicho, tiene dimensión *ius fundamental*.

Este derecho fundamental de las comunidades indígenas a recibir una educación especial, también es reconocido por el Convenio 169 de la O.I.T. que se incorpora al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991 y hace parte del Bloque de Constitucionalidad, razón por la cual sus normas, al lado de la Carta Política, se constituyen en referente obligatorio para la Corte dentro del juicio de constitucionalidad de las leyes.

En esa medida, no cabe duda de que la consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental de éstos y, por tanto, debe estar presente en cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia; medidas que, además, deben adoptarse teniendo en cuenta las particulares condiciones de los distintos grupos étnicos, de manera que se les garantice y asegure la

preservación y continuidad de sus tradiciones e historia.

Pues bien, en ejercicio de esa competencia, y teniendo en cuenta la obligación impuesta al Estado de brindarle a las comunidades nativas un modelo de educación que responda a sus diferentes manifestaciones culturales y formas de vida, el legislador profirió la Ley 115 de 1994, “por la cual se expide la Ley General de Educación”, en la que se incluyó, en su Capítulo III artículos 55 a 63, el tema relativo a la educación especial para grupos étnicos.

### **INCLUSIÓN DE LA ETNO-EDUCACIÓN EN LOS PROGRAMAS CURRICULARES EDUCATIVOS**

Para que los colombianos conozcan el aporte que los pueblos indígenas, afro-colombianos y ROM (gitanos) han hecho a la nacionalidad, el Ministerio de Educación Nacional (MEN) ha diseñado la Política de Etno-educación, sin embargo, una de las dificultades existentes es que la etno-educación no se expresa en los currículos. Por esa razón, en 1999, el MEN realizó una premiación a los PEI que sobresalieran por tener en cuenta la etno-educación, con el ánimo de que ésta se reflejara en los contenidos, métodos y procedimientos de enseñanza.

Es así como en el Chocó, el Colegio Agroecológico de Tadó (Chocó) elaboró un PEI mediante el cual los estudiantes aprovechan los recursos de la región como el Borojó y el Chontaduro para la fabricación de dulces, licores y conservas, en lugar de preocuparse por el estudio de productos que no son propios de la región (Gros, 2003).

Por otro lado el proyecto “Pensamiento Educativo Indígena” – PEI, de las comunidades Yukuna, de los ríos Apaporis, Pedrera y Caquetá, en el departamento del Amazonas, vincula lo pedagógico con lo comunitario a través de un Calendario Ecológico, el cual se fundamenta en el conocimiento profundo del territorio, los tiempos de cosecha, caza, pesca y recolección. Durante estas épocas, los niños y jóvenes no van a las aulas de clase habituales, sino que el río, la selva, la tierra, los cultivos, los animales, se convierten en medios de aprendizaje (Gros, 2003). La política de etno-educación debe impulsar dichos proyectos, y éstos a su vez han de reflejarse en los currículos.

### **Política de etno-educación: importancia y alcances**

La política de etno-educación tiene como pilar fundamental y es importante para el Estado Social de Derecho, por el desarrollo que se da de la Constitución Política de 1991 y de los Derechos Humanos con respecto al derecho a la educación de los grupos étnicos, teniendo en cuenta las diferencias, tradiciones ancestrales y culturales de aquellos y, en general, características diferenciadoras de los integrantes de los grupos minoritarios.

Esta política tiene como objetivo final la cobertura en educación de los grupos étnicos que habitan en Colombia, bajo criterios de calidad y accesibilidad; lo cual implica que el sistema educativo debe contar con características especiales que permitan brindar una educación diferenciada, por ejemplo, (i) capacitación de docentes etno-educadores, educación bilingüe (en la lengua nativa y en castellano), (ii) respeto por las tradiciones ancestrales culturales, lo que implica que se adecue el calendario académico en algunos casos, (iii) la promoción de las tradiciones culturales y los saberes ancestrales de las comunidades, (iv) cobertura total, brindando garantías de acceso a la educación tales como cercanía de los establecimientos educativos a los lugares de asentamiento, además de (v) condiciones básicas como alimentación, vestuario y útiles escolares a los estudiantes y profesionales itinerantes.

En suma, la importancia de la política de etno-educación comprende la formación docente, el fomento de la investigación, publicación de materiales etno-educativos, difusión y publicidad de dicha política, seguimiento y vigilancia a los programas educativos, fortalecimiento a los procesos comunitarios, protección de las lenguas autóctonas de los grupos étnicos y la conservación de las tradiciones culturales ancestrales de los grupos.

Dentro del proceso de atención e implementación de la política de etno-educación, el MEN se ha propuesto transformar el sistema educativo en aspectos relacionados con la magnitud, cobertura y pertinencia en cuanto a las herramientas jurídicas y pedagógicas a través de las cuales se atienden las necesidades de los usuarios del sistema educativo, es por ello que a través de las entidades territoriales, instituciones

educativas y convenios se busca la atención idónea a las poblaciones vulnerables.

Por tal motivo la Dirección de Poblaciones y Proyectos Intersectoriales ha venido desarrollando proyectos para fomentar la ampliación de la cobertura educativa de los grupos minoritarios y de las poblaciones vulnerables, en la búsqueda de lograr condiciones de permanencia de los estudiantes en el sistema educativo, hecho este que significa un avance en la atención educativa de las poblaciones vulnerables, dentro de las cuales se encuentran inmersas los grupos étnicos, pero que aún no ha logrado ser implementado en su totalidad y en debida forma.

#### **Modelo de educación étnica imperante en Colombia**

Colombia es una nación pluriétnica y multicultural desde sus inicios como república, pero tan solo hasta 1991, en la Constitución, se reconoció la diversidad étnica y cultural del país, por ello, solo a partir de ese momento empieza a darse un reconocimiento político, social y académico de dicha situación. Si bien es cierto desde 1980 se reconoció que el indígena tenía una cosmovisión diferente y por ello era un sujeto inimputable del derecho penal, ello se dio no por la conciencia de que sus costumbres fueran diferentes, y por tanto su comportamiento también, sino porque se le consideraba un ser inferior incapaz de comprender la normatividad existente.

Luego de la Constitución de 1991, y como desarrollo a los preceptos allí consignados, se dieron varias leyes y decretos que buscaron reivindicar los derechos de los indígenas y las comunidades afrocolombianas, y sobre este aspecto se han escrito un sinnúmero de libros, investigaciones, ensayos, y con el transcurrir de los años se ha dado una mayor importancia y aceptación a los temas relacionados con los grupos étnicos en Colombia, sin que hasta la fecha se haya logrado la inclusión total de aquellos, por el contrario estamos aún a menos de la mitad del camino, pues no se han dado los resultados esperados frente a la aplicación de las normas y los resultados de los estudios realizados.

En el ámbito latinoamericano se han dado también grandes avances, por ejemplo en las constituciones políticas de Guatemala, México,

Bolivia, Perú, Ecuador, Chile, Paraguay, Uruguay, Brasil y Argentina, se ha reconocido la diversidad étnica y cultural de estos Estados, reconociendo además la lengua de las comunidades como oficial en los territorios en que habitan, así mismo se han dispuesto medidas de protección frente a las tradiciones culturales ancestrales de aquellos; este es un movimiento que se viene dando de manera un poco coetánea desde los años 80, para culminar en las constituciones de estos Estados dictadas a finales de los 80 y principios de los 90.

Lo anterior deviene en un reconocimiento y protección de los grupos étnicos en América Latina, el cual se encuentra en proceso de implementación y desarrollo al interior de los gobiernos, pero sobre todo de las sociedades, pues aún no existe una total inclusión y aceptación de los grupos étnicos.

Ahora bien, al descender entonces en el campo internacional, sobre las tendencias del reconocimiento de los grupos étnicos, se tiene que persisten problemas de xenofobia y de exclusión a nivel de Estados Unidos y Europa, principalmente, sin embargo, también es cierto que allí se han dado un sin número de estudios para entender una sociedad pluri-cultural y multiétnica, pues con las migraciones constantes se ha acrecentado este fenómeno en el mundo entero.

De manera puntual frente a la educación se tiene que desde 1948, cuando se firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la educación es un derecho humano fundamental, inherente a todos los seres humanos y por ello debe protegerse y garantizarse por todos los Estados y gobiernos del mundo. Y es que la educación ha venido siendo considerada desde esta época como el vehículo para superar la exclusión y la inequidad social.

Más allá de ello, actualmente la educación - entendida como la alfabetización total -, es uno de los objetivos del milenio y una de las metas al 2021, que busca que todas las personas del mundo tengan acceso a la educación y que dicho acceso sea garantizado por el Estado, pues es un compromiso adquirido a través de los convenios y tratados internacionales que se han suscrito.

De manera puntual, el acceso a la educación de los grupos étnicos, ha sido consagrado por instrumentos internacionales dictados por la

ONU, en pro de que las minorías no solamente sean incluidas en la sociedad a la que pertenecen, sino que, como quiera que se encuentran en condición de vulnerabilidad y en muchos casos en peligro de extinción, se brinde un modelo educativo sustentado en la etno-educación.

Así las cosas, se tiene que los antecedentes de la educación de los grupos étnicos se remontan a mediados del siglo pasado, cuando se empezó a reconocer e nivel mundial las diferencias que existen entre los pueblos. Es decir que han transcurrido 60 años desde que se consagró la educación como derecho humano y, desde allí bajo los principios de igualdad, a los grupos étnicos como beneficiarios de los derechos que la ley otorga en todas las naciones del mundo.

En Colombia, si bien la normatividad es de avanzada, la realidad es incipiente, pues no existe por parte del Estado una garantía real de acceso a la educación de los grupos étnicos que habitan en el país, por tanto si bien existen estudios al respecto, estos no han planteado soluciones efectivas y reales a los problemas que aquejan a estos grupos humanos; cuando las soluciones se plantean no se ejecutan, el Estado no ha garantizado el cumplimiento de las leyes que se promulgan a favor de las minorías étnicas.

### **Políticas internaciones de reconocimiento educativo diferencial**

La educación diferenciada y el reconocimiento de la educación multicultural e intercultural son tendencias que han sido desarrolladas en diferentes países, como resultado de la integración social y cultural de sus habitantes, así como de los procesos migratorios que aumentan cada día más. Dichas tendencias vienen aumentando y siendo aceptadas desde mediados del siglo XX, en diferentes países dentro de los cuales se destacan Estados Unidos, México, Brasil, la ex unión Soviética, Bolivia, África y China. En América Latina, en general, la tendencia se viene desarrollando desde finales de 1980.

Véase de manera puntual Estados Unidos, en primer lugar por los aborígenes -que aunque minoritarios aún tienen poblaciones en el territorio-, pero principalmente por la inmigración que se dio hacia este país desde principios del siglo XX y cuyo mayor auge se presentó luego de la segunda guerra mundial, lo cual provocó que la

población de los Estados Unidos no tenga entre sí un origen común, como tampoco costumbres y tradiciones similares.

En tal sentido, y como respuesta al fenómeno observado, a mediados de los años cincuenta, los antropólogos culturales y etnógrafos se han involucrado en el estudio y el desarrollo curricular de programas educativos en escuelas públicas a fin de reducir el choque de culturas, pues ya se observaba un aula multicultural (Clark, 1963), es allí donde surge el modelo de Koppelman (1979) el cual plantea la evaluación de los programas de educación bicultural desde la conceptualización antropológica, toda vez que se considera al conocimiento antropológico como la base de la educación intercultural.

Siguiendo con las tendencias desarrolladas en los Estados Unidos, para la década de los 80's, la investigación en educación con tendencias antropológicas y etnográficas se centraron en reducir el choque de culturas, así como en mejorar el acoplamiento de las relaciones entre el hogar y la escuela evitando el choque de culturas, proponiendo el "aula multicultural" como alternativa de solución a las diferencias encontradas entre la educación, las costumbres del hogar y la educación ofrecida en la escuela; así mismo se plantea la evaluación de la educación bajo la óptica antropológica.

No debe perderse de vista el hecho génesis del plurilingüismo y del pluri-culturalismo, que no es otro que los procesos de colonización, descolonización, inmigración, anexión o escisión de Estados, en los que se ve involucrado el movimiento de personas en el territorio mundial, así como los de costumbres y culturas, dando lugar al nacimiento de una nueva cultura. Dichos procesos suponen una nueva unidad, o una nueva cultura o culturas, que dio origen a estos nuevos Estados, generando un desconocimiento de la diversidad socio cultural, resultado de los movimientos humanos ya mencionados.

La intención homogeneizadora de los Estados ha cedido de manera progresiva, aún cuando no se han logrado los resultados esperados, hay avances, pues se han aceptado las diferencias y el pluralismo. Por ejemplo en Europa, Alemania y España se han reconocido derechos a la utilización de lenguas autóctonas tratándose de asuntos globales o específicos, permitiendo el

reconocimiento y brindando el carácter oficial de muchas de las lenguas de los habitantes de estos países, en virtud de la pluralidad y la diversidad.

En ese sentido, las políticas bilingües se han establecido como consecuencia de dos principios: el de territorialidad y el de personalidad; el primero se ha fundamentado en países como Suiza y Bélgica, permitiendo el uso de la lengua de forma exclusiva en ciertas zonas o regiones, lo cual supone una exclusión de la educación bilingüe, pues en dichos territorios la educación se imparte en la lengua del lugar. Frente al segundo principio, se permiten derechos lingüísticos al individuo en todo el territorio, y por ende se respeta la tradición y la cultura del individuo propendiendo una educación bilingüe, un claro ejemplo de la aplicación de dichos principios se puede observar en Holanda, Malta, Canadá y Finlandia.

España es fiel reflejo del uso mixto de los dos sistemas, pues de un lado aplica el principio de personalidad en las regiones autonómicas, ya que el español es oficial al igual que las lenguas regionales; es decir, el español se mantiene como oficial en todo el país, sin perjuicio de las lenguas autóctonas y de la educación bilingüe.

### **Políticas educativas y culturales latinoamericanas**

Las políticas educativas y culturales en América Latina son cortas frente a la diversidad socio cultural existente, así como a las necesidades educativas presentes. Como consecuencia de lo anterior, en la mayoría de los casos el español es la lengua oficial y la educación que se brinda no tiene enfoques de multi e interculturalidad. No se puede dejar de lado el cambio en las políticas educativas de los países latinoamericanos a finales de la década de los 80, las cuales se ven plasmadas en los textos de las Constituciones Políticas promulgadas, dichos enunciados no han sido suficientes para atender las necesidades reales de las poblaciones que han pretendido beneficiar.

Por ejemplo, las lenguas autóctonas son reconocidas como oficiales en El Salvador, igual suerte en Ecuador, que tiene el Quichua y demás lenguas aborígenes, lo cual reconoce como parte integrante de la cultura nacional a las lenguas de los indígenas aborígenes.

Justamente, la tendencia de consagrar las lenguas autóctonas como oficiales en las Constituciones Políticas promulgadas en diferentes estados latinoamericanos responde al reconocimiento de la diversidad cultural de los Estados, conformados por indígenas, descendientes de los colonizadores, mestizos, y afro descendientes, como también producto de migraciones de otros países diferentes a los colonizadores originales de los territorios amerindios.

El primer país latinoamericano en entrar en la tendencia del reconocimiento de la identidad cultural, respeto por las tradiciones ancestrales y culturales de los pueblos autóctonos en su consagración normativa fue Guatemala en 1985, cuando se estima la garantía del “derecho a la cultura” y a la “identidad cultural” (implícitamente se reconocen las lenguas autóctonas), y se refiere concretamente a que “en las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena la enseñanza deberá impartirse preferentemente en forma bilingüe”.

Seguidamente Nicaragua, en 1987, reconoce la diferenciación lingüística de las comunidades autóctonas, como también la educación intercultural bilingüe cuando en el texto de la Carta Magna señala que “las lenguas de las comunidades de la Costa Atlántica también tendrán uso oficial en los casos que establece la ley”. En tal sentido, si bien es un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, se sujeta dicha disposición a la ley, como se prevé en la normatividad española, según se describió antes. Resaltase en este punto cómo Nicaragua proclamó en su Constitución “El pueblo nicaragüense es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana”. Debido a ello ese año se aprobó el Estatuto de las comunidades de la Costa Atlántica.

Por su parte Brasil, en 1988 - artículo 231 de su Constitución Política-, reconoció la autonomía socio cultural de los pueblos indígenas. Dicho reconocimiento abarcó temas de índole territorial, político, social y económico, pero en nada tocó la relación educativa y la educación intercultural, por lo que se hizo necesario promulgar leyes que desarrollaran el objeto de dicha normatividad, de forma puntual la ley de cuotas educativas promulgada por el Estado brasileiro en agosto de 2012, dio un paso adelante en la promoción y garantía de la educación de las minorías étnicas,

específicamente a favor de las comunidades o personas pertenecientes a la raza negra o afro brasileros, mestizos e indígenas, pues se garantizó que el 50% de las plazas educativas en las universidades federales se otorgaran a representantes de estas comunidades; no sin antes destacar que dicho logro es el resultado de un modelo económico que apuesta por la educación como vehículo para superar la pobreza y la brecha de desigualdad, aunque en la práctica no tiene una aplicabilidad comprobada, toda vez que no se promovió por el acceso a la educación básica y media, pues si bien esta es gratuita la calidad de la misma no garantiza el ingreso a la educación superior, por su alto nivel de exigencia. Además de lo anterior se está tratando a la comunidad negra como una minoría, olvidando que Brasil es el primer país con población negra o afro descendiente y que dicha población suma un alto porcentaje de la población total, lo cual hace que no sea una minoría como sí lo son los pueblos indígenas que se encuentran asentados mayoritariamente en el norte, en la amazonia brasilera, pero que son invisibles a la normatividad en educación, pues no hay verdaderos programas educativos diferenciados.

Colombia, en 1991, siguió con la tendencia latinoamericana al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, admitiendo los pueblos y las lenguas, promoviendo la educación intercultural bilingüe, no obstante ello los resultados han sido pobres.

En 1992, Paraguay equiparó oficialmente al guaraní con el español como lenguas oficiales, pues la primera era considerada antes como lengua nacional, pero no de uso oficial. Puntualmente frente a la enseñanza, señala su Constitución en el artículo 77 que “en el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el Guaraní, se podrá elegir uno de los idiomas oficiales”. En ese mismo año, El Salvador aboga por la no existencia de discriminación alguna por las personas indígenas del territorio de la república, como consecuencia de los Acuerdos de Paz firmados.

Ya para 1993, el Perú en su Carta Magna consagró: “también es oficial en las zonas donde predomine el quechua y el aimara y demás lenguas aborígenes según la ley”, equiparando el español al de las lenguas aborígenes en donde sean lengua predominante. Por su parte, Argentina (en reforma constitucional de 1994),

en el artículo 75 de su Carta Magna consagró “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, con todos los derechos que ello conlleva, dentro de los cuales se encuentra implícitamente reconocido el derecho a la educación intercultural bilingüe.

El caso que más llama la atención es el de Bolivia, que si bien fue de los últimos en reconocer la diversidad étnica y cultural del Estado, es el país que más avances ha tenido a favor de la educación multicultural y pluriétnica de los pueblos autóctonos. En tal sentido, de manera prevalente, se reconoce a la república como: “soberana multiétnica y pluricultural...” y posteriormente promulga el reconocimiento de “los derechos sociales económicos y culturales de los pueblos indígenas”.

La experiencia de Bolivia en la educación diferenciada y educación de los pueblos indígenas bajo principios de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural ha sido la más exitosa en cuanto a cobertura y calidad, pues ha buscado promover las tradiciones ancestrales y culturales sin perjuicio de la educación tradicional y viceversa.

### **Antecedentes investigativos de la Educación Diferencial**

Dentro del vasto universo de investigaciones de educación diferencial cabe resaltar en este documento diferentes investigaciones que, por su íntima relación con el tema que se toca, así como su importancia, diversidad de conceptos y planteamientos, permiten tener una amplia perspectiva de la educación de los grupos étnicos en Colombia y el mundo. Se relaciona en primer lugar la investigación adelantada por Elena Macías Otón, que denominó “El Derecho a la Educación en China”, que realizó para la Convocatoria de ayudas para la realización de actividades con instituciones de educación superior en Asia del curso académico 2006-2007, del Vicerrectorado de Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia. En este documento se aborda el tema de la educación en China haciendo un recorrido histórico, explicando los periodos más importantes de la educación, destacando cuatro periodos a saber: el Arcaico (2.300 a. J.C.-500 a. J.C.), el Imperial (500 a. J.C.-1911 d.J.C.), el Republicano (desde 1911 hasta 1949) y el Comunista (1949 hasta nuestros días). Destaca el carácter público de la educación, así como la

preocupación del Estado por brindar la educación a los ciudadanos. Inmediatamente refiere el sistema educativo propuesto por Confucio, pues este fue de carácter privado y con orientación a la formación de mandarines.

Se destaca en el estudio el poco o nulo contacto con las tradiciones occidentales de la educación China, pues ello se dio solo hasta el siglo XVII, a través de los jesuitas, quienes fueron expulsados, regresando desde 1900; durante el periodo republicano (1903 a 1940) se promovieron grandes reformas a la educación revolucionando el sistema educativo en China, que a su vez buscaba la liberación del país.

Desde el inicio del periodo comunista (1949) la educación sirve para promover los preceptos de dicha ideología, se fortaleció el sistema educativo brindando mayor cobertura, ampliando la jornada académica, así como el número de años de estudio, se formaron docentes, concibiendo de ese modo a la educación como el motor de cambio. En 1976 se dio inicio a proyectos educativos que buscaban la eliminación del analfabetismo, así como la generación de empleo, buscando acabar con la tasa de paro, que para ese momento era bastante alta, creando políticas exteriores que generaran cambios al interior del sistema educativo.

A partir de 1990 la educación en China se ha enfocado en el aspecto científico, con el fin de convertirse en productores de ciencia y tecnología, por ello el gobierno chino en 1999 planteó en la reforma a la educación que ésta es el mecanismo para mejorar las condiciones y la calidad de vida de los chinos.

En China la educación ha sido considerada como un derecho fundamental previsto en la Constitución, la cual ha tenido amplio desarrollo normativo para satisfacer las necesidades de la población china en lo referente a la educación. El proyecto educativo chino abarca a la población desde los 6 años, edad en la que es obligatorio asistir a la escuela, hasta la educación superior, por lo tanto se han creado un sinnúmero de escuelas de educación secundaria y superior, universidades y centros de investigación, que buscan el mejoramiento de tecnologías, así como la competitividad a nivel mundial, lo cual busca un mejoramiento en la calidad de vida de los chinos.

Se menciona además que dentro del sistema educativo chino existe un capítulo especial para las minorías étnicas que habitan el territorio chino, existen 55 grupos minoritarios reconocidos, los cuales son un 9% de la población total (calculada en aproximadamente 1.300 millones), dichas minorías se encuentran asentadas en cinco provincias. La educación ha sido diseñada para servir al desarrollo económico y social de las minorías étnicas chinas. Los niños que pertenecen a las minorías reciben la educación en chino y en la lengua propia de la minoría, siendo esta su lengua materna. Las provincias y el ministerio de educación se encargan de vigilar la edición de los materiales y manuales educativos en las diferentes lenguas y para las diferentes minorías de tal modo que se convierte en una política estatal atender la educación de las minorías étnicas.

Otro antecedente investigativo de la educación diferencial que es tenido en cuenta y que por su pertinencia con el tema objeto de este documento, se menciona es la tesis "Políticas educativas de los gobiernos posrevolucionarios en la educación indígena mexicana" de Juan Gaspar Gutiérrez, quien investiga cuáles son las políticas educativas para indígenas en el Estado de México a partir de la revolución. El autor inicia su estudio señalando como marco de referencia temporal la revolución mexicana de 1917, indicando que a partir de la Constitución de ese año se dio reconocimiento a los pueblos indígenas, en el sentido de aceptar la existencia de estos dentro de la nación mexicana, propendiendo por su derecho a la educación, pero indicando que se debían educar al estilo occidental, para que fueran parte de la sociedad, ya que se consideraba que este sistema educativo era el adecuado para la construcción de la nacionalidad mexicana, es decir, un sistema educativo igual para todos que no reconocía las diferencias socio culturales de los diferentes pueblos que habitaban el espacio geográfico de México.

De otro lado explica que el resultado de la evolución de la noción de Estado y de Nación se ven perfeccionados en la Constitución de 1917, en la cual se constituyó como república representativa y federal; asimismo se determinó que los estados de México eran libres y soberanos, para finalmente propender por la igualdad de derechos de los ciudadanos mexicanos.



Como quiera que se ha hecho una referencia a Nación y Estado desde el punto de vista político heredado de Grecia, el autor hace una explicación de la nación para los pueblos indígenas, pues a la llegada de los conquistadores españoles los indígenas que habitaban el territorio, se encontraban organizados social y políticamente, tenían su sistema de gobierno y una cosmovisión de nación en la que los Mayas se auto consideraban hombres- maíz; esto en virtud de la historia colectiva de ambos, siendo el uno para el otro el principio y el fin.

La Nación indígena preserva la naturaleza, especialmente el agua, como fuente de vida y es por ello que el imperio Maya se construyó sobre un sistema lacustre del cual se servía pero que a la vez cuidaba; de igual forma el alimento que provee la tierra, así como estaciones y los demás fenómenos naturales centraban la Nación indígena, en tanto que, para la civilización que llegaba a colonizar el entorno natural no tenía importancia conservarla, sino que existían intereses de explotación de los recursos naturales para traducirlos en dinero.

El estudio hace dichas diferenciaciones entre los ideales occidentales y los indígenas para indicar que la educación impartida para unos y otros debe ser diferenciada, debe atender las necesidades de cada uno de acuerdo con su cosmovisión y tradiciones ancestrales y culturales; de ahí que siendo un Estado multicultural se deben respetar las diferencias, pues existe un convenio tácito de convivencia entre unos y otros, de tal suerte que sea necesario que el Estado reconozca los pueblos anteriores a su existencia, y puedan convalidarse jurídicamente, por ser este el sistema político imperante.

El documento llama la atención de manera especial sobre la obligación del Estado de contemplar las diferencias de los pueblos, de modo tal que las lenguas, tradiciones y costumbres, así como la educación, generen mecanismos de comunicación cultural entre los miembros de una cultura, y de esta con otras culturas. Considera también que la educación indígena impartida en el Estado mexicano no ha tenido esa orientación, sino que más bien se ha encaminado a manipular e influenciar a los indígenas para que se integren a la cultura dominante.

También menciona el autor que si bien la educación de los pueblos indígenas es una política pública del Estado, ésta no satisface las necesidades de los mismos pueblos, pues no existe una educación bilingüe que permita la conservación de las tradiciones ancestrales. La capacitación y el acercamiento de la cultura indígena al mundo occidental, y viceversa, lo único que ha pretendido es “educar” a los indígenas porque se les considera seres semisalvajes que requieren de la educación para hacer parte de la sociedad, sin tener en cuenta que cada pueblo tiene sus tradiciones y costumbres, situación ésta que no implica separarlos de la sociedad a la que pertenecen.

El autor precisa que la educación brindada en México para los pueblos indígenas no es de calidad, tampoco se encuentra ajustada a las necesidades de los pueblos, ni cuenta con cobertura total; amén de haber sido instrumento corruptor del pensamiento indígena, para separarlo de su cultura.

Finalmente, resalta que la educación debe ser intercultural y bilingüe, bajo el entendido de que es el motor que impulsa la pluralidad lingüística y la multiculturalidad de la nación, teniendo un sentido de complementariedad, por ser México un estado de composición pluricultural y plurilingüe.

Luego del amplio análisis que se hace en esta tesis se llega a concluir que el Estado mexicano a partir de la revolución de 1917 reconoce como parte de la nación a los pueblos indígenas que habitan en el territorio mexicano, no obstante, el Estado mexicano no les brinda participación y reconocimiento social, como tampoco valida su aporte cultural, pues lo que pretende es occidentalizar a los pueblos indígenas; el sistema educativo diseñado por el Estado para los pueblos indígenas no ha dado los resultados esperados, pues no se ha alfabetizado a los mismos, ni se han preservado sus tradiciones, costumbres ancestrales, sobre todo la lengua materna; lo que se ha pretendido es la imposición de la educación sin tener en cuenta las diferencias de los pueblos. No existen políticas públicas diseñadas para la educación de los pueblos indígenas en México, que brinden materiales didácticos apropiados, como tampoco docentes capacitados, igualmente falta cobertura en las regiones en donde habitan los pueblos indígenas, quienes no tienen acceso a educación de calidad. Existe para el autor una

negación tácita de las culturas indígenas que habitan en México, puesto que lo pretendido, por parte del sistema educativo gubernamental, es la occidentalización de los mismos, sin brindarles reconocimiento, ni una diferenciación por su cosmovisión; finalmente el autor llama la atención sobre la necesidad de inserción de los pueblos indígenas en la sociedad mexicana, sin desarraigo de sus costumbres y tradiciones, y sí con una aceptación de su legado cultural como parte de la nación mexicana.

El autor propone que el Estado ofrezca una educación intercultural bilingüe, diferente a la instrumentada por el Estado mexicano, donde los contenidos retomen aspectos culturales, técnicos y científicos de las culturas occidental e indígena, formulando como idea central que los pueblos indígenas sean los principales constructores de su propio proyecto educativo.

Otra investigación relacionada con el tema fue realizada en Colombia por parte de Ebelina Pancho y Claudia Navas, con el apoyo de Libardo Herreño y Mauricio Caviedes, en el artículo “La paradoja de la educación indígena”, elaborado para el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), Mesa de pueblos indígenas y DESC. Allí plantean que la educación fue un principio fundante y un objetivo que se planteó en 1971, cuando se creó el CRIC, pues se consideró que con ello se apostaba por la supervivencia de la cultura indígena, en razón a que desde la Ley 89 de 1890 se pretendía civilizar a los indígenas según la educación occidental, sin miramientos de la cultura de los pueblos. Luego de varios intentos por acercar el sistema educativo a la comunidad NASA (Páez) ubicada en el municipio resguardo Jambaló, se encontró que la educación impartida por el Estado no preservaba las tradiciones ancestrales de la comunidad, como tampoco fomentaba la cultura propia en los educandos, ya que lo que se ofrecía era una educación que buscaba la inserción laboral de los indígenas para poder tratarlos como los demás ciudadanos sin tener en cuenta sus diferencias.

Es por ello que se planteó el concepto de “educación propia”, el cual busca que personas de la misma comunidad sean capacitadas como docentes para que brinden educación bilingüe a los menores, es decir en la lengua materna y en el español, también que estos educadores sean conocedores de las costumbres y tradiciones

de los pueblos de tal modo que la educación que se ofrezca busque no solamente brindar el conocimiento necesario para desarrollarse en la sociedad, sino que, también, el educando conozca sus tradiciones y las conserve a través de su participación al interior de la comunidad a la que pertenece.

Ahora bien, es importante resaltar para los autores que la educación no debe buscar la preparación para la vida laboral, sino que debe buscar la reinversión de conocimientos en la comunidad, a través de programas educativos que permitan al indígena aprovechar sus conocimientos ancestrales; pues se logró establecer a través del estudio de caso que: “mientras más se intente llevar el conocimiento indígena a la escuela, más conscientes son los indígenas de que está es una institución no indígena y está construida y concebida para un conocimiento no indígena”.

En el mismo sentido comentan los autores que la experiencia en Jambaló ha sido exitosa en muchos aspectos, aunque aún encuentra obstáculos y resistencias para lograr el objetivo final que es educación de calidad, con cobertura total y respeto por las tradiciones de los indígenas de la comunidad; también se encuentra que esta experiencia no es una fuente de información que permita generalizar el caso de todas las comunidades indígenas que habitan en Colombia, pues en la mayoría de los casos la situación en la que se encuentran en cuanto al acceso a la educación y a un sistema de educación propia es bastante precario e incipiente.

Nótese que según la experiencia del caso estudiado se puede determinar que la legislación vigente, la cual reconoce como derecho la educación con contenidos definidos por los pueblos indígenas, no tiene un efecto en la realidad de los pueblos, por razones de índole política, infraestructura y trámites administrativos, que no han permitido que dicho derecho se desarrolle en debida forma al interior de las comunidades indígenas.

En tal sentido se encuentra que existen unas obligaciones puntuales a cargo del Estado, en cuanto a la educación como derecho de índole positivo, que requieren una serie de actos para lograr su garantía; como accesibilidad, asequibilidad, adaptabilidad, y aceptabilidad,

teniendo en cuenta a la comunidad destinataria del sistema educativo.

En el caso estudiado los autores hacen una descripción de la ubicación geográfica e histórica de la comunidad que habita Jambaló, ubicado en el norte del departamento del Cauca, municipio que es a su vez resguardo indígena en la totalidad de su territorio, contando para el año de 2003 con 14.094 habitantes, de los cuales 13.118 (93.87%) pertenecen a la etnia Nasa (Paez) y 555 (3.95%) son indígenas de la etnia Guambiana. También es habitada por mestizos y afro descendientes que constituyen un poco más del 2% de la población. Menciona, además, que el municipio cuenta con 32 escuelas rurales mixtas, además de otras instituciones educativas que ofrecen los ciclos educativos y tres centros de capacitación para adultos.

Para el año de 1996 los pueblos indígenas lograron que el gobierno reconociera los proyectos educativos comunitarios que permiten la participación de toda la comunidad, en inclusive de los cabildos, al momento de determinar los contenidos curriculares de la escuela primaria y bachillerato.

De manera puntual Jambaló implementó el proyecto educativo comunitario, teniendo resultados que indican que el proyecto ha tenido éxito, en los niveles de cobertura y calidad, lo cual significa que las obligaciones de accesibilidad, asequibilidad, adaptabilidad, y aceptabilidad, fueron satisfechas, ya que más del 90% de la población en edad escolar de la región está siendo cubierta por el sistema educativo. A pesar de que la experiencia estudiada es considerada como exitosa existen varios aspectos que se deben mejorar, el que más preocupa es el de infraestructura educativa, docentes capacitados para atender las necesidades educativas de la comunidad indígena y la dificultad de accesibilidad por cuenta el conflicto armado en los territorios ancestrales habitados por los indígenas.

Finalmente de manera particular el estudio se refiere a la aceptabilidad analizando de un lado la lectura que de ella hace el CRIC y, de otro, al estudio de caso que se ha expuesto; para el primer punto de análisis se indica que la aceptabilidad es entendida por el CRIC en relación con el derecho a la autonomía de los

pueblos indígenas y la capacidad que tienen de decidir el tipo de educación que quieren recibir, resaltando que la legislación existente en tal sentido es contradictoria, pues la Constitución de 1991 garantiza la educación propia de los pueblos indígenas, la ley 715 impone que las escuelas indígenas cumplan con la estructura administrativa impuesta por el Estado.

En el estudio de caso se encuentra que de acuerdo con la experiencia de Jambaló el proyecto educativo comunitario aplicado en la comunidad no tiene una consideración especial en las pruebas del Saber y del ICFES, pues estos exámenes se encuentran diseñados para la educación tradicional que ofrece el Ministerio de Educación pero se aplica a todos por igual sin tener en cuenta la educación diferenciada que tienen las comunidades indígenas, lo cual se ve representado en resultados deficientes según estas pruebas, lo que impide una verdadera valoración y cuantificación de la aceptabilidad del sistema educativo.

El Centro de Derechos Humanos Robert F. Kennedy, en el año 2009, publicó un informe para la audiencia temática ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup>, denominado "Derecho a la Educación de los Afro-descendientes y Pueblos Indígenas en las Américas: Caminando hacia la dignidad e igualdad para todos y todas", en donde se hace una descripción y análisis de la educación de los grupos *étnicos* en Latinoamérica, centrando el estudio en Colombia, Guatemala y República Dominicana, en virtud a que son países con un alto componente étnico de Pueblos indígenas y afro descendientes.

Al profundizar en el estudio de la situación educativa de los grupos étnicos en Colombia, el informe destaca el incumplimiento reiterado y sistemático por parte del estado frente a las obligaciones que, como Estado, le han sido deferidas por convenios y tratados internacionales ratificados.

<sup>1</sup> Informe elaborado por Varma, Monika Kalra, Gonçalves Margerin, Marselha, Katz Ellenberg, Fernanda, Sital Kalantry, Jocelyn Getgen, Arrigg Koh, Steven, Deena Hurwitz, Olayemi Abayomi, Axford, Heather, Bertini, Lauren, Boysen, Janet, Davis, Sarah, Flatley, Kate, Flood, Kristin, Freeman, Rebecca, Jessie, Jennifer, Plante, David, Stapleton, Caitlin y Walters, Gabriel.

El informe, análisis y diagnóstico se efectuó verificando el cumplimiento por parte del Estado de: El Protocolo de San Salvador, la Convención de Belem Do Pará, la Convención Americana, Carta de la O.E.A., el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, bajo los criterios de evaluación de las 4 "A" indicados por el informe de la Relatora de la ONU en educación Katarina Tomasevsky, llamado Marco 4 A del derecho a la Educación; los criterios a saber son: (i) disponibilidad, (ii) accesibilidad, (iii) aceptabilidad, (iv) adaptabilidad.

El estudio hizo uso de otra herramienta que ha sido denominada las 5 A, que adiciona a los criterios anteriores el de la responsabilidad, determinando de este modo las obligaciones del Estado frente al derecho a la educación, en este caso puntual de los grupos étnicos.

Bajo estos criterios de evaluación y análisis el informe muestra que el Estado colombiano viola lo normado en los artículos 3, 13, 16 del Protocolo de San Salvador; artículos 1, 19 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 4 y 6 de la Convención de Belem Do Pará, pues, no solamente no se está garantizando el acceso a la educación, sino que no se han dispuesto medidas para brindar la educación gratuita para los menores de edad, tal y como se ha dispuesto en la normatividad mencionada entre otros aspectos.

De otro lado, señala el documento, que no se cumplen los preceptos consignados en los artículos 19 y 26 de la Convención Americana, 13 del Protocolo de San Salvador y el 8 de la Convención de Belem Do Pará, pues si bien es cierto se han adoptado algunas medidas en el acceso a la educación de los grupos étnicos, estas no son suficientes y no muestran avances significativos.

Esto llama la profundamente la atención de los autores del estudio, pues en Colombia los grupos étnicos no solamente son un alto porcentaje de la población total, sino que los índices de analfabetismo se encuentran por encima de la media del país, en el caso de los afro descendientes que son aproximadamente el 25% de la población de Colombia la tasa de analfabetismo es del 31.3%, los índices de pobreza y desplazamiento superan todas las medidas, siendo la población con el mayor número de necesidades básicas

insatisfechas en el país; la situación de los indígenas no es del todo mejor, pues de un lado son el 2% de la población pero sus índices de analfabetismo están alrededor de 33.4%, y el sistema educativo no atiende sus necesidades de lengua y tradiciones ancestrales culturales.

Los motivos o razones que se observan para los resultados antes mencionados se centran en que no hay disponibilidad en los lugares en donde se encuentran los representantes de los grupos étnicos, quienes, como ya se dijo, se encuentran en su mayoría en situación de pobreza extrema, razón por la cual no pueden acceder a la educación pues no cuentan con los recursos económicos para sostener un hijo en la escuela, así mismo, ligado a lo anterior, debe destacarse la accesibilidad, puesto que no hay condiciones de acceso al sistema educativo que por *sí mismo* es excluyente ya que no está dispuesto para llegar a las zonas en donde se encuentran los territorios de las comunidades étnicas.

Igualmente se encuentra que el sistema educativo en Colombia no cuenta con condiciones de adaptabilidad a las necesidades de los pueblos, es decir, que no es adaptable a las particularidades de las comunidades; hecho este que se aúna a los vacíos legales, la falta de desarrollo de la normatividad consagrada en favor del derecho a la educación de los grupos étnicos, así como la ausencia de instrumentos reales y efectivos que permitan garantizar el acceso a la educación, se destaca la acción de tutela recordando que aquella surte efectos inter-partes y que se estudian casos particulares y concretos, lo cual hace que aun cuando existe una amplia gama de pronunciamientos de la Corte Constitucional no redunden en una mejoras a las condiciones educativas de las comunidades.

Dentro del marco legal que debe atender el Estado colombiano como miembro de la Organización de Estados Americanos, este no se ha cumplido ya que a pesar de haber suscrito y ratificado los siguientes instrumentos de orden internacional: Convención Americana, seguida del Protocolo de San Salvador, la Convención de Belem Do Pará, la Carta de la O.E.A., la Declaración Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, Convención sobre los Derechos del

Niño, Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, UNESCO- Convención Relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas y el Convenio 169 de la OIT.

### CONCLUSIONES

Luego de haber presentado, a través de un diagnóstico, los avances en educación de los grupos étnicos en Colombia y en el mundo, puede observarse que no es una tendencia únicamente local, sino que por el contrario ésta ha desbordado las fronteras para convertirse en el interés de los países de América, Europa y Asia, puede concluirse en primer término, que es de interés global el acceso a la educación de los grupos étnicos que habitan en cada uno de los Estados.

Ello se indica a partir de los diferentes estudios que se han realizado a nivel local e internacional, que arrojan como resultado, un creciente interés en lograr el acceso a la educación de los grupos étnicos, bajo postulados de igualdad, preservación de las tradiciones ancestrales culturales, respeto por la identidad étnica y cultural de los destinatarios de las políticas educativas.

Se destaca, de otro lado, la inclusión en la normatividad latinoamericana a través del articulado constitucional el reconocimiento de las culturas autóctonas originarias; hecho este que marca un antes y después en el acceso a la educación de los grupos étnicos, ya que implica que el sistema educativo debe propender o por una educación tradicional o también llamada occidental, si no por un sistema educativo incluyente, educación étnica, en muchos casos bilingüe.

Lo anterior significa un avance normativo que, si bien no se ha traducido en su totalidad a la ejecución de dichos postulados, implica la disposición para lograr el acceso de los grupos étnicos a la educación, si bien no se ha materializado en forma real y efectiva.

De otro lado puede concluirse que aunque los resultados son incompletos, los avances están dirigidos todos a un mismo objetivo, el cual es la materialización de la educación como derecho humano, cumpliendo con los convenios y tratados internacionales que se han suscrito por los diferentes Estados a nivel mundial, en donde se propende por una educación diferencial para los grupos étnicos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albó, Javier. (1995). Bolivia plurilingüe. Guía para planificadores y educadores. II volúmenes. La paz, Bolivia: UNICEFCIPCA.
- Albó, Javier. (Mayo de 1995). Educar para una Bolivia Plurilingüe. Cuarto Intermedio n. 36.
- Arregui, Joseba I. Cuarto Mundo; La acción exterior de los pueblos indígenas como instrumento de cambio y reconocimiento internacional 1992-2007
- Banach-Calbó, E. (1997). La nueva educación indígena en Iberoamérica. Revista Iberoamericana de educación. Numero 13.
- Barnach-Calbó, E. (2006). Tendencias en educación bilingüe y multicultural en América Latina.
- Barnach-Calbo, E. (2010). La nueva educación indígena en Iberoamérica. Revista iberoamericana de educación. No. 13, 13-15.
- Bolívar Burbano, J. P. (1994). Docencia Bilingüe Intercultural, Una especialización para nuestros días. Quito: Abya Yala.
- Burgos Guzmán, Filipo Ernesto. (2003). Las Minorías étnicas en la constitución colombiana. Revista Derecho y Estado No 15. Bogotá Colombia
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2005). La visibilización estadística de los grupos étnicos colombianos.
- García Castaño, F. (1992). Educación multicultural y antropología de la educación. En F. García Castaño, Educación Intercultural: La Europa Sin Fronteras. Feroso. Barcelona.
- García Castaño, F. y. (1992). Educación multicultural y antropología de la educación. En F. y. García Castaño, Educación intercultural: La Europa sin fronteras. Barcelona: p. Feroso.
- Gigante, E. (9-11 de Octubre de 1995). Las políticas de los ministerios de educación para los pueblos indígenas en América Latina, Ponencia. Reunión de consulta sobre políticas gubernamentales para los pueblos indígenas. Querétaro, Méjico: OEI.
- Gutiérrez, Juan Gaspar. (2009). Políticas educativas de los gobiernos posrevolucionarios en la educación indígena mexicana. Universidad Autónoma Metropolitana de México.
- Instituto Brasileiro de Geografía e estadística (IBGE), 2010, Síntesis de indicadores sociales. Brasilia Brasil, Instituto Brasileiro de geografia y estadística.
- Jenkins, O. B. (2004). aamobilization.org/resources/QueEsGrupoEtnico.doc. Recuperado el 19 de 07 de 2011, de <http://orvillejenkins.com>
- Macías Otón, Elena, (2007). El Derecho a la Educación en China. Murcia España, ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia N° 25. 2007.
- Mead, M. (1967). Educación y cultura. Buenos Aires: Paidós.
- Melgesini, G. Y. (2000). Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad. En G. Y. Melgesini, Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad (págs. 1-125). Madrid, España: Los Libros de la Catarata.
- Merkx, A. (1993). La cuestión bilingüística intercultural en la agenda educativa de América Latina. Revista Latinoamericana de Educación y política No. 6, 12-17.
- Pancho, Ebelina y Navas, Claudia, (2007). La paradoja de la educación indígena. Consejo regional indígena del Cauca (CRIC), mesa de pueblos indígenas y DESC
- Stavenhagen, Rodolfo, (2009). Los pueblos indígenas y sus derechos. UNESCO

- Tomasevski, Katarina. Indicadores del derecho a la educación. Revista IHDH, (págs.341-388) volumen 40.
  - Varma, Monika Kalra, Gonçalves Margerin, Marselha, Katz Ellenberg, Fernanda, Sital Kalantry, Jocelyn Getgen, Arrigg Koh, Steven, Deena Hurwitz, Olayemi Abayomi, Axford, Heather, Bertini, Lauren, Boysen, Janet, Davis, Sarah, Flatley, Kate, Flood, Kristin, Freeman, Rebecca, Jessie, Jennifer, Plante, David, Stapleton, Caitlin y Walters, Gabriel.(2009). Derecho a la Educación de los Afro-descendientes y Pueblos Indígenas en las Américas: Caminando hacia la dignidad e igualdad para todos y todas. Virginia, Estados Unidos, Centro de Derechos Humanos Robert F. Kennedy.
- Sitios Web Consultados**
- <http://190.25.231.237:81/gruposEtnicos/index.phtml>
  - <http://elcentro.uniandes.edu.co/cr/antropologia/eguzman/jurisdiccion/jurisdiccion.htm>
  - <http://www.afrocolombianidad.info/educacion-afrocolombiana/la-educacion-en-las-comunidades-afrocolombianas.html>
  - Normatividad
  - Constitución Política de Argentina. (1994). Buenos Aires.
  - Constitución Política de Bolivia. (1994). La Paz.
  - Constitución política de Brasil. (1988). Brasilia.
  - Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá.
  - Constitución Política de El Salvador. (1992). San Salvador.
  - Constitución Política de Guatemala. (1985). Ciudad de Guatemala.
  - Constitución Política de Nicaragua. (1987). Managua.
  - Constitución Política de Perú. (1993). Lima
  - Convenio 169 de la OIT
  - Ley 115 de 1994. Ley General De Educación. Bogotá.





## COLABORADORES INTERNOS ■

### ■ UN DIÁLOGO EN TORNO A LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL RESURGIR DEL PLURALISMO JURÍDICO

*Over Humberto Serrano Suárez*



## UN DIÁLOGO EN TORNO A LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL RESURGIR DEL PLURALISMO JURÍDICO\*

## A DIALOGUE ABOUT LEGAL POSITIVISM CRISIS AND THE RESURGENCE OF LEGAL PLURALISM

## UM DIÁLOGO SOBRE A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO E O RESSURGIMENTO DO PLURALISMO JURÍDICO

**Over Humberto Serrano Suárez<sup>a</sup>**  
overserrano@gmail.com

Fecha de recepción: 15 de Febrero 2015  
Fecha de revisión: 20 de Febrero 2015  
Fecha de aceptación: 15 de Marzo 2015

### RESUMEN

La tensión entre el positivismo jurídico y el pluralismo jurídico permite en el presente trabajo establecer un diálogo en torno a la “crisis del positivismo jurídico y el resurgir del pluralismo jurídico”, en otras palabras, no todos han prestado atención al desarrollo de carácter jurídico, cultural y político, por mencionar algunos aspectos, respecto a las coincidencias y tensiones que se presentan entre el positivismo jurídico y el pluralismo jurídico, lo que implica iniciarse en el tema para lograr expresar una postura con sentido científico y argumentativo.

Para ello se requiere de un gran bagaje de teoría de derecho y filosofía de derecho, lo que hace necesario acompañar un número de trabajos que permiten un acercamiento al tema, en el caso particular,

\* Artículo de reflexión.

a. Abogado Universidad Libre, maestría derecho penal y criminología Universidad Libre, maestría estudios político Universidad Javeriana, docente investigador universidades Colegio Mayor de Cundinamarca y Universidad Gran Colombia, catedrático Universidad Libre. Ponente nacional e internacional, autor de varios libros referidos a derecho penal y derechos humanos, además artículos en varias revistas universitarias.

abrir un puerta de interacción con quienes conocen más de cerca y profundidad la temática.

Se recurre a varios autores para hacer un ejercicio comparativo académico tangencial al mismo. Pero ante todo visibilizar autores colombianos que aportan hacia el fortalecimiento del pluralismo jurídico.

### **PALABRAS CLAVES**

Positivismo jurídico, pluralismo jurídico, teoría de derecho, filosofía de derecho, autores colombianos, trabajo analítico, deductivo o inductivo, teórico crítico.

### **ABSTRACT**

The tension between legal positivism and legal pluralism in this paper allows a dialogue about the “crisis of legal positivism and the resurgence of legal pluralism”. In other words, not everyone has been paying attention to the development of legal, cultural and politic matters, to mention some aspects regarding to the coincidences and tensions that take place between legal positivism and legal pluralism which implies to initiate in the topic and get to express a stance with scientific and argumentative sense.

To achieve this a great background of theory of law and philosophy of law, which is necessary to accompany a number of works that grant an approach to the subject, in this particular case, it opens a door to interact with those who know the topic more closely and deeply.

Hence we use several authors for a comparative academic exercise tangential to it. But, above all, we make visible Colombian authors that contribute to the strengthening of legal pluralism.

### **KEYWORDS**

Legal positivism, legal pluralism, theory of law, philosophy of law, Colombian authors, analytical, deductive or inductive work, critical theorist.

### **RESUMO**

A tensão entre o positivismo jurídico e o pluralismo jurídico, neste estudo, permite estabelecer um diálogo sobre a “crise do

positivismo jurídico ao ressurgir do pluralismo jurídico”, em outras palavras, nem todos têm dado atenção ao desenvolvimento de menção legal, cultural e político alguns aspectos relativos as semelhanças e as tensões que surgem entre o positivismo jurídico e o pluralismo jurídico, o que implica introdução ao tema para expressar uma posição com sentido científico e argumentativo.

Isto implica numa rica bagagem da teoria do Direito e da filosofia do Direito, tornando-se necessário acompanhar um número de trabalhos que viabilizem uma abordagem sobre o tema; como no caso particular, abrir uma porta de interação com aqueles que conhecem mais de perto e com profundidade a temática.

Por isso, vamos recorrer a vários autores para fazer um tangencial comparativo académico do tema, mas, acima de tudo, apresentaremos os autores colombianos que abordam o fortalecimento do pluralismo jurídico.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Positivismo jurídico, pluralismo jurídico, teoria do direito, filosofia do direito, autores colombianos, trabalho analítico, dedutivo ou indutivo, teórico crítico.

### **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo se circunscribe a realizar un ejercicio de comentario y reseña sobre apartes de trabajos referidos tanto al positivismo como al pluralismo jurídico, que en forma descriptiva permita a los neófitos tener una posibilidad de ingresar al marco de la discusión planteada con una serie de bases que permitan entender y plantear puntos de vista respecto al positivismo y el pluralismo jurídico. Esto con el fin de conducir a los lectores a elaborar un trabajo analítico, deductivo o inductivo, teórico crítico, con fundamento en lo plasmado en el presente estudio. En síntesis, constituye un estado del arte que motiva a ir en búsqueda de un trabajo que lo complemente, con un número importante de fuentes bibliográficas.

### **PROBLEMA**

No todos han prestado atención al desarrollo de carácter jurídico, cultural y político, por

mencionar algunos aspectos, respecto a las coincidencias y tensiones que se presentan entre el positivismo jurídico y el pluralismo jurídico, lo que implica un esfuerzo intelectual analítico. También iniciarse en el tema, para no sucumbir en la especulación sin lograr expresar con sentido científico, y argumentativo, una postura, es decir: El problema, que se deja en clave de inquietud, tiende a ser resuelto, con notas descriptivas de quienes han trasegado el camino de *crisis del positivismo jurídico y el resurgir del pluralismo jurídico*.

## METODOLOGÍA

Se opta por la consulta de doctrina de orden socio jurídico e histórico, tanto autores colombianos como de tratadistas internacionales, construyendo una línea de pensamiento entre crisis y resurgimiento en la tensión planteada entre positivismo jurídico y pluralismo jurídico. Metodología cercana al análisis cualitativo.

## RESULTADOS Y CONTENIDO

### VOCES RESPECTO AL POSITIVISMO JURÍDICO ACIERTOS Y DESACIERTOS

*Diego Eduardo López Medina*<sup>1</sup> refiere al *positivismo jurídico* y la facilidad en que se puede particularizar, atendiendo al origen de las normas legales, o disertar de un tema común. A modo de cita *“la defensa de los derechos humanos”* - pero desde un “punto de vista” local-, bien sea explicando por qué su “realidad” o su “cultura” enclavan modificaciones significativas a la comprensión estandarizada y transnacional del tema.

Además de lo anterior López Medina afirma:

(...) la mutación que se hizo de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen no obedece a características sociológicas de la población colombiana o de la profesión jurídica, sino el dominio teórico previo que concentró, desde la

expedición de los códigos nacionales, el positivismo jurídico francés del siglo XIX<sup>2</sup>.

Al referirse a las obras de KELSEN y HART, López Medina percibe una ocupación del espacio común del positivismo jurídico que, en últimas, es enfrentada en la jurisprudencia local mucho más allá de las diferencias de detalle. Ello para decir que, de conformidad a los usos que se hacen de tales teorías en la jurisprudencia regional, HART y KELSEN se perciben como tótems teóricos de un serio conflicto jurídico, no menos que las diferencias internas de matices fácilmente aceptables dentro del campo positivista.

Observa que el neoclasicismo llegó a ser hegemónico porque su estrategia, bien coordinada, conllevó a que se orientara directamente a las prácticas del profesional del derecho poco interesado en los detalles de la teoría legal (clasicismo), no obstante, al mismo tiempo, brindaba una versión muy sofisticada y completa de los principales artículos de fe del positivismo jurídico (kelsenianismo).

Advierte el autor López Medina que

La cultura jurídica colombiana y sus jueces retienen dentro de su ejercicio profesional gran parte de la concepción clásica del derecho. El derecho codificado y legislado, por lo tanto, sigue siendo el ideal de legalidad propio del clasicismo. Desde la facultad de derecho se forman las bases de una teoría implícita construida con pedazos de clasicismo prekelseniano y adosada con elementos de positivismo kelseniano<sup>3</sup>.

Entre tanto *Antonio Carlos Wolkmer*<sup>4</sup>, indica, siguiendo sus palabras, que la propuesta normativista de Kelsen, visto como el máximo exponente del formalismo jurídico contemporáneo en Occidente, concuerda con un período mediado de dos grandes guerras caracterizado por depresión económica, crisis y la renovación del capitalismo, así como las implementaciones tecnocráticas y el crecimiento

<sup>2</sup> *Ibidem* páginas 19, 35, 135, 449.

<sup>3</sup> DIEGO EDUARDO LOPEZ MEDINA, *Op. cit.* p.10 ss.

<sup>4</sup> ANTONIO CARLOS WOLKMER *“Pluralismo Jurídico Fundamentos de una nueva cultura del Derecho”* editorial MAD 2006, España, página 65.

<sup>1</sup> DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA *“Teoría impura del derecho -La transformación de la cultura jurídica latinoamericana”* Legis, tercera edición 2005, página 10.

organizado de las fuerzas productivas bajo el intervencionismo estatal<sup>5</sup>.

De otra parte ANTONIO CARLOS WOLKMER frente a la propuesta de un nuevo pluralismo jurídico (designado *comunitario –participativo*) configurado a través de un espacio público abierto y compartido democráticamente, privilegia la participación directa de agentes sociales en la regulación de las instituciones claves de la sociedad, lo que brinda la posibilidad que el proceso histórico se encamine por voluntad y bajo el control de las bases comunitarias. Es reiterativo, en esa tendencia, la propensión de ver el Derecho como fenómeno resultante de relaciones sociales y valoraciones deseadas, así como comprobar cómo se instaure otra legalidad a partir de la multiplicidad de fuentes normativas sin ser precisamente estatales. Destaca una legitimidad basada en las “justas” exigencias fundamentales de sujetos, y, finalmente, aborda la institución de la sociedad como una estructura descentralizada, pluralista y participativa<sup>6</sup> que permite pensar que el autor llega al pluralismo jurídico. Es importante revisar, a partir de su mirada, cómo se alcanza una participación directa de agentes sociales en la regulación de las instituciones en un contexto simultáneo de tiempo y espacio.

Señala dos estrategias esenciales dirigidas a la producción legal emergente, ante la necesidad de diseñar los medios de superación del paradigma jurídico materializado en el Estado y de establecer el proyecto de un ordenamiento descentralizado y espontáneo, que nazca de la propia sociedad, fundado en la pluralidad de necesidades básicas y en el consenso de las diferencias. Dichas destrezas son: (i) Prácticas o mecanismos legales institucionales, de producción alternativa, existentes dentro del Derecho positivo oficial del Estado. (ii) Prácticas o mecanismos legales no institucionales de producción alternativa, fuera de la órbita del Derecho estatal positivo<sup>7</sup>.

A la cultura legal – estatal se le contraponen un modelo de pluralismo concebido a partir de los siguientes elementos: otro modo de entender la racionalidad; otra manera de comprender la ética a través del flujo político y jurídico de nuevos

5 *Ibidem* páginas 65 y 66.

6 *Ibidem* página 81.

7 *Ibidem* página 250 y 251.

sujetos – los colectivos; por las nuevas necesidades – y de unos derechos construidos por el proceso histórico; y, finalmente, por la reordenación de la sociedad civil – el cambio normativo del centro hacia la periferia, del Estado hacia la sociedad, de la ley hacia los acuerdos, arreglos y negociaciones -. Se trata de la dinámica interactiva de un espacio público abierto, democrático y compartido<sup>8</sup>.

WOLKMER explica, respecto a la ideología del positivismo jurídico, revelarse a través de un riguroso formalismo normativista, que cambia en un genuino producto de la sociedad burguesa sólidamente edificada. Dicho formalismo, señala, cubre los orígenes sociales y económicos de la estructura de poder, lo que permite armonizar las relaciones entre capital y trabajo eternizando, mediante las reglas de control, el “statu quo” dominante<sup>9</sup>.

Considera no pretensioso subrayar que la moderna juridicidad resultante del iluminismo político, que pretende formar un derecho justo e igualitario:

(...) tuvo como exigencia la universalidad de la dignidad y de los derechos humanos, la solidaridad, la división de los poderes, la participación democrática y la liberación del hombre. Entre tanto, el iluminismo técnico científico, que hizo posible el dominio de la naturaleza, fracasó por no haber logrado la realización del hombre y el pleno dominio de sus instituciones sociales, estatales, morales y jurídicas.

(...) el iluminismo técnico –científico se desarrolló como forma instrumental racionalizada orientada hacia la alienación, represión y deshumanización, el saber jurídico, incrustado en la lógica de postulados empíricos, no fue capaz de realizar la emancipación y la liberación del hombre<sup>10</sup>.

En su entender, la estructura normativista del moderno Derecho positivo estatal es ineficaz y no responde al universo complejo y dinámico de las actuales sociedades de masas, que transitan por nuevas formas de producción

8 *Ibidem* página 308.

9 ANTONIO CARLOS WOLKMER “Pluralismo jurídico, movimiento sociales y prácticas alternativas”, <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr007/elotrdr007-02.pdf>, *El otro Derecho*, número 7 de 1991, Ilsa Bogotá, página 31, consultado 11 de noviembre de 2014.

10 *Ibidem* página 32.

del capital, profundas contradicciones sociales, inestabilidades continuadas que muestran crisis de legitimidad, producción y aplicación de la justicia<sup>11</sup>. Visto de otra manera, percibe configurarse en el espacio de un pluralismo legal la existencia de amplios grupos sociales institucionalizados, capaces de elaborar y aplicar sus propias disposiciones normativas, señalando: las corporaciones de clase, asociaciones profesionales, consejos de fábrica, sindicatos, cooperativas, agremiaciones deportivas y religiosas, fundaciones educativas y culturales, entre otras. A su vez establece que cada uno de esos grupos, libremente organizados, exhiben un Derecho “interno”, “institucional”, “informal” y/o “espontáneo”, paralelo e independiente del Estado; códigos oficiales, legislaciones elaboradas por las élites dominantes y por jueces en los tribunales estatales<sup>12</sup>.

Por otra parte, BONILLA considera que el positivismo se encaminó en procura de una justificación racional del sistema jurídico, implementando criterios de identificación distantes de las demás ciencias sociales, con ausencia de fundamentos de contenido moral. Percibe que el paradigma escrutaba describir el funcionamiento del sistema jurídico en lo descriptivo, desconociendo formas de valoración ajena al propio sistema. Lo que explica por qué los positivistas intentan hallar la estructura misma del sistema jurídico mediante un proceso de racionalización. Tal situación implica el problema de la validez, extraño a referencias de contenidos materiales unilaterales determinados, concibiendo la dicotomía entre las categorías del deber ser y el ser<sup>13</sup>.

BONILLA, siguiendo a CARLOS MASSINI, establece que la principal crítica al paradigma en estudio, y posible causal de su crisis, está dada. Consiste en que el referente teórico no se puede adaptar a cualquier justificación que facilite amparar los intereses políticos del momento, lo que implica un único y específico contenido valorativo idealista ante el hecho de que el ordenamiento jurídico exista con independencia

de la forma de control del poder político, vigente a su parecer<sup>14</sup>.

El paradigma crítico se caracteriza porque él no busca estudiar la validez del sistema jurídico: es a través de diversos autores que trata de encontrar respuesta a la pregunta sobre el porqué el derecho. Para tratar de resolver esta inquietud vemos que se presentan diversos puntos de vista como la negación del derecho, la existencia de un infra derecho; que dentro de una misma sociedad se presenten diferentes formas jurídicas, o que el derecho necesite siempre una forma de argumentación para poder solucionar los casos de acuerdo a la ley<sup>15</sup>.

Conforme a lo dicho, BONILLA encuentra que el paradigma crítico se caracteriza por la búsqueda de fórmulas que pretenden el cambio del funcionamiento actual del Derecho, negando que deban existir conceptos de validez, a través de conceptos jurídicos básicos: los sujetos jurídicos que interactúan, problemas políticos, de interpretación o descripción general del Derecho, bien del sistema jurídico o los derechos alternativos<sup>16</sup>.

CARRILLO, al escribir sobre “el problema de la obediencia y la validez del derecho”<sup>17</sup>, subraya que es un aspecto central de la teoría positivista cómo fundamentar la obediencia del Derecho en algo distinto de la fuerza bruta, encontrando esto posible sólo si se puede distinguir el Derecho del poder. Para ello sostiene que con el iusnaturalismo la obediencia y la validez del derecho se aseguran por referencia a ciertos valores superiores (razón) o supra históricos (Dios).

Se advierte, siguiendo a ORTEGA, que al desconectar el Derecho puesto (positivo) de la moral, el *positivismo jurídico* debe hallar fundamento de validez en un criterio distinto al derecho ideal (natural), un criterio fáctico (el poder) más que jurídico. Señala que el

11 *Ibídem* página 32.

12 *Ibídem* página 43.

13 JULIÁN DARÍO BONILLA MONTENEGRO “Los paradigmas en la teoría jurídica. Transformaciones acerca de la interpretación sobre lo que es el derecho”. *Revista Misión jurídica*, número 3 enero- diciembre de 2010, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, páginas 103 y 104.

14 *Ibídem* página 104.

15 *Ibídem* página 111.

16 *Ibídem* página 115.

17 CARRILLO DE LA ROSA, Yesid “La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico”, *revista Diálogos de Saberes*, Bogotá. Universidad Libre nro. 31, julio - diciembre de 2009.

positivismo formalista (exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos), resuelve el asunto apelando a la noción de soberanía de la ley, además de considerar que el derecho positivo no reflejaría el capricho y arbitrariedad del poder, sino una voluntad objetiva y justa<sup>18</sup> que se expresa en forma clara y completa en la ley, por tanto, en su criterio, lo mejor es someterse al dictado de la autoridad soberana. No obstante, revela críticas de las concepciones socialistas del Derecho como la ausencia de neutralidad e imparcialidad de la norma frente a intereses sociales, relaciones de poder y las objeciones de las corrientes sociológicas que marcan no sólo la inoperancia y la insuficiencia del derecho frente a la realidad social cambiante, sino la existencia de lagunas y contradicciones en el sistema de Derecho. Tal situación torna insostenible el positivismo formalista y da paso a un positivismo sociológico o anti formalista, que si bien, en criterio de CARRILLO, sigue sosteniendo que el derecho es la ley (forma) esta es portadora de un contenido (valores, fines, propósitos) que debe ser descubierto por quien aplica el derecho.

En tal orden de ideas, acompañado del discurso de ORTEGA, predica que sus consideraciones se enfocan en la búsqueda de un método jurídico racional que garantice la interpretación correcta de la ley, según la voluntad o intención del legislador. Sin embargo, advierte que dichas críticas anti formalistas conducen al surgimiento de tendencias escépticas, más cuando se insinúan revelaciones críticas de las concepciones socialistas del Derecho ante una posible confrontación de un orden de derecha, (Escuela libre del Derecho y el Realismo jurídico norteamericano), que desconocen el aspecto normativo del Derecho y, a otras, que priorizan el aspecto fáctico. Cita el caso de la primera jurisprudencia analítica (Bentham y Austin)<sup>19</sup> que identifica el Derecho con lo que ordena el soberano. Para Austin, comenta, existe una obligación si existe una norma y una norma si hay un mandato; el mandato es la expresión de un soberano que habitualmente es obedecido, y que respalda su querer con una sanción<sup>20</sup>, como

18 SEGURA ORTEGA, MANUEL. "La racionalidad jurídica". Madrid: editorial Tecnos, 1998, p 30.

19 Confrontar las cinco diferencias entre Bentham y Austin file:///C:/Users/investigaciones.dere/Downloads/Dialnet-CincoDiferenciasEntreBenthamYAustin-1985343.pdf, bajado 11 de marzo de 2015.

20 AUSTIN, Jonn, "la delimitación del ámbito de la teoría del

es el caso del asaltante que ordena a su víctima entregarle el bolso bajo la amenaza de causarle un mal<sup>21</sup>.

CARRILLO aclara que la norma fundamental kelseniana pretende superar esta dificultad apelando a un criterio jurídico. En otras palabras expresa que, para Kelsen, la validez de una norma no puede hallarse en un pacto o contrato social, ni en la mera constatación del hecho de que quien emitió la orden es un soberano, sino en otra norma. Ello es, en un deber ser. El propósito de la Teoría Pura del Derecho, afirma, es el de describir los sistemas jurídicos positivos<sup>22</sup>, independiente de toda consideración axiológica o fáctica; de allí su carácter universal y objetivista<sup>23</sup>. Esta ciencia normativa, en su entender, debe facilitar el paso de una multiplicidad de normas heterogéneas (Constitución, leyes, decretos, etc.), a un sistema jurídico coherente y unitario, según Kelsen. Concluye que la noción de sistema jurídico, por una parte, posibilita el conocimiento del Derecho como un todo unitario, completo y coherente (dimensión lógico - epistemológica) y por otra, le otorga validez a una norma en particular y define su naturaleza, y su estatuto ontológico<sup>24</sup>.

El autor explica que Kelsen distingue entre sistema nomo - estático y sistema nomo - dinámico, para decir que en el primero, en el que incluye al iusnaturalismo, la validez de la norma viene dada por el contenido de ésta, que puede subsumirse o deducirse de otras normas hasta llegar a la norma básica que fundamenta todo el sistema; por el contrario, en los sistemas normativos dinámicos, como el Derecho, las normas pueden tener el contenido moral que quieran pero valen si han sido autorizadas o promulgadas por el órgano competente conforme a su procedimiento prescrito por una norma superior y anterior<sup>25</sup>.

derecho". En: CASANOVAS, Pompeu y otros. *El ámbito de lo jurídico, lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, editorial Crítica, 1994, p 182.

21 HARTH. *el concepto de derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2004, p.8

22 KELSEN, H. "Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho". Novena edición, Traducción de Moisés Nilve, eudeba editorial universitaria de Buenos Aires, 1970, p 15.

23 KELSEN, H. "Teoría pura del derecho". Grupo editorial Éxodo, México D. F., 2006, pp21 y 108.

24 CARRILLO DE LA ROSA, Yesid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D C., 2008. pp 270 ss

25 CARRILLO DE LA ROSA, Yesid, *Temas y problemas de la*



Según CARRILLO, Kelsen considera, con arreglo a la clasificación anterior, que las fuentes del Derecho se encuentran jerárquicamente subordinadas en torno de una fuente suprema que atribuye directa o indirectamente carácter jurídico a todo el conjunto de normas y que él llama: la norma fundamental. Indica el autor que esta no sólo permite otorgarle validez a la primera norma jurídica del sistema (la Constitución), sino también interpreta la norma como objetivamente válida, independiente de las relaciones de fuerza explicables causalmente, pues ella no ha sido dictada por algún legislador humano o divino, es una hipótesis básica de la que deriva la validez de la Constitución y las demás normas<sup>26</sup>. Subraya que la norma fundamental tuvo muchas variaciones y muchas críticas<sup>27</sup>, especialmente el carácter no normativo de la norma fundamental, pues si fuese norma debería estar fundamentada a su vez en otra norma que estaría a su vez fundamentada en otra norma en un regreso infinito. Aprecia que, si únicamente esta norma tiene un carácter supra positivo, puede operar como punto de cierre del sistema jurídico. Por tanto considera, al no estar la norma fundamental apoyada en ninguna otra instancia, que se hallaría por fuera del sistema y no tendría ni el carácter de norma ni de jurídica<sup>28</sup>. Percibe, entonces, que la norma fundamental no es norma ni jurídica, no obstante, sin ella no operaría la traducción de los actos subjetivos del poder al Derecho, el paso de la mera causalidad (ser) a normatividad (deber ser), y por consiguiente, la transmutación de la fuerza descarnada a la racionalidad del derecho.

Asegura CARRILLO que Kelsen nunca pudo dar cuenta de la última norma fundamental que cierra y dota de unidad al sistema y da cuenta de la validez de las normas que la componen. Será la teoría de HART<sup>29</sup> la que resuelve este problema para la concepción del Derecho (sistema jurídico) según el positivismo jurídico. Para HART indica, es claro que la metáfora del asaltante y el asaltado

no permite comprender la idea de obligación, pues quien accede a las pretensiones del asaltante “se vio obligado” a ello, pero no puede decir que “tenía la obligación”; para que se pueda hablar de obligación es fundamental que se hable de reglas sociales, porque es en virtud de éstas que un comportamiento es asumido como modelo de conducta y hace que un caso particular quede cobijado por ella. Las reglas se caracterizan porque, a diferencia de los mandatos, pueden ser advertidas desde un observador que no las acepta (punto de vista externo) o por un miembro del grupo (participante) que las acepta y las usa como guía de conducta (punto de vista interno); los enunciados que realice el observador se denominan enunciados externos y los que realice el participante enunciados internos<sup>30</sup>.

Con fundamento en HART, CARRILLO refiere que no es posible hablar de sistema jurídico si sólo hay normas que imponen deberes y obligaciones (reglas primarias) teniendo como consecuencia:

Una sociedad primitiva en la que sólo existan reglas primarias adolecería de varios defectos: uno de ellos sería el de la falta de certeza respecto al Derecho valido.

Otro defecto sería el carácter estático de las reglas, debido a que no habría posibilidad de llevar a cabo un cambio deliberado de tales reglas.

La ineficacia de las normas (difusa presión social), pues en caso de violación de éstas no habría manera de resolver las disputas<sup>31</sup>.

La existencia de un sistema jurídico moderno presupone la presencia no sólo de reglas primarias, sino también de reglas secundarias. Las primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no ejecutar; las secundarias de las reglas primarias y cumplen respecto de ellas

filosofía del derecho. Ediciones Doctrina y ley, Bogotá D.C., 2008 SORIANO, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*, Ariel. Derecho, Barcelona, 2ª edición, 1993, p. 122, y MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y otro. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, editorial Ariel, S.A 1994, p 87 y KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, op, cit., PP. 109 -110.

26 KELSEN, H. “Teoría pura del derecho” op. Cit., p. 111-112 y ss.

27 CARRILLO DE LA ROSA, Yesid. *Op. cit*

28 BASTIDAS F, X, *Op, cit.* P 87

29 HARTH. *el concepto de derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2004

30 *Ibidem*.

31 Consultar CARRILLO DE LA ROSA YESID “La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico, revista Diálogos de Saberes, Bogotá. Universidad Libre nro. 31, julio - diciembre de 2009. Además, CARRILLO DE LA ROSA, Yesid, *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y ley, Bogotá D.C., 2008, HARTH. *el concepto de derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2004.

funciones básicas: de cambio, de adjudicación y de reconocimiento<sup>32</sup>.

Las *reglas de cambio* permiten la adaptación de las normas jurídicas a la realidad social, pues en ellas se indica el procedimiento que permite conocer cómo pueden eliminarse, derogarse o introducirse nuevas reglas primarias al sistema jurídico.

Las *reglas de adjudicación* permiten fundar de manera incuestionable un juicio que establezca cuándo una regla primaria ha sido violada, o no, y aplicar la sanción instituida<sup>33</sup>.

La *regla de reconocimiento*, que cumple el papel de norma fundamental, garantiza la unidad del sistema y criterio último de validez, a partir del cual podemos identificar y reconocer una norma como válida dentro del sistema jurídico<sup>34</sup>.

La regla de reconocimiento de Hart no es presupuesta como en Kelsen, sino que forma parte del ordenamiento jurídico, no es un presupuesto o una ficción, es un hecho que puede asumir las formas más diversas, entre ellas; la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a una práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas específicas; o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares. En los sistemas jurídicos modernos la regla de reconocimiento es más compleja porque no es sólo un hecho, también es una regla consuetudinaria que se expresa en una práctica convergente. Es un acto que puede advertirse desde un *punto de vista externo* y expresarse en *enunciados externos*, tal y como lo haría un observador que no se siente vinculado ni obligado por ella (ejemplo: “en Colombia el derecho dispone que...”) y, es derecho, porque desde un *punto de vista interno* es reconocida y aplicada en la práctica por los tribunales y los funcionarios que utilizan los criterios previstos en ella para identificar el derecho y apreciar críticamente las desviaciones propias y ajenas; estos tribunales al referirse a ella utilizan un lenguaje que se expresa con *enunciados internos*, tal y como sucede con quienes aceptan

la regla de reconocimiento ( Ejemplo: “El derecho dispone que...”) <sup>35</sup>.

En opinión de Boaventura de Sousa Santos, una concepción no reducida del derecho y de la idea de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, que coexisten en formas diferentes en las sociedades contemporáneas, compensa las precariedades analíticas de una estrategia política y cultural dirigida a revelar el pleno alcance de la regulación social que el derecho moderno hace posible y que en otro tiempo fue minimizado al Derecho estatal, así como el potencial emancipatorio del Derecho, una vez éste sea reconceptualizado.

Esto significa para Boaventura de Sousa Santos que, en abstracto, no existe nada progresista en la idea de la pluralidad jurídica. Lo mismo se aplica a los diferentes componentes estructurales del Derecho, exclusivamente a la retórica, ello para decir que el contenido progresista de la retórica se encuentra sujeta a la naturaleza de la audiencia retórica, de los tipos de topoi, distribución social de los argumentos razonables, relación entre persuasión y convicción, orden de los argumentos infiltrados por la burocracia y la violencia, entre otros. A ello suma la concepción de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, propuesta la cual se intenta contrarrestar el prejuicio romántico de gran parte del pensamiento jurídico pluralista, en tal seguimiento observa la reconstrucción teórica del campo jurídico para sortear la igualación de todos los ordenamientos jurídicos en una unidad geopolítica y privativamente, negando la centralidad del derecho estatal en las formaciones sociojurídicas modernas<sup>36</sup>.

Finalmente asevera BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, sin desconocer las inadecuaciones y obscuridades, que el pluralismo jurídico ha sido objeto de debates centrales de la sociología del derecho y de la antropología del derecho. Establece la existencia de cuatro condiciones metateóricas, en que un tema se convierte en un debate central: (i) ser el tema muy amplio e inherentemente flexible que permita incluir en él nuevas dimensiones a medida que se desarrolla el debate. Igualmente, (ii) el tema debe tener límites

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

35 YESID CARRILLO DE LA ROSA “La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico, revista Diálogos de Saberes, nro. 31, julio - diciembre de 2009, Bogotá. Universidad Libre, páginas 214- 217.

36 DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA “ La Globalización del Derecho” Ilsa, 2002.página 19 -37.

vagos, de forma tal que lo concerniente al debate no esté nunca muy claro. Sin embargo, (iii) saber lo que se debate es parte del debate en el campo de la sociología, un tema de tal naturaleza debe facilitar el vínculo macro - micro de articulación fácil entre el trabajo empírico y el desarrollo teórico. Por último, (iv) a través del tema debe ser posible abrir un debate entre discusiones centrales de otras disciplinas, siempre que la disciplina en cuestión consiga mantener su identidad en debates interdisciplinarios e incluso transdisciplinarios<sup>37</sup>

Respecto al positivismo, CORREAS indica que la ideología que tomó de Hume la convicción de que la certeza estaba ligada a la experiencia sensible, campea en los ámbitos universitarios. Ve en la verificación empírica ser una práctica recomendable, al menos en un mundo donde la eficacia es fundamental. Además cierto positivismo que se expresa sin importar los límites de verificación absoluta transformando la ciencia en un fetiche; en otras palabras, un ídolo creado por los hombres, se muda en algo insólito que oprime a su creador.

Observa CORREAS que los analíticos se deslumbran por la labor de los científicos duros, bajo la presunción que su cometido era convertir todo conocimiento, respecto del hombre, en discurso empírico pero verificable; cuestionando la producción no referenciada por la experiencia, dejada a la metafísica, a la sinrazón, a la calidad de pseudoproblema. Tendencia del avance contemporáneo de la Teoría del Derecho, pero bajo la guardia de terceros defensores de verificar en absoluto, la "pretérita" forma de hacer Filosofía. Calificando estos representantes del pasado analítico: "fetiches de la ciencia jurídica, de la dogmática y de la certeza"<sup>38</sup>.

Justifica el tema del verificacionismo absoluto ser la certeza y garantía de la objetividad. Capta una obsesión en cuidar las condiciones de verdad de los enunciados donde la garantía se encuentra en la verificación empírica, dando lugar a la claridad. Situación que considera empañarse cuando se trata del sentido. De allí que, para él, en los pensadores de dicha clase de analítica, la cuestión, respecto del discurso jurídico,

pretende aproximar el sentido a las cosas, es decir, garantizar que lo referido respecto del contenido de una norma sea tal, manifiestamente verdadero, como lo afirmado acerca de las pruebas que se realizan observando el comportamiento de los delfines.

En el fondo de lo dicho, para CORREAS existe un problema político importante. La idea de que del Derecho es factible expresar cosas irrefutables, la ciencia jurídica puede - y debe - arribar a la certeza acerca de su objeto, lo que conviene a quien tiene el poder - en otra mirada, señala, quien da el sentido, produce el discurso y tiene el poder de hacerlo -, le interesa que el sometido llegue a la convicción de la existencia de una ciencia que, irrefutablemente, indique con certeza qué debe y qué no debe hacerse. Esto, agrega, logra formar una pléyade de juristas quienes, coinciden por lo general con lo que el poder quiere, en otras palabras, quien lo consigue, tiene el poder<sup>39</sup>.

Asevera CORREAS<sup>40</sup> que quien no dispone del poder, tiene otra convicción. Sabe que lo que el poder quiere es lo que le conviene, su Derecho es el que le favorece, hay un grupo de individuos que se ocupan de hacer saber exactamente qué es lo que el poder quiere. En este acto hay una interpretación, no ser exactamente lo que el poder pretende, y saber que este conocimiento le es perjudicial; desconociéndolo como un conocimiento científico, ello bajo el supuesto de ser un conocimiento "imparcial", "objetivo". Agrega, respecto de lo dicho, que lo conveniente es refutar la científicidad del conocimiento del Derecho; con ello, así, disputa el poder o parte de él. Finalmente, predica, a veces es conveniente decir que el resultado de esa "ciencia" es incorrecto; que es "ideología", por tanto, se propone otra interpretación que hace difícil hablar de científicidad cuando estamos ante un fenómeno político.

Por otra parte, admite que cuando un sector dominado logra arrebatarse al poderoso un texto, que favorece al primero, conviene que no se "tergiverse" el texto, que se interprete siempre a favor de sus intereses. Y, en tal caso, le es favorable sustentar que el sentido es uno, y que la ciencia sí lo puede descubrir. Pero puede ser que los "científicos" empiecen a decir que el texto

<sup>37</sup>Ibidem.

<sup>38</sup> CORREA OSCAR, "Metodología Jurídica I Una introducción filosófica" Editorial: Fontamara (México), 2007.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Ibidem.

debe interpretarse en sentido diverso, dando la posibilidad que se aplique la ley en perjuicio del sector a quien favorece al principio.

Avizora CORREA, que la cuestión de si conviene o no sostener que hay una interpretación “correcta” de la ley, depende de cuál ley se trate y de cuál sea el sector social que requiere sostener una posición al respecto. Afirmando que, si pretendemos vivir en un mundo democrático, se debe sostener que la interpretación correcta de los textos será la que consiga mayor democracia: Si se procura ser parte de un mundo más igualitario, se requiere sostener que la interpretación correcta, será la que consiga un mayor bienestar para la mayoría de la población. Y si se logra convencer a los juristas de que ésa debe ser su posición, se tiene ganada gran parte de la batalla.

Concluye, afirmando, que “el positivismo jurídico de corte analítico, le ha apostado a la posibilidad de la interpretación científica correcta, mientras a la Hermenéutica le queda hablar de la interpretación conveniente conforme con ciertas pautas éticas”<sup>41</sup>.

Mauricio García Rojas y María Paula Saffon, en un pronunciamiento en el artículo “Un siglo de crítica Jurídica”<sup>42</sup>, suman la siguiente disertación:

Las normas jurídicas y quienes las crean pueden ser objeto tanto de veneración como de aborrecimiento, e incluso originar guerras o consensos perdurables. Las Visiones del derecho, sus teorías, explicaciones o justificaciones, reflejan este carácter ambivalente y controvertible de lo jurídico. De allí surgen dos miradas opuestas. Una pone el acento en el papel estabilizador, regulador y hasta racional de las normas. La otra, en cambio, ve en ellas un arma de dominación en manos de quienes detentan el poder político. Las primeras visiones son más frecuentes e influyentes; no sólo predominan en las facultades de derecho sino en el ámbito judicial y en la administración pública. Las segundas, las visiones críticas, suelen ser vistas como marginales y tienen una influencia limitada<sup>43</sup>.

41 CORREA OSCAR, “Metodología Jurídica I Una introducción filosófica” Editorial: Fontamara (México), 2007.

42 Mauricio García Rojas y María Paula Saffon “Un siglo de crítica comparada” Universidad Nacional de Colombia, 2011.

43 *Ibidem*.

Durante el último siglo, agregan a lo dicho, en la historia de Occidente existieron un par de momentos en que las visiones críticas alcanzaron una acogida relativamente importante, no menos en las facultades de derecho. El primero durante las tres décadas iniciales del siglo XX en Europa y Estados Unidos. La industrialización, la urbanización y el auge de la modernización detonando grandes tensiones sociales, lo que dejó en evidencia la incapacidad del Estado para afrontarlas. Como consecuencia se causaron las grandes revoluciones sociales de Rusia y México. Le adicionan el estallido de la primera guerra mundial, la crisis económica y la incertidumbre sobre el funcionamiento del sistema internacional y la paz mundial. Agregan también las visiones europeas que logran cierto eco en América Latina, en donde fueron utilizadas por académicos que, no basta decir, defendieron la función social de la propiedad en países como Brasil y Colombia<sup>44</sup>.

Quienes haya estudiado derecho en la tradición civilista, en América Latina o en Europa continental, no puede menos que sorprenderse con la cantidad de análisis interdisciplinarios que existen en Estados Unidos sobre la materia. A diferencia de lo que suele suceder en Francia o en Argentina, por ejemplo, allí las miradas no dogmáticas del derecho son algo natural y frecuente, incluso entre quienes se interesan por la técnica jurídica y por el razonamiento estrictamente jurídico. En Europa, en cambio, a pesar de una conspicua tradición sociojurídica y de importantes desarrollos durante las dos últimas décadas, las miradas sociales del derecho mantienen una posición relativamente marginal, tanto en los ámbitos jurídicos como en los sociológicos (Dezalay, 1989) En América Latina, excepción hecha de algunos casos aislados en Brasil y Colombia, los estudios que abordan temas jurídicos desde otras ciencias sociales no sólo son muy escasos sino que hacen parte de un limbo olvidado entre ellas y el derecho. Entre otros<sup>45</sup>.

### EL PLURALISMO JURÍDICO EN PERSPECTIVA DE AUTORES COLOMBIANOS.

Sin preámbulos se trasciben las conclusiones, como aporte a la teoría del pluralismo jurídico en el marco de la sociología jurídica o del derecho,

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem*.

sentadas por GONZALO CASTAÑO, OSCAR CORREA, ROGER COTTERREL, MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, JAIME GIRALDO ÁNGEL, VÍCTOR MANUEL MONCAYO, GERMÁN PALACIO, JULIO ROMERO SOTO, RAMÓN SORIANO en torno a la sociología.

La sociedad genera un impacto que crea derecho. Significa que históricamente el derecho es una consecuencia de la sociedad y como tal ha cambiado a lo largo de su existencia; Colombia no ha sido la excepción, los diferentes autores relatan los cambios que se han producido en los últimos tiempos que han favorecido la sociología del derecho como ciencia. El derecho define el comportamiento social. De igual forma como la sociedad ha creado derecho, el derecho ha moldeado la sociedad, imponiendo normas mayoritariamente provenientes del Estado; pero tales normas principalmente son prohibiciones, en tanto que las normas que a sociedad ha impuesto son de orden comportamental, que a su vez han generado cambios en los ordenamientos jurídicos existentes.

En Colombia la pluralidad social ha generado una pluralidad jurídica. Una sociedad multiétnica y plural ha causado un impacto jurídico positivo toda vez que gracias a ello convergen variables que han permitido una diversidad normativa que ampara de manera efectiva las diferencias de género o culturales que cohabitan.

La sociología del derecho estudia las causas y los efectos de las normas. Este estudio busca entender el rol de la sociedad en el derecho, cómo esta crea derecho, pero a su vez es su destinataria; también el rol del derecho en la sociedad como con sus normas generan efectos en la sociedad y cambios en la misma.

Sociedad y derecho cambian de manera incesante. Al ser el derecho causa y efecto de la sociedad, cambia, en algunos casos en la misma medida que esta, en otros de manera anacrónica, pero siempre cambia para estar a tono con la sociedad a la que pertenece; de igual forma la sociedad cambia y altera sus comportamientos con las normas que impone el derecho, en una simbiosis cíclica<sup>46</sup>.

46 NANCY SOLANO DE JINETE Y OVER HUMBERTO SERRANO SUÁREZ " Redescubriendo la sociología del Derecho bajo la óptica de autores colombianos" Revista Misión Jurídica, número 3 enero- diciembre de 2010, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca p 252 y 253.

Aduce WILLIAM JIMÉNEZ GIL en su trabajo "Entre reglas y principios"<sup>47</sup> que el analizar cada una de las características que se han predicado de los principios, se concluye obvio que tal tipo de normas refleja de manera mucho más cercana los presupuestos de la institucionalidad y de la vida social; en otras palabras, las reglas en clave de principios están mucho más cercanas del ideal de justicia que pretende el Derecho. Es decir, son unos instrumentos de solución de los conflictos sociales más dinámicos, si se quiere contemporáneos, frente a la vertiginosa y cambiante realidad que se afronta. Considera un imperativo revalorizar la aplicación de normas por vía de los principios, con la seriedad que demanda una tópica jurídica orientada a una hermenéutica principialista; pero, advierte, es fundamental y oportuno que se cambie el pensamiento conservador y anacrónico que reduce el Derecho a la ley y, para ello, entender que la noción de Derecho pasa por las realidades empíricas y se ubica mucho más cerca de una visión problematizante del Derecho que de una visión dogmática<sup>48</sup>.

Siguiendo a ROBERT ALEX Y, conforme a su obra "Teoría de los Derechos fundamentales"<sup>49</sup>, encontramos la siguiente tesis: El debate actual de la distinción entre reglas y principios, se cavila, es un problema exclusivo del Derecho constitucional, equidistante en la interpretación de los Derechos fundamentales, aseverando que la distinción constituye el marco de una *teoría normativo-material de los Derechos fundamentales*, resultando ser punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en la esfera de los Derechos fundamentales. Sin embargo, advierte, que el nacimiento del estudio del origen de la distinción entre reglas y principios, se observa en el Derecho privado y estará mucho más cercana al enfrentamiento entre el Derecho natural y el Derecho positivo<sup>50</sup>.

47 WILLIAM JIMÉNEZ GIL "Entre reglas y principios" Revista Misión Jurídica, número 1 enero- diciembre de 2008, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca" página 45.

48 *Ibidem*.

49 ROBERT ALEX Y "Teoría de los derechos fundamentales" Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

50 *Ibidem* página 19.

“Para Dworkin, en el Derecho, además de las reglas, aparecen otro tipo de normas, que si bien están orientadas a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, operan de forma diferente. Su origen “no se basa en un decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo” en su obra (los derechos en serio)<sup>51</sup>. En el Derecho no solo hay normas, sino también algo lógicamente distinto, “los principios”. Descubrir que un “principio” es un principio jurídico no es un ejercicio que se agote en la constatación sociológica o histórica acerca de los comportamientos observados en una determinada sociedad por parte de sus operadores jurídicos, sino que supone el desarrollo de una argumentación justificadora. En este sentido, los principios operan en el campo de la justificación o argumentación y no en el campo del descubrimiento o descripción del Derecho vigente”<sup>52</sup>.

En tal orden, establece que “Los *“principios”* entendidos en términos de Dworkin son estándares que requieren ser observados no en razón de favorecer o aseguran una situación económica, política o social que se piensa deseable, sino resultan ser una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Ello para implicar que la “directriz”, o “directriz política”, es un tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, bien sea una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”<sup>53</sup>.

Por su parte Martínez señala que, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, surge una verdadera explosión jurídica que irradia a amplios sectores de la sociedad, sin embargo no resultaría de gran importancia si el alcance de esta explosión no captara cada día la atención de las organizaciones sociales, el pensamiento crítico y, en cierta medida, conduciendo el devenir de la historia reciente <sup>54</sup>.

---

51 RONALD DWORKIN “Los derechos en serio” Ariel, 1984.

52 WILLIAM JIMÉNEZ GIL, *Op cit.* página 30.

53 *Ibidem*, página 31.

54 JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ “Estado, Derecho y Justicia en Colombia: Aportes para un análisis desde la sociología jurídica crítica” en “De crisis en crisis: limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia” Universidad Autónoma de Colombia, año 2012, página 14.

(...) no sólo se ha producido un proceso de pérdida de sistematización de los ordenamientos jurídicos y una crisis del Estado de derecho positivo sino que, además, se están gestando nuevos y más complejos conflictos, hoy asociados sobre todo con el medio ambiente y los derechos que reclaman, de un lado, las potentes industrias extractivas y, de otro lado, las poblaciones y actores sociales que sufren las consecuencias de la explotación ambiental<sup>55</sup>.

Comenta MARTÍNEZ que, constantemente, se ha sentenciado que el orden jurídico resulta ser el que más tardíamente reacciona a los cambios de la sociedad. No obstante en la actualidad es factible indicar que, a pesar de la tendencia todavía dominante del viejo Derecho, vive un proceso relativamente acelerado de edificación de un orden jurídico más afín a las realidades productivas y sociales, e incluso más punitivo en relación con el control social y la producción de la vida que reclama la sociedad contemporánea. Tal situación, no vacila constituir un verdadero campo de tensión y de contradicciones que muestra la crisis por la que atraviesa el Derecho en el presente<sup>56</sup>.

En la misma obra afirma que el modelo del positivismo jurídico, vigente casi todo el siglo XX, se derrumba en forma vertiginosa dada la instauración del capitalismo globalizado. Observa que los fenómenos asociados con la aparición de las nuevas tecnologías, desterritorialización de la producción, pérdida de la soberanía del Estado nación, difusión de múltiples fuentes de producción del derecho, etc., invitan a pensar en la imposibilidad de que en términos de ordenamiento legal presente se arraiguen en un nuevo derecho desde la perspectiva positivista y Kelseniana.

La sociología jurídica viene cobrando cada vez más fuerza en los medios políticos y académicos, en parte debido a lo que, a nuestro juicio, está asociado con el agotamiento del modelo jurídico positivista dominante durante casi todo el siglo XX. Dicho agotamiento se alimenta de las recurrentes crisis de legitimidad de los sistemas jurídicos positivistas, del devenir estrictamente formalista del mismo, de los excesos de la casuística y su impacto en la descodificación y la sistematización que pretendieron las codificaciones, entre otros,

---

55 *Ibidem* páginas 14 y 15.

56 MARTINEZ, *Op cit.*, p 36 y 51.

entre otros asuntos. Podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que aunque los ordenamientos jurídicos positivistas cumplieron el importante papel de dotar a la sociedad de criterios de racionalidad esenciales a la regulación social y, particularmente, fueron valiosos en el campo de la juridización de las relaciones sociales durante el siglo XX, las dinámicas y realidades de la sociedad red, propia del mundo de la globalización y de las llamadas sociedades complejas o de la sociedad del conocimiento, reclaman incesantemente el desarrollo de un nuevo paradigma que enfrente los dilemas que se vienen produciendo por la crisis sistémica contemporánea<sup>57</sup>.

Asegura MARTÍNEZ que el nombre de “pluralismo jurídico” goza de una connotación en forma definitiva normativa, en razón de que cualquier cosa que sea invocada con ese nombre, entiéndase buena por ser pluralista o, en su defecto, mejor que lo que sea opuesto como no pluralista. Esta connotación puede ser una fuente de error y, por tanto, debe ser evitada. En su opinión, no hay nada inherentemente bueno, progresista o emancipatorio acerca del “pluralismo jurídico”. De facto, existen patrones de pluralismo jurídico que resultan bastantes reaccionarios. Por esta razón, prefiere hablar de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, en lugar de pluralismos jurídico, cuando aspira reafirmar el tema asociado tradicionalmente con la última expresión<sup>58</sup>.

Predica atendiendo a EHRlich, BOBBIO y DEL VECCHIO<sup>59</sup> que la inadecuación del “pluralismo jurídico” puede ser escudriñada desde sus orígenes como concepto científico, para decir que surgió durante el cambio del siglo pasado al presente en la filosofía jurídica antipositivista, como renuencia contra la reducción del Derecho al derecho estatal, implementada por el movimiento codificador y desarrollado por el positivismo jurídico<sup>60</sup>, dejando claro, que es una reacción contra el centralismo o el exclusivismo estatal, instituida bajo el argumento que el derecho estatal

estaba, en realidad, distante de ser exclusivo y en ciertos momentos, no era central en la ordenación normativa de la vida social.

Igualmente indica MARTÍNEZ que, al mirar la vida sociojurídica en las sociedades europeas de la época del movimiento codificador, se detecta que la reducción del Derecho al derecho estatal era el resultado de un credo político donde la realidad empírica se aliaba con los “pluralistas jurídicos”. Advierte que con la consolidación y la expansión del Estado constitucional liberal, y con la conversión de las hipótesis jurídicas positivistas en tesis hegemónicas (de sentido común) sobre el derecho, el centralismo o exclusivismo jurídico estatal se eclipsó como tal y pasó a ser el derecho *tout court*. Ello implicó para los pluralistas jurídicos llevar la carga de la prueba al definir el Derecho como algo diferente al derecho estatal. Además, observa MARTÍNEZ<sup>61</sup>, cuando el positivismo jurídico sumó cierta sustancia analítica a su orientación política inicial, las tesis del pluralismo jurídico se percibieron mezcladas en un debate político sobre la definición del derecho.

MARTÍNEZ<sup>62</sup>, siguiendo a NADER, HOOKER y otros, muestra que dicha mixtura de consideraciones analíticas y políticas, se ha desplegado en forma silenciosa, en no menos de los casos, cuando el pluralismo jurídico se tornó en un debate central en la sociología y la antropología del derecho, a partir de los años sesenta.<sup>63</sup> Debido al positivismo científico que dominó estas disciplinas, observa, concederle predominio absoluto a las tesis analíticas del pluralismo jurídico, entre tanto las tesis políticas fueron erradicadas. En un giro curioso, afirma, el positivismo científico enfrentó al pluralismo jurídico neutralizando las tesis políticas de éste, aduciendo tesis alternativas no obstante ser igualmente políticas, resultaba factible defender con sentido convincente, analítico, particularmente en un contexto político en el que

57 *Ibidem* página 51.

58 JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ “Estado, Derecho y Justicia en Colombia: Aportes para un análisis desde la sociología jurídica crítica” en “De crisis en crisis: limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia” Universidad Autónoma de Colombia, año 2012, página 14 y ss.

59 *Ibidem*.

60 Ehrlich, 1936; Bobbio, 1942; Del Vecchio, 1957; Carbonnier, 1979.

61 JOSÉ EDUARDO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ “Estado, Derecho y Justicia en Colombia: Aportes para un análisis desde la sociología jurídica crítica” en “De crisis en crisis: limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia” Universidad Autónoma de Colombia, año 2012, página 14 y ss.

62 *Ibidem*.

63 Véase, entre otros, Nader, 1969, Hooker, 1975, Moore, 1978, Galanter, 1981; Macaulay 1983; Fitzpatrick, 1983; Griffiths, 1986; Merry, 1988; Starr y Collier, 1989; Chiba, 1989; Benda - Beckmann, 1988, 1991; Tamanaha, 1993.

el positivismo jurídico se hallaba en situación de debilidad extrema, en otras palabras en el contexto de las sociedades coloniales y poscoloniales. Todo para decir que el hecho de que éste complejo entrelazamiento de las tesis analíticas y políticas fuera escasamente reconocido, ha oscurecido el debate hasta nuestros días<sup>64</sup>.

Carlos Arturo Hernández, da a conocer en el marco *Principios y Fundamentos de la Inviabilidad*<sup>65</sup> que los académicos de la antropología y de la sociología del derecho pretenden fraccionar el *pluralismo jurídico* en dos campos conceptuales o áreas temáticas de investigación: *Strong legal pluralism* o pluralismo jurídico fuerte o el pluralismo jurídico contemporáneo y el *Weak legal pluralism* o el pluralismo jurídico débil o el pluralismo jurídico clásico. Para comentar, respecto del último, que representa el “sistema pluralista – jurídico” que se desplegó en los espacios coloniales y/o postcoloniales, última idea que recibe mayor enfoque, visto en cierta forma como el que mayor efecto ha tenido en los países latinoamericanos, asiáticos y africanos. Es decir, los lugares donde se desarrollaron regímenes coloniales o transferencias de las prácticas jurídicas – normativas (*or legal transplant or legal transfer*) o algún tipo de imposición de sistemas jurídicos, distantes de la “realidad” social y de las necesidades particulares de los actores que forman tal espacio político<sup>66</sup>.

Considera que el *pluralismo jurídico fuerte* representa la etapa contemporánea de dicho fenómeno, que tiene que ver con las formas normativas manifestadas en los países desarrollados o primermundistas. El énfasis primordial de este término conceptual, en consideración de HERNÁNDEZ, son los códigos normativos diseñados por los grupos o campos sociales “semiautónomos” predicados por Moore, códigos que interactúan en el contexto del estado moderno – democrático – liberal y el derecho estatal monista, bien en el centralismo jurídico, sin dilapidar su aparente autonomía normativa<sup>67</sup>.

---

64 Véase Starr y Collier, 1989; Benda –Beckmann, 1991; Tamanaha, 1993.

65 CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ “Arquetipo de pluralismo jurídico – Análisis de sus visiones” revista *Verba Iuris* no 27 enero – junio de 2012. Universidad Libre.

66 *Ibidem*.

67 CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ “Arquetipo de pluralismo jurídico – Análisis de sus visiones” revista *Verba Iuris* no 27 enero – junio de 2012. Universidad Libre.

Trata CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ “*Sobre la imposibilidad*” y el pluralismo jurídico para referir a un grupo del sistemas jurídico que interactúa en un espacio político y social, denominado Estado. Para indicar que es posible en el plano de lo transnacional una especie de pluralismo jurídico, siendo ello más evidente en la interacción y el conflicto en el plano de lo nacional. Recalcando que las concepciones clásicas y contemporáneas del pluralismo jurídico epistemológicamente resultan obstruidos, atendiendo que en su lógica monódica (en términos de Gottfried Wilhelm Leibniz)<sup>68</sup> o en su constitución Luhmanniana la interacción internormativa o sistémica es un elemento al margen de la teoría. De otra lado explica que es viable encontrar distintos sistemas normativos en un mismo espacio jurídico – político, no obstante la interacción entre estos es mínima y ninguno de ellos ejerce hegemonía discursiva sobre los otros; son los individuos o los actores sociales los que acceden a estos sistemas normativos, siguiendo a Menkis.

Considera que la definición es problemática, bajo el supuesto que hacer posible el pluralismo jurídico requiere de una forma implícita o explícita, con una lógica de poder que, en cierta medida, garantice la interacción o que cavile la realidad a través de la legitimación de los sistemas jurídicos céntricos y alternativos. Todo en razón de que la lógica de la conflictividad social, en su sentir, requiere una lucha por el poder o por el control hegemónico del discurso legitimador. O bien, acudiendo al desgatado argumento foucaultiano, las relaciones político sociales exigen una lucha por el poder y las formas de normalización social y control. No obstante, advierte, que la teoría sistémica no contempla dicha instancia normativa y procura una total autonomía de los sistemas normativos, aspirando superar el centralismo jurídico<sup>69</sup>.

## CONCLUSIONES

1. Mientras el positivismo jurídico se fundamenta en normas de poder y Estado encaminadas a justificar los procesos de capitalismo e industrialización en América Latina surge la posibilidad que el proceso histórico se encamine por voluntad y bajo el control de

---

68 Seguir su obra de correspondencia y escritos en temas de filosofía y política 1666 -1701.

69 *Ibidem* página 159.



las bases comunitarias a través del pluralismo jurídico.

2. El positivismo jurídico, cimentado en un arquetipo de la norma por la norma como deber ser, se hace frágil en los tiempos de hoy, mientras el pluralismo jurídico acoge la necesidad de la observación de la norma para la realización del Derecho y por lo tanto permite una apertura de discrecionalidad en lo político y cultural en su aplicación.

3. Seguir la teoría del positivismo jurídico implica asumir el derecho como dinámica circunscrita al ordenamiento jurídico, alejada del hecho social que acoge el pluralismo jurídico para dar importancia a lo antropocéntrico.

4. La estructura normativista del moderno Derecho positivo estatal se torna inane ante la exigencia de una América Latina y un universo complejo y dinámico de las actuales sociedades de masas, que se aprestan a paradigmas conforme a las dinámicas vigentes de producción del capital, lo que implica significativas contradicciones sociales, inestabilidades continuadas que se expresan en crisis de legitimidad, producción y aplicación de la justicia.

5. El pluralismo legal, faculta la descarga de diversos y vastos grupos sociales institucionalizados, quienes expiden y emplean sus propias disposiciones normativas, conforme a intereses de clase, asociaciones, fundaciones educativas, etnias, ideologías, y sistemas políticos y culturales.

6. Considerar una crisis del positivismo jurídico, y la alzada de un pluralismo jurídico, da lugar a preguntarse si hay una interpretación "correcta" de la ley, siendo primordial revisar, de cuál ley se trata, además del sector social y el soporte de su posición al respecto. Esto que permite pensar y revisar lo referente a la democracia, lo igual, lo equitativo, lo justo, y demás valores y principios que informan de la sociedad en que nos encontramos.

7. Será objeto de debate en América Latina y otras latitudes, si los académicos de la antropología y de la sociología del derecho pretenden fraccionar o fortalecer el pluralismo jurídico en dos campos conceptuales o áreas temáticas de investigación: pluralismo jurídico

fuerte o el pluralismo jurídico contemporáneo y el pluralismo jurídico débil o el pluralismo jurídico clásico.

8. En criterio de autores conocedores el "sistema pluralista - jurídico", que se desplegó en los espacios coloniales y/o postcoloniales, en cuanto al pluralismo jurídico clásico, recibe mayor enfoque y efecto en los países latinoamericanos, asiáticos y africanos; es decir, allí donde se implementan regímenes coloniales o transferencias de las prácticas jurídicas - normativas o sistemas jurídicos, tangenciales a la "realidad" social, intereses particulares de los actores que forman tal espacio político.

9. Conforme a la doctrina se vislumbra una tripleta de componentes que inquieta a los académicos de la Teoría del Derecho y de la Sociología Jurídica en el marco de la crisis del derecho y la justicia, a saber: la eficiencia del derecho; los asuntos pertenecientes a la órbita de la eficacia del mismo y la legitimación del derecho y de la democracia.

10. Se desprende de la lectura concretarse aún de hecho, referentes de pluralismo jurídico vistos como altamente reaccionarios, lo que implica acudir a una terminología que descansa en una pluralidad de ordenamientos jurídicos, en vez de pluralismo jurídico.

11. Los principios vistos como normas conforme a autores citados refleja los presupuestos de la institucionalidad y de la vida social en el entendido que las reglas en clave de principios están mucho más cercanas del ideal de justicia que pretende el Derecho. Es decir, son vistos por los expertos en el tema como instrumentos de solución de los conflictos sociales más dinámicos y contemporáneos, es decir que son herramienta esencial en temas de pluralismo jurídico.

12. Al paradigma crítico, que ayuda a estudiar y analizar la tensión entre el positivismo jurídico y el pluralismo jurídico, se le atribuye ausentarse de buscar estudiar la validez del sistema jurídico. Esto conlleva a que, diversos autores, pretendan encontrar respuesta a por qué en el Derecho irrumpe la negación del derecho, en la existencia de un infraderecho que en el seno de una misma sociedad observa diferentes formas jurídicas, o que el Derecho requiera permanentemente una

forma de argumentación para poder solucionar los casos de conformidad a la ley.

13. Entre los autores referidos se considera que en Colombia la pluralidad social implica una pluralidad jurídica. A su vez es una sociedad multiétnica y plural que marca un impacto jurídico positivo en el cual convergen variables que autorizan diversidad normativa, que ampara de manera efectiva las diferencias de género o culturales que cohabitan.

14. La sociología del derecho estudia las causas y los efectos de las normas. Este estudio busca entender el rol de la sociedad en el derecho, cómo ésta crea derecho, pero a su vez es su destinataria; también el rol del derecho en la sociedad como con sus normas generan efectos en la sociedad y cambios en la misma lo que permite enriquecer el debate entre positivismo jurídico en visión de crisis y el pluralismo jurídico como alternativa altamente acogida en el Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, JONN, “la delimitación del ámbito de la teoría del derecho”. En:
- CASANOVAS, Pompeu y otros. El ámbito de lo jurídico, lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo, editorial Crítica, 1994.
- BONILLA MONTENEGRO JULIÁN DARÍO “Los paradigmas en la teoría jurídica. Transformaciones acerca de la interpretación sobre lo que es el derecho”. , Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca Revista Misión jurídica, número 3 enero- diciembre de 2010.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yesid. Temas y problemas de la filosofía del derecho. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2008.
- CARRILLO DE LA ROSA, YESID, Temas y problemas de la filosofía del derecho. Ediciones Doctrina y ley, Bogotá D.C., 2008
- SORIANO, Ramón. Compendio de teoría general del derecho, Ariel. Derecho, Barcelona, 2ª edición, 1993, p. 122, y MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y otro. Curso de teoría del derecho y metodología jurídica, editorial Ariel, S.A 1994.
- CARRILLO DE LA ROSA YESID “La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico, revista Diálogos de Saberes, Bogotá. Universidad Libre nro. 31, julio – diciembre de 2009.
- CORREA OSCAR, “Metodología Jurídica I Una introducción filosófica” Editorial: Fontamara (México),2007.
- DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA “La Globalización del Derecho” Ilsa, 2002
- DWORKIN Ronald. Los Derechos en Serio. Ed. Planeta. Madrid 1993.
- HART Herbert. El Concepto de Derecho. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1992
- HART. H. El concepto de derecho, Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 2004.
- HERNÁNDEZ, CARLOS ARTURO “Arquetipo de pluralismo jurídico – Análisis de sus visiones” Universidad Libre. Revista Verba Iuris no 27 enero – junio de 2012.
- JIMÉNEZ GIL, WILLIAM “Entre reglas y principios” Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca Revista Misión Jurídica, número 1 enero- diciembre de 2008.
- KELSEN, H “Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho”. Novena edición, Traducción de Moisés Nilve, eudeba editorial universitaria de Buenos Aires, 1970.
- KELSEN, H. “Teoría pura del derecho”. Grupo editorial Éxodo, México D. F., 2006.
- LÓPEZ MEDINA DIEGO EDUARDO “Teoría impura del derecho – La transformación de la cultura jurídica latinoamericana” Legis, tercera edición 2005.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ JOSÉ EDUARDO “Estado, Derecho y Justicia en Colombia:

- Aportes para un análisis desde la sociología jurídica crítica” en “De crisis en crisis: limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia” Universidad Autónoma de Colombia, año 2012.
- RODRIGUEZ MARTINEZ JOSÉ EDUARDO “Derecho, subjetividad y espacialidad: Aportes para una discusión”. Revista Diálogos de Saberes, número 31, Universidad Libre julio - diciembre de 2009.
  - SEGURA ORTEGA, MANUEL. “La racionalidad jurídica”. Madrid: editorial Tecnos, 1998.
  - SOLANO DE JINETE NANCY Y OVER HUMBERTO SERRANO SUÁREZ “Redescubriendo la sociología del Derecho bajo la óptica de autores colombianos”, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca Revista Misión Jurídica, número 3 enero- diciembre de 2010.
  - WOLKMER ANTONIO CARLOS “Pluralismo Jurídico Fundamentos de una nueva cultura del Derecho” editorial MAD 2006, España.
  - WOLKMER ANTONIO CARLOS” Pluralismo jurídico, movimiento sociales y prácticas alternativas”, <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr007/elotrdr007-02.pdf>, El otro Derecho, numero 7 de 1991, Ilsa Bogotá. Página 31, consultado 11 de noviembre de 2014.
  - WOLKMER ANTONIO CARLOS. Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico. Ed. ILSA y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis de Potosí. México 2006.



## NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los artículos puestos a consideración del Comité Editorial de la Revista Misión Jurídica deben ser inéditos; en consecuencia, aquellos manuscritos que hayan sido publicados en otras revistas o publicaciones técnico-científicas no serán aceptados.

La Revista Misión Jurídica acepta artículos originales de los siguientes tipos, en concordancia con lo requerido por el programa Publindex de Conciencias.

**Artículo de investigación científica y tecnológica:** Documento que presenta de manera detallada los resultados originales de proyectos de investigación. La estructura contiene: Título, Resumen, Palabras clave, Introducción, Metodología, Resultados, Discusión, Conclusiones, Referencias bibliográficas.

**Artículo de reflexión:** Documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica del autor, sobre un tema específico y recurriendo a fuentes originales. La estructura contiene: Título, Resumen, Palabras clave, Introducción, Metodología, Discusión teórica o contenido de la reflexión, Conclusiones, Referencias bibliográficas.

**Artículo de revisión:** Documento resultado de una investigación donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y tendencia de desarrollo; se caracteriza por presentar un soporte bibliográfico no menor a 50 referencias. La estructura de presentación es igual al de Artículo de investigación científica (item 1).

El autor debe especificar el tipo de artículo que está enviando. Se reciben artículos en castellano, portugués, inglés, francés e italiano. Si no es en español, el artículo debe tener obligatoriamente resumen en castellano, inglés y el idioma original.

## **PROCESO DE ACEPTACIÓN Y PUBLICACIÓN**

Los artículos sobre informes finales o avances de investigación en torno a resultados de proyectos de investigación en ejecución o terminados, son valorados por el Comité Editorial de la revista para su posterior remisión a pares académicos, - árbitros de trayectoria especializados en el tema - quienes certifican la originalidad y calidad de los documentos, acogiendo los criterios definidos por el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología “ Francisco José de Caldas” – COLCIENCIAS – y atendiendo los requerimientos de los sistemas de indexación de revistas científicas.

Con fundamento en esta evaluación, la cual es anónima, la revista Misión Jurídica puede sugerir al autor modificaciones formales. El autor se comprometerá a realizar los cambios en el plazo máximo de una semana.

## **EXTENSIÓN Y FORMATO**

Los artículos enviados a la revista no pueden exceder de 60 páginas tamaño carta, ni podrán tener menos de 25 con el siguiente formato de presentación:

Página en procesador de palabra MS-Word® a doble espacio con margen de 3 cm, en la parte superior, 2 cm en la inferior y 2,5 cm en las márgenes laterales derecha e izquierda. Tipo de fuente: Garamond 12 puntos.

El nomenclador, en los títulos principales, debe ir con números arábigos y mayúscula inicial. Subtítulos en margen izquierda, con mayúscula inicial, en negrilla y nomenclador de segundo nivel con números arábigos.

Secciones dentro de subtítulos en la margen izquierda, en negrilla, con mayúscula inicial y nomenclador de tercer nivel con números arábigos. No se utilizarán nomencladores de cuarto orden, en su lugar se usarán viñetas.

El artículo debe estar escrito en tercera persona.  
Normas APA (recomendadas) o con nota a pie de página.

## **PRESENTACIÓN DE LOS ARTÍCULOS**

**1. TÍTULO** Describe el contenido y tema del artículo en forma clara, exacta y concisa. Debe ser atractivo sin superar 25 palabras. Al título se le añadirá una nota al pie en forma de asterisco (\*). Allí el autor definirá el tipo de artículo que está enviando. Referirá el contexto en el cual se realizó la investigación, estableciendo nombre del proyecto, institución que apoya, número de registro (si tiene). Si es producto de monografía de Maestría o Doctorado, debe constar el título académico al que optó y la Universidad a la cual lo presentó.

### **EJEMPLO: EL UTI POSSIDETIS UN PRINCIPIO AMERICANO Y NO EUROPEO\***

\* Artículo de investigación científica que presenta resultados de un proyecto de investigación terminado sobre los Tratados Internacionales del grupo de investigación Derecho Administrativo COL0070214,- Universidad Libre-Seccional Cali.

**2. AUTOR:** Nombre del autor y su correo electrónico, con referencia en pie de página agregará hoja de vida resumida (no más de 8 líneas en pie de página) que refiera al grado de estudio, también contendrá la afiliación institucional del articulista o de los articulistas y el nombre de la entidad en la cual se desarrolló el trabajo. Si son dos o más autores se hará referencia a autor a, b, c, según sea el caso.

De igual manera el autor se compromete a enviar en archivo aparte un Curriculum Vitae en extenso, para guardarlo en la base de datos como requisito exigido por Colciencias.

**3. RESUMEN EN ESPAÑOL:** Sumario de: Objetivos principales de la investigación, alcance (contexto y localización), metodología empleada y principales resultados y conclusiones. Debe estar escrito en tercera persona ser claro, coherente y sucinto, máximo 250 palabras sin incluir referencias bibliográficas.

**4. PALABRAS CLAVE:** Permiten clasificar y direccionar las entradas en los sistemas de indexación y de recuperación de la información. Debe presentar mínimo seis (6) palabras clave y máximo diez (10), que sean relevantes e indiquen los temas del contenido.

**5. ABSTRACT:** Resumen en idioma inglés.

**6. KEY WORDS:** Palabras claves en idioma inglés.

**7. INTRODUCCIÓN:** Se presenta de manera clara mediante una pregunta de investigación, contextualiza el tema mostrando antecedentes del tema planteado y la consecuencia de su solución. Presenta una justificación adecuada sobre la importancia de realizar el trabajo y trata explícitamente: objetivos, propósitos, y actividades e hipótesis de la investigación creando un contexto adecuado al lector. Termina con un recuento de la estructura que seguirá el artículo.

**8. METODOLOGÍA:** Especificar la metodología utilizada para el desarrollo del artículo, presentando de manera clara el procedimiento para análisis o revisión de la información.

**9. RESULTADOS** (No se requiere en artículos de reflexión): Presenta los datos recolectados más relevantes y los suficientemente detallados para sustentar las conclusiones. En esta sección se reportan los nuevos conocimientos, es decir, lo que se encontró. Es el resultado mismo del trabajo que debe presentar los datos sin interpretarlos.

**10. DESARROLLO DEL TRABAJO:** Cuerpo de la investigación, con sus partes y nomencladores. Es básicamente el fruto del trabajo realizado que el investigador somete a consideración del lector.

**11. CONCLUSIONES:** Reflexión realizada por el autor con base en los resultados obtenidos y con respecto a los objetivos planteados. Deben dar respuesta a la pregunta de investigación.

**12. BIBLIOGRAFÍA:** Deben realizarse al final del artículo, se recomiendan por lo menos 30 fuentes consultadas que se citen a lo largo del documento. Excepto para artículos de revisión, cuyo mínimo es de 50 referencias bibliográficas.

## CITAS DE REFERENCIA DENTRO DEL TEXTO

El estilo Harvard-APA presenta las citas dentro del texto del trabajo, utilizando el apellido del autor, la fecha de publicación y la página citada entre paréntesis. Este sistema NO requiere utilizar las citas a pie de página, por lo tanto permite al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de referencias al final del trabajo.

### **A. EJEMPLOS DE CITA DE UNA OBRA DENTRO DEL ARTÍCULO**

1. Williams (1995) sostuvo que “al comparar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente”.

En este ejemplo como el apellido del autor forma parte de la narrativa, se incluye solamente el año de publicación de artículo entre paréntesis.

2. Si bien es cierto que “al comparar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente” (Williams (1995) también puede tomarse otra posición al respecto.

Cuando el apellido del autor y la fecha de publicación no formen parte de la narrativa del texto, se incluyen entre paréntesis ambos elementos, separados por una coma.

3. En 1995, Williams descubrió que “al comparar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente”.

En este caso, tanto la fecha como el apellido forman parte de la oración, por lo tanto no llevan paréntesis.

### **B. CITA DE VARIOS AUTORES U OBRAS DE UN MISMO AUTOR QUE CONCURRAN EN AÑO DE PUBLICACION**

1. Cuando un trabajo tiene dos autores (as), siempre se cita los dos apellidos cada vez que la referencia ocurre en el texto.

2. Cuando un trabajo tiene tres, cuatro o cinco autores, se citan todos los autores la primera vez que ocurre la referencia en el texto. En las citas subsiguientes del mismo trabajo, se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de la frase et al. y el año de publicación.

*Ejemplo:* La primera vez sería: (Moore, Estrich, McGillis, y Spelman 1984)

Las referencias subsecuentes se utiliza et al., como en el ejemplo a continuación: (Moore et al., 1984, p.46)

3. Cuando un autor tienen más de una publicación en el mismo año, se acompaña el año de la publicación con una letra minúscula.

*Ejemplo:* En dos estudios recientes (Molina, 1986a, p.80; 1986b, p.138) se indicó que...

4. Cuando se citen dos o más obras por diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis.

*Ejemplo:* En varias investigaciones (Ayala, 1994; Conde, 1996; López y Muñoz, 1999) llegaron a la misma conclusión...

### **C. CITAS LITERALES DE AUTORES U OBRAS**

Cuando el texto que se usa se cita directamente (o sea se referencia palabra por palabra), se usa la cita y se incluye el apellido del autor, año de publicación y la página en donde aparece la cita, separándose por comas entre sí.



1. Cuando las citas directas son cortas (menos de 40 palabras), éstas se incorporan a la narrativa del texto entre comillas y sin cursiva.

*Ejemplo:* Por eso no es imposible sostener que “El Estado es un grupo humano que habita cierto territorio, y dentro del cual un orden social, político y jurídico –orientado hacia el bien común- es instaurado y mantenido por un autoridad provista de suficientes poderes de compulsión” (Olano, 2009,35).

2. Cuando las citas directas contienen 40 o más palabras, éstas se destacan en el texto en forma de bloque, sin el uso de comillas. Para tal fin se comienza este bloque en una línea nueva, sangrando las mismas.

*Ejemplo:* Gómez, L. (2001), elabora una tesis muy completa y pertinente al respecto:

Se erige entonces, en el ámbito jurídico contemporáneo, el Tribunal Constitucional en garante y protector de la Constitución, adquiere una posición privilegiada sobre los demás poderes, asume la función de establecer límites de contención a los poderes constituidos, determina el ámbito de competencias del Estado frente a la sociedad y sirve de garante de los derechos fundamentales, en especial de las minorías (p,90).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS AL FINAL DEL DOCUMENTO EN NORMAS APA

La lista se titulará BIBLIOGRAFÍA o REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS, debe aparecer por orden alfabético del apellido de los autores y con el siguiente formato:

### **a. Cuando se refiere a un libro:**

Apellido, nombre (año). Título del libro. Lugar de publicación. Editor o casa editorial.

Ejemplo: Moore, M. H., Estrich, S., McGillis, D., y Spelman, W. (1984). Delincuentes peligrosos: el blanco escurridizo de la justicia. Cambridge: Harvard University Press.

### **b. Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:**

Apellido, nombre. (año). Título del artículo. Título de la Revista, Volumen (número), páginas citadas.

Ejemplo: AMBROSIONI, Carlos F. (1963). “El proceso romano”. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Tomo XXII (1), 7-130.

### **c. Cuando se refiere a documentos legales:**

Título de la Ley (número/ fecha de emisión) Decreto o artículo. Nombre del Boletín oficial, Institución Competente, página.

Abreviaturas: art., (artículo); num., (numeral); párr. (parágrafo); inc., (inciso); lit. (literal).

### **d. Para antología o compilación de artículos:**

Apellido, nombre. (año) Título del artículo. En: nombre editor o compilador (Eds./Comps), Título del Libro, (pp. páginas citadas) Ciudad: editorial.

Ejm: SANRI, JAIME. (2011). Sistema de partidos y decisiones trascendentales. En: Casa Ospina (eds.) Verdad Sin Justicia (pp.46 – 57) Bogotá. Oveja Negra

### **e. Ponencias:**

Apellido, nombre. (año, día, mes). Título de la ponencia. Institución que realizó el evento, ciudad.

Motta, Ricardo. (2013, 17 de noviembre). El mandato del agua como recurso fundamental. Ponencia presentada en el Seminario Internacional de Filosofía del Derecho, UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA, Bogotá.

### **f. Artículos de periódicos:**

Apellido, nombre. (año, mes, día) Título del artículo. Título del periódico. pp. páginas citadas.

SAMPER, DANIEL. (2012, Octubre 15). Mate tranquilo. El Tiempo, pp. 1A

**g Información de internet:**

Autor/ Responsable. (fecha de publicación) Título [en línea]. Disponible en: especificar la dirección web. (fecha de consulta)

ROJAS, G. M. (2009). Crímenes de Guerra: justicia vs. Procesos de paz [en línea]. Disponible en <http://www.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu17701-crimenes-de-guerra-justicia-vs-procesos-de-paz.htm>. [Consultado marzo 1, 2012].

**SISTEMA DE CITA A PIE DE PÁGINA**

Se podrán también usar notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer en el texto con superíndice antecediendo al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

- a) Cuando se refiera a un libro: ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela. Una acción humanitaria. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1992.p. 236
- b) Si se cita un conjunto de páginas de un libro: PENAGOS, Gustavo. La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos. La desviación de poder. 2ª Ed. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1987, pp. 131-140.
- c) Cuando se refiera a un artículo citado dentro de un libro: LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. La cuestión del Canal desde la secesión de Panamá. EN: Álvaro Tirado Mejía et al. (editores). Nueva Historia de Colombia, tomo 1, Historia Política 1886-1946. Bogotá, Editorial Planeta, 1989, pp. 145-186.
- d) Cuando se cite un artículo publicado en una revista científica: GUZMÁN V., Manuel. “Elaboración y tráfico de cocaína en Chile, 1966 – 1970”. EN: Revista chilena de derecho, Vol. 3, Nos.4-6, julio-diciembre 1976, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile, pp. 251-272.
- e) Cuando se refiera a un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos: DE LA CALLE, Humberto. “El ADN de la ley”. EN: El Espectador, Bogotá, domingo 18 de enero de 2009, p. 36.
- f) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos: “Gobierno propone resucitar Minjusticia. Habla de reforma estructural”. EN: El Tiempo. Bogotá, 7 de diciembre de 2009, pp. 1-3. Pautas de publicación 334
- g) Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado: *Ibíd.*, p. 23.
- h) Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente: ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela. *op. cit.*, p. 50

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS AL FINAL DEL DOCUMENTO EN CITA A PIE DE PÁGINA**

- a) Cuando se refiere a un libro: VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, 573 p.
- b) Si se refiere a un artículo publicado en revista: AMBROSIONI, Carlos F. “El proceso romano”. EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Tomo XXII-1963, pp. 7-130. 335

- c) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos: LÓPEZ MEDINA, Diego. "La cultura de la legalidad (II)". EN: *Ámbito Jurídico*. Bogotá, año XIII, No. 303, 9 al 22 de agosto de 2010, p. 12
- d) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos: "Haremos lo que esté a nuestro alcance para que se edifiquen las mejores relaciones entre la Rama Judicial y el Gobierno". Entrevista al vicepresidente del Consejo de Estado, Dr. Mauricio Fajardo. EN: *Ámbito Jurídico*, Bogotá, año XIII, No. 303, 9 al 22 de agosto de 2010, p. 18.
- e) Documentos electrónicos: AGUILERA PEÑA, Mario. "Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953". EN: *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 de 2003, página web de la Biblioteca Luís Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, html (20.04.2009).

### **PRESENTACIÓN DE LA BIBLIOGRAFÍA AL FINAL DEL DOCUMENTO:**

Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en Garamond, luego seguida de un punto, la fuente en la que se encuentra, existiendo 3 opciones. La primera, un libro; la segunda, una gaceta judicial o cualquier otra compilación normativa y, la tercera, una fuente electrónica disponible en internet.

En caso de un libro, primero debe escribirse el nombre de la norma en *itálica*; luego el de los autores, en *versalita*; seguido el título de la obra en *itálica*; luego el país, la editorial y el año de la edición. Estos datos estarán separados por comas.

Nota: En el apartado bibliográfico los libros, artículos y ponencias empleadas en el artículo, deben aparecer ordenados alfabéticamente en orden ascendente según el apellido. En este listado bibliográfico no se citan las páginas consultadas, sino solo las páginas iniciales y finales de los artículos de revistas, periódicos o capítulos de una obra colectiva (de varios autores). Se recomienda poner el número total de páginas de los libros con el fin de hacerse una idea de su "peso", ejemplo: XXIII-870 p.

### **ILUSTRACIONES**

Las tablas y figuras - por ejemplo gráficos, dibujos, esquemas, diagramas de flujo, fotos y mapas - deben presentarse en hojas independientes y con numeración consecutiva (Tabla 1; Figura 1, etc.). Los textos y tablas deben presentarse en el procesador de palabra MS-Word®; las tablas y los diagramas de frecuencia (barras y torta) originales deben suministrarse en el archivo del manuscrito y también en su original de MS-Excel®; otras figuras, como fotografías sobre papel y dibujos, se pueden enviar en originales o escanearlas y remitirlas en el formato digital de compresión JPG (o JPEG) preferiblemente con una resolución de 600 x 600 dpi (mínimo 300 dpi); se prefiere que las fotografías sean enviadas como diapositivas. Como norma general, las tablas y figuras sólo se aceptan en blanco y negro.

### **ENVÍO DE ARCHIVOS**

Se aclara a los autores que la recepción del artículo no implica su publicación o compromiso en cuanto a la fecha de edición.

Los artículos y curriculum se recibirán en los correos electrónicos: [misionjuridica@unicolmayor.edu.co](mailto:misionjuridica@unicolmayor.edu.co) y [orsobar@hotmail.com](mailto:orsobar@hotmail.com).

### **CONVOCATORIA PERMANENTE**

La convocatoria de la Revista Misión Jurídica es permanente y la publicación de los artículos dependerá de su orden de llegada. Nuestra temática es abierta con respecto a temas de investigaciones que involucren al derecho y las ciencias sociales.

**CARMEN ELIANA CARO NOCUA**  
DIRECTORA

**ORLANDO SOLANO BÁRCENAS**  
EDITOR

**FEDERICO SÁNCHEZ RIAÑO**  
ASISTENTE EDITORIAL

## INFORMACIÓN PARA LA SUSCRIPCIÓN

Apreciados(as) señores(as):

Deseo suscribirme a la Revista por dos números, a partir del \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Nombre: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_ Depto. \_\_\_\_\_

País: \_\_\_\_\_ Código Postal \_\_\_\_\_

Teléfono: \_\_\_\_\_ E:mail \_\_\_\_\_

Profesión: \_\_\_\_\_ Entidad: \_\_\_\_\_

Suscripción nacional: \$30.000. Internacional: US\$ 20.

No incluye gastos de envío

### SISTEMA DE PAGO

Los(as) interesados(as) en suscribirse a la Revista deberán diligenciar el presente formulario, consignar el valor en la cuenta corriente No. 031-06001-5 del Banco Popular, a nombre de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Enviar copia del formulario de suscripción y recibo de consignación vía fax al 57 1+243 76 79.

Firma:

\_\_\_\_\_

Documento de identidad

Línea de atención al cliente:  
**(57 - 1) 472 2000 en Bogotá**  
**01 8000 111 210 a nivel Nacional**  
.....  
[www.4-72.com.co](http://www.4-72.com.co)

El servicio de *envíos*  
de Colombia







