

**Poder Judicial, consolidación
y aplicación de los derechos
humanos y el Derecho**

Poder Judicial, consolidación y aplicación de los derechos humanos y el Derecho



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
**INSTITUTO UNIDAD DE INVESTIGACIONES
JURÍDICO-SOCIALES GERARDO MOLINA - UNIJUS**

REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 41

Título del número: *“Poder Judicial, consolidación y aplicación de los derechos humanos y el Derecho”*

Publicación semestral, arbitrada según criterios que aseguran el anonimato de autor y por evaluador

Lugar y fecha: Bogotá, enero - junio de 2015

© UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico - Sociales

Gerardo Molina — UNIJUS

ISSN 0122-1108

Prof. Dr. José Ignacio Mantilla Prada (Rector General)

Prof. Genaro Alfonso Sánchez Moncaleano (Decano de la Facultad)

Prof. Dr. Alejo Vargas Velásquez (Vicedecano de Investigación y Extensión)

Instituto UNIJUS

Prof. Dr. Edgar Alberto Novoa Torres (Director)

Natalia Colmenares Rincón (Coordinadora Académica)

Ana Marlen Garzón (Coordinadora Administrativa)

Director de la Revista

Prof. Dr. Bernd Marquardt

Comité Editorial

Prof. Dr. Camilo Borrero García (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. Catalina Toro Pérez (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Diego Eduardo López Medina (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Farid Samir Benavides (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Gregorio Mesa Cuadros (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. María Cristina Patiño González (Universidad Santo Tomás, Colombia)

Prof. Dr. Mauricio García Villegas (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Colombia)

Prof. Dr. Oscar Mejía Quintana (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. Raina Zimmering (Universidad Johannes Kepler, Linz-Austria)

Prof. Dr. Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Rodrigo Uprimny Yepes (Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Colombia)

Prof. Dr. Antoni Pigrau Sole (Universitat Rovira i Virgili, España)

Prof. Dr. Enrique Letellier Loyola (Universidad de Antofagasta, Chile)

Comité Científico

Prof. Dra. Esther Sánchez Botero (Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Colombia)

Prof. Dr. Jacques Commaille (Ecole Normale Supérieure de Cachan, Francia)

Prof. Dr. Jane Larson (University of Wisconsin, Estados Unidos)

Prof. Dr. Jean-Charles Froment (Université Pierre Mendès, Francia)

Prof. Dr. José Reinaldo de Lima (Universidad de São Paulo, Brasil)

Prof. Dr. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca, España)

Prof. Dr. Michele Luminati (Universidad de Lucerna, Suiza)

Prof. Dr. Roberto Gargarella (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Stanley L. Paulson (Washington University St. Louis, Estados Unidos)

Pares Evaluadores

José Manuel Suárez Delgado (Universidad del Bosque, Colombia)

David Ernesto Llinás Alfaro (Universidad Nacional, Colombia)

Victor Manuel Vicente Rojas Amandi (Universidad Iberoamericana, México)

Adelaida María Ibarra Padilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Sergio Verdugo Ramírez (Universidad del Desarrollo, Chile)

Francisco Ostau Delafont (Universidad Libre, Colombia)

Camila de Gamboa Tapias (Universidad del Rosario, Colombia)

Benjamín Creutzfeldt (Colegio de Educación Superior de Administración CESA, Colombia)

Coordinador Editorial

Luis Fernando Sánchez Supelano

Correspondencia y Subscripción

Diagonal 40 A Bis No. 15 — 38 Casa Gaitán, Bogotá, Colombia

Teléfono (571) 316 5000 Ext.: 17306

Correo electrónico: rpjurídico_fdbog@unal.edu.co

URL: www.derecho.unal.edu.co/unijus/rpj.html - <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/issue/archive>

Portada: Con el pacto de los dictadores Hitler y Stalin sobre la cuarta partición de Polonia, empezó la 2a Guerra Mundial. Caricatura británica de David Low de 1939.

Impreso y hecho en Bogotá D.C., Colombia.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Contenido

PRESENTACIÓN 11-14

Los jueces del Estado anti-constitucional: ¿es cierta la hipótesis de Radbruch según la cual el positivismo jurídico hubiera cegado éticamente a los jueces alemanes de la época nazi?

Judges of the anti-constitutional state: is Radbruch's hypothesis true, according to which legal positivism would have ethically blinded the german judges of the Nazi era?

Bernd Marquardt	15-82
1. Problema de investigación y acercamiento metodológico	17
2. Orígenes históricos del enfrentamiento positivista-iusnaturalista.....	20
3. La deconstrucción de las Constituciones de Weimar (1930-1933) y Viena (1933-1938)	27
4. Elementos de un seudo-positivismo jurídico en la época nazi	36
5. Las leyes positivas del Estado normativo dentro del Estado excepcional.....	43
6. Elementos del iusnaturalismo ideológico en el Estado nacionalsocialista	44
7. Del <i>ius barbarum</i> a la desjuridificación (casi) completa en los años de guerra	51
8. La justicia transicional de 1945 a 1948 y la larga sombra de la impunidad después de 1949	55
9. En vez de una conclusión: 15 lecciones sobre la historia de los jueces nazi.....	61

El concepto interpretativo del derecho

The Interpretative Concept of Law

Alejandro Matta Herrera.....	83-104
1. Ronald Dworkin: el argumento del contraste con la práctica	87
2. John Finnis: su desafío metodológico	91
3. Algunas características de la aproximación empírica a la aplicación del derecho ...	93
4. Respuesta a las reflexiones de Dworkin y Finnis	96

Crisis en la legitimidad del Estado, del derecho y de la democracia liberal

Crisis of legitimacy of the state, law and liberal democracy

Julio Armando Rodríguez Ortega	105-126
1. Crisis de legitimidad y de gobernabilidad	106
2. Crisis en la legitimidad del Congreso	110

3. Crisis en la legitimidad del derecho.....	112
4. Crisis de legitimidad en la democracia.....	114
5. Crisis en la legitimidad del Estado.....	117

Las cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad?

The Super Powerful Courts: Activism or Visibility?

Marco Feoli.....	127-162
1. Activismo y judicialización de la política: ¿De qué se está hablando?.....	129
2. Colombia y Costa Rica: cortes super poderosas	136
3. El activismo de la Corte Constitucional y la Sala Constitucional.....	141
4. Conclusiones: visibilidad más que protagonismo.....	153

***Principios que regulan las relaciones laborales en el sector público colombiano:
análisis de las subreglas de la jurisprudencia***

***Principles governing labor relations in the colombian public sector: analysis
of subrules in jurisprudence***

Francisco Edmundo Paz Obando.....	163-187
1. Discusión	167
2. metodología de la experiencia.....	169
3. Resultados	170
4. Conclusiones	184

***La memoria del conflicto. Un derecho y una razón para la dignidad, la reparación
y la paz a propósito de un estudio comparado***

***The memory of conflict. A right and reason for dignity, peace and repair based
on a comparative study***

Rogers Arias Trujillo.....	189-219
1. Antecedentes Internacionales Y Nacionales	192
2. Las cortes y la ley de justicia y paz. Una mirada para la memoria.....	200
3. Ley de Víctimas	206
4. La Memoria Como Concepto	210
5. Conclusiones	214

***¿Qué puede hacer el acuerdo de seguridad entre Alemania y México en la lucha
contra el crimen organizado?****

***What can the security agreement between Germany and Mexico do in the fight
against organized crime?***

Raina Zimmering.....	221-241
1. Objetivos y estado de las negociaciones para el acuerdo de seguridad entre Alemania y México	222

2. ¿El fortalecimiento de los servicios de seguridad puede crear más seguridad en México?.....	225
3. El acuerdo de seguridad con México es inaceptable para una Alemania democrática.....	236

Recensión

Dominique Méda, Patricia Vendramin, Réinventer le travail, 2013, Presses Universitaires de France, Paris, 256 p.

María Rosalba Buitrago Guzmán.....	243-255
1. Una historia del valor asignado al trabajo	244
2. Las inmensas expectativas planteadas sobre el trabajo.....	246
3. Las expectativas que se enfrentan a los cambios en el trabajo	248
4. El significado del trabajo al prisma de las generaciones	251
5. La coexistencia de las generaciones en el trabajo.....	252
6. Las reflexiones que se abren en el camino con el libro <i>Reinventar el trabajo</i>	253

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
41

10

BERND MARQUARDT, DIRECTOR REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO

PRESENTACIÓN

Presentación

En esta ocasión la *Revista Pensamiento Jurídico*, publicación arbitrada y de carácter semestral de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia presenta, desde un enfoque transdisciplinario e interdisciplinario, algunas discusiones contemporáneas sobre la Teoría del Derecho y la forma como esta se consolida en la ética judicial, la aplicación judicial de las normas, el accionar del Estado y la concreción de los derechos, con el ánimo de contribuir, por una parte, al estudio del derecho y por otra, para ir decantando elementos teóricos de carácter jurídico-político que contribuyan a la concreción de los derechos. El contenido de la Revista está dirigido a investigadores, docentes, estudiantes y especialistas en las diversas ramas del Derecho, en el ámbito nacional e internacional. A continuación se realiza una breve presentación de cada uno de los artículos:

En primer lugar, se encuentra el artículo *“Los jueces del Estado Anti-Constitucional: es cierta la hipótesis de Radbruch según la cual el positivismo jurídico hubiera cegado éticamente a los Jueces alemanes de la era Nazi?”*, del profesor de la Universidad Nacional de Colombia Bernd Marquardt (Director del Grupo de Investigación CC - Constitucionalismo Comparado (Ai), Doctorado *summa cum laude* en Derecho y Segundo (Post-) Doctorado Superior —la *Habilitation* centroeuropea— de la Universidad de St. Gallen en Suiza, Magíster (*Staatsexamen*) y Abogado de la Universidad de Göttingen en Alemania), el artículo pretende revisar, con métodos histórico-jurídicos y comparados, hechos centrales e ilustrativos de los dos siglos de la gran transformación hacia el Estado constitucional material, examinando una de las contra-olas más acentuadas de dicha tendencia general, la de la Europa antiliberal y fascista del *interbellum* en el ejemplo de la Alemania nazi (1933-1945). Para lo cual se analiza el papel de los jueces de entonces, revisando críticamente la famosa *hipótesis de positivismo* de Radbruch según la cual el positivismo jurídico hubiera convertido en indefenso al estamento jurídico alemán frente a las enormes injusticias de la dictadura, para concluir con 15 lecciones sobre la historia de los jueces nazi.

Seguidamente, se encuentra el artículo elaborado por el estudiante de la Maestría en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires Alejandro Matta

Herrera (Abogado (U de M), Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional (Universidad del Rosario), estudiante de la Maestría en Derecho-Perfil investigativo- (UNAL) y de la Maestría en Filosofía del Derecho (UBA)) denominado *El Concepto Interpretativo del Derecho*. En este artículo se argumenta que a partir de las reflexiones críticas de Ronald Dworkin y John Finnis se pueden obtener importantes conclusiones que permitan explicar cómo una aproximación empírica al derecho, a partir de un concepto interpretativo del derecho, puede ofrecer un modelo descriptivo que dé cuenta de las fuentes de motivación más relevantes para predecir las decisiones judiciales.

A continuación, se encuentra el artículo elaborado por el profesor de la Universidad Manuela Beltrán Julio Armando Rodríguez Ortega (abogado y candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia) denominado *Crisis en la Legitimidad del Estado, del Derecho y de la Democracia Liberal*. En este documento se identifica los elementos y componentes de la crisis que afecta la legitimidad del Estado, del Derecho, y de la Democracia liberal. En este sentido se hace notar la crisis de sus paradigmas, los cuales a juicio del autor han demostrado su incapacidad para atender las demandas de legitimidad de la sociedad contemporánea y han evidenciado ser un mecanismo inadecuado para regular los sistemas democráticos y las funciones básicas del Estado liberal de Derecho, por cuanto se han tornado ineficaces, ilegítimos y con frecuencia injustos. Se evidencian en este artículo los procesos jurídicos y políticos que dan lugar a una crisis del Derecho como consecuencia de una crisis de su racionalidad, que se caracteriza por la insuficiencia de la vieja forma de racionalidad jurídica frente a las necesidades de la sociedad moderna o la falta de creencia en su capacidad para resolver los conflictos.

12

Ulteriormente, el profesor de la Universidad de Costa Rica Marco Feoli (Doctor por el Programa Estado de Derecho y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca) introduce el artículo denominado *Las Cortes Súper Poderosas: ¿Activismo O Visibilidad?*. En este texto se discute como en los últimos años ha habido una transformación del modelo de judicatura, que se caracteriza por su supuesto activismo de los tribunales constitucionales, afirmación que es controvertida por el autor a partir de conceptos como judicialización de la política y activismo judicial, por lo que se busca definir por medio de un estudio jurisprudencial de más de 20 años, el trabajo de la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica, con el objetivo de determinar el grado de activismo judicial que han tenido estos dos tribunales constitucionales.

Inmediatamente después, se ubica el documento escrito por el profesor del Centro de Investigaciones y Estudios Sociojurídicos de la Universidad de Nariño Francisco Edmundo Paz Obando (Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la misma institución, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia) titulado *Principios que regulan las relaciones laborales en el sector público Colombiano: análisis de las subreglas en la Jurisprudencia*. Este texto discute los principios que regulan la fun-

ción pública que la ley materializa en normas especiales, pero fragmentarias, cuya interpretación ha quedado en manos de la jurisprudencia nacional. En este sentido, el artículo aborda el estudio de los pronunciamientos judiciales que a lo largo de la vigencia de la presente Carta Política han venido siendo expedidos con el fin de identificar las “subreglas” jurisprudenciales que regulan el empleo público en Colombia.

A continuación, el juez Administrativo de Descongestión de Guadalajara de Buga Rogers Arias Trujillo (Abogado Universidad San Buenaventura Cali. Magister en Derecho de la Universidad Icesi) presenta el artículo titulado *La Memoria del Conflicto. Un Derecho y una razón para la dignidad, la reparación y la paz a propósito de un estudio comparado*. El escrito pretende dar una idea general sobre la memoria a propósito de las conversaciones de paz que se adelantan en la Habana - Cuba. Se realiza un breve repaso internacional sobre la memoria, es un abrebotas que aterriza en el andamiaje normativo que se perfiló recientemente con las Leyes 975 de 2005 y 1148 de 2011. En ese orden de ideas se analiza la forma como la Justicia colombiana a través de sus operadores y con la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido un instrumento vital para la discusión de la memoria en la sociedad. Concluye el trabajo, que la culminación del conflicto armado colombiano pasa precisamente, por el tratamiento que se le conceda a la memoria, dentro del ejercicio de una Comisión de Verdad, pues solo a través de ella se puede construir el tejido social, que la confrontación por espacio de más de cincuenta años, ha devastado.

Finalmente, la profesora Raina Zimmering (quien actualmente es investigadora independiente) presenta el texto *¿qué puede hacer el acuerdo de seguridad entre Alemania y México. En la lucha contra el crimen organizado?*. Este artículo analiza las consecuencias del acuerdo de seguridad entre Alemania y México en la lucha contra el crimen organizado, para lo cual el texto se estructura en tres grandes partes. En una primera se estudian los objetivos y estado de las negociaciones para la suscripción del acuerdo de seguridad entre Alemania y México, en la segunda, se estudia si el acuerdo de seguridad contribuye a la creación de seguridad de seguridad en México; finalmente en la tercera parte se sostiene la tesis del que el acuerdo de seguridad entre México y Alemania, es inaceptable para esta última dadas las condiciones actuales en México y especialmente, la situación de derechos humanos en el país centro americano.

De esta forma, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia pone a disposición de la comunidad académica nacional e internacional, un nuevo número de *Pensamiento Jurídico*, con el ánimo de contribuir a los debates actuales del mundo del derecho, y en esta ocasión de manera especial aquellos relacionados con la teoría del derecho y sus concreciones prácticas en la aplicación de la normatividad.

BERND MARQUARDT
Director *Revista Pensamiento Jurídico*

PENSAMIENTO JURÍDICO, NO. 41, ISSN 0122 - 1108, ENERO - JUNIO, BOGOTÁ, 2015 PP. 11 - 14

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

N°
41

14

Los jueces del Estado anti-constitucional: ¿es cierta la hipótesis de Radbruch según la cual el positivismo jurídico hubiera cegado éticamente a los jueces alemanes de la época nazi?

**Judges of the anti-constitutional state:
is Radbruch's hypothesis true, according to
which legal positivism would have ethically
blinded the german judges of the Nazi era?**

*Bernd Marquardt**

Fecha de recepción: 12 de marzo del 2015

Fecha de aceptación: 27 de marzo del 2015

RESUMEN

El siguiente artículo revisa, con métodos histórico-jurídicos y comparados, hechos centrales e ilustrativos de los dos siglos de la gran transformación hacia el Estado constitucional material, examinando una de las contracorrientes más acentuadas en dicha tendencia general: la Europa

antiliberal y fascista del *Interbellum*, en el ejemplo de la Alemania nazi (1933-1945). Se quiere analizar el papel de los jueces de entonces, revisando críticamente la famosa hipótesis de positivismo de Radbruch según la cual el positivismo jurídico hubiera convertido en indefenso al estamento judicial alemán frente a las enormes injusticias de la dictadura.

* Profesor asociado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es director del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado* (A1). Doctorado *summa cum laude* (1999) en derecho y segundo (Post-) Doctorado Superior (la *Habilitation* centroeuropea, 2003) de la Universidad de Sankt Gallen en Suiza. Magister (*Staatsexamen*, 1995) y abogado de la Universidad de Göttingen en Alemania. Ha enseñado, entre otros, en los posgrados de las Universidades de Sankt Gallen en Suiza, Linz en Austria y Nacional en Bogotá. Es experto en Derecho constitucional, Historia y teoría constitucional, Teoría del Estado, Historia del derecho y Derecho ambiental. Tiene 159 publicaciones, con 20 libros, incluyendo *Derechos humanos y fundamentales* (2015), los 4 tomos de la *Historia Mundial del Estado* (2012-2014), *La historia del Estado moderno en Asia y África del Norte* (2014) y 2 tomos de *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina* (2011). Correo electrónico: b.marquardt@gmx.ch

En nueve subcapítulos se desarrolla, primero, el problema de investigación y acercamiento metodológico. Siguen algunas consideraciones sobre los orígenes históricos del enfrentamiento positivista-iusnaturalista. El tercer subcapítulo pregunta por la deconstrucción de las constituciones democráticas de Weimar (1930-1933) y Viena (1933-1938). En cuarto lugar, se analizan los elementos de un seudopositivismo jurídico en la época nazi a partir de 1933. El quinto subcapítulo estudia las leyes positivas del Estado normativo dentro del Estado excepcional. En sexto lugar, se desarrollan los elementos del iusnaturalismo ideológico del Estado nacionalsocialista. En seguida, se reflexiona sobre la desjuridificación –casi- completa en los años de guerra (1939-1945). De modo complementario, el octavo subcapítulo examina la justicia transicional y la larga sombra de impunidad después de 1949, para concluir en el noveno con 15 lecciones sobre la historia de los jueces nazi.

Palabras clave: positivismo jurídico, iusnaturalismo, dictadura, enemigos públicos, crímenes del Estado, justicia transicional, impunidad.

ABSTRACT

The following article reviews, with historical and comparative legal methods, central and illustrative facts of the two centuries of the great transformation towards a material constitutional state, examining one of

the counter-waves more pronounced in this general trend, the European antiliberal and fascist interbellum in the example of Nazi Germany (1933-1945). The text wants to analyze the role of judges of this moment, critically reviewing the famous hypothesis of Radbruch according to which legal positivism had blinded the German legal establishment against the enormous injustices of the dictatorship. In nine subchapters, first, it develops the research problem and methodological approach. Then, there are some considerations about the historical origins of the confrontation between positivism and natural law. The third subchapter asks for the deconstruction of democratic constitutions of Weimar (1930-1933) and Vienna (1933-1938). Fourth, the author examines the elements of a pseudo-legal positivism in the Nazi era from 1933. The fifth chapter analyzes the positive laws of the regulatory state in the exceptional state. Sixth, the author discusses the elements of the nature law ideology that the Nazi state developed. Following he presents some considerations about the almost-complete “desjuridificación” in the war years (1939-1945). Furthermore, the eighth subchapter examines the transitional justice and the long shadow of impunity after 1949, concluding in the ninth subchapter with 15 lessons on the history of the Nazi judges.

Keywords: legal positivism, natural law, dictatorship, public enemies, state crimes, transitional justice, impunity.

“El derecho existe antes del Estado, el Estado existe para el derecho y mediante el derecho, no el derecho a través del Estado. [...] Si el derecho es quebrantado por el poder estatal, en este caso toda persona que lo realiza, tiene que seguir la voz, ya es obligada a enfrentarse y actuar, en caso necesario, con violencia”. Así lo articuló el historiador del derecho y anti-nacionalsocialista Fritz Kern (1884-1950) en uno de los pocos libros

¹ Kern, Fritz, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, nueva ed., Darmstadt, WBG, 1952, portada y pp. 18, 87 y ss.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

poéticos sobre el derecho, hablando explícitamente sobre la Edad Media, pero reflexionando sobre preguntas de su propia época. El problema: también todo intelectual nazi pudo apreciar las mismas frases, aunque pensó en contenidos morales opuestos. ¿La magia del derecho natural es tan atractiva como nebulosa? ¿Es tan bella como peligrosa?

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y ACERCAMIENTO METODOLÓGICO

El artículo analiza el papel y la transición de la rama judicial bajo las condiciones de una autocracia republicana. No va a ser una historia solemne, sino la historia de un fracaso profesional y ético que se considera esclarecedor para las preguntas metodológicas generales de la ciencia jurídica, que son, al fin, cuestiones constitucionales. También es cierto que todo fracaso puede llevar a un proceso de aprendizaje. De tal manera, la experiencia práctica con la antítesis de toda justicia material, aceleró finalmente la transición del antiguo estamento judicial pro-gubernamental y acrítico hacia una verdadera tercera rama del sistema de separación de poderes, que asume su función de control frente a las ramas ejecutiva y legislativa. En este sentido, el lector va a encontrar un estudio sobre las relaciones entre los Estados anticonstitucionales o autocracias republicanas y sus órganos judiciales.

La pregunta conductora se enfoca en la revisión crítica de la famosa hipótesis del filósofo del derecho Gustav Radbruch (1878-1949), quien afirmó inmediatamente después de la caída bélica de la dictadura nazi, en su escrito “Injusticia legal y derecho sobrepositivo” de 1946², que el positivismo jurídico, con su énfasis en la máxima *ley es ley*, ha vuelto indefenso al estamento jurídico alemán frente a las injusticias de la dictadura de Adolf Hitler. Su colega Fritz von Hippel (1897-1991) publicó en el mismo año un texto muy semejante³. La hipótesis de Radbruch y von Hippel correspondió con la autopercepción de los juristas en los primeros decenios de las Repúblicas Federal Alemana (desde 1949) y de Austria (desde 1945), donde la mayor parte de los jueces y fiscales de la época nazi continuaron ininterrumpidamente o después de una pausa breve en sus funciones. Aunque esta no fue la intención de los escritos teóricos de Radbruch y von Hippel, ellos pusieron a disposición de los juristas alemanes y austriacos la argumentación clave que posibilitó, tanto la mentalidad tranquila de la supuesta actuación responsable bajo el honor estamental conservado en tiempos revueltos, como la respectiva auto-amnistía colectiva *de facto* bajo regímenes de ocupación en los cuales no fue pensable ninguna ley de amnistía abierta. Se puede reconocer un elemento

² “Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‘Gesetz ist Gesetz’ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts”. Así: Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en revista *Süddeutsche Juristenzeitung*, t. 1, Tübingen, Mohr, 1946, pp. 105-108, 105.

³ Hippel, Fritz von, *Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, Eine juristische Betrachtung*, Tübingen, Mohr, 1946, p. 30.

central del fracaso de la desnazificación en el hecho de que grandes partes del aparato judicial se fundamentaron, hasta las décadas de los 70 y 80, en los ex miembros del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, inclusive ejemplos tan delicados como el profesor universitario Theodor Maunz (1901-1993) que había defendido enérgicamente, entre 1933 y 1945, el anticonstitucionalismo nazi y, posteriormente de 1949 a 1969, sirvió como el constitucionalista líder de la joven República Federal Alemana⁴, incluso poniendo a disposición su nombre para las 73 ediciones del comentario científico estándar de la *Ley fundamental alemana*, el *Maunz Dürig* (1958-2015)⁵.

Desde finales de los años 60, la represión acrítica del pasado reciente fue revisada por una nueva generación de autores no involucrados en dicho pasado y que no creyeron en la supuesta inocencia colectiva de sus maestros y padres. El cambio paradigmático empezó con la tesis “Habilitation” (1968) de Bernd Rüthers que trata, en sus siete ediciones, acerca del papel clave de la *interpretación ilimitada*, es decir, de la reinterpretación ideológica del derecho durante la época nazi, en lugar de la supuesta relevancia del positivismo. Alrededor de 1990, siguieron varios libros críticos como los *Juristas horrorosos* de Ingo Müller, con siete ediciones desde 1987; el *Derecho y la justicia en el Tercer Imperio* de Ralf Dreier y Wolfgang Sellert de 1989; los *Jueces alemanes 1919-1945* de Ralph Angermund de 1990; el *Derecho en la injusticia* de Michael Stolleis de 1994 y la *Teoría jurídica nacionalsocialista y el derecho natural* de Fabian Wittreck de 2008⁶. De igual forma, fue importante el estudio sobre *El derecho en el fascismo* de manos de Uwe Wesel de 1984, así como dos artículos escritos por Manfred Walther y Dieter Deiseroth que criticaron, en 1988 y 2013, la *leyenda de positivismo*⁷. También se han dedicado al tema varios libros sobre la historia del derecho constitucional. Desde entonces, puede evaluarse la *hipótesis de positivismo* de Radbruch y von Hippel como revocada por parte de la bibliografía especializada.

Sin embargo, a pesar de varias traducciones⁸, la revisión expuesta no entró profundamente a otras culturas lingüísticas. El autor de este artículo, de origen

⁴ Stolleis, Michael, “Theodor Maunz, Ein Staatsrechtslehrerleben”, en Kritische Justiz (Ed.), *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staates*, Baden Baden, Nomos, 1998, pp. 323-331.

⁵ Maunz, Theodor & Dürig, Günter (Eds.), *Grundgesetz, Kommentar*, 73 eds., Múnich, Beck, 1958-2015.

⁶ Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung*, 7^a ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012; resumen actualizado del mismo autor: Id., “Die Gesetzgebung, Vom Dritten Reich zur BR Deutschland”, en Götemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.), *Die Rosenburg*, Bonn, BPB, 2013, pp. 119-141; Ingo Müller, *Furchtbare Juristen*, nueva ed., Berlín, Tiamat, 2014; Dreier, Ralf & Sellert, Wolfgang (Eds.), *Recht und Justiz im 3. Reich*, Fráncfort, Suhrkamp, 1989; Angermund, Ralph, *Deutsche Richterschaft 1919-1945*, Fráncfort del Meno, Fischer, 1990; Stolleis, Michael, *The Law under the Swastika*, Chicago, University Press, 1998; Wittreck, Fabian, *Nacionalsocialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

⁷ Wesel, Uwe, *Juristische Weltkunde*, 5^a ed., Fráncfort, Suhrkamp, 1990, pp. 145-164. Véase también: Id., *Geschichte des Rechts*, 4^a ed., Múnich, Beck, 2014, pp. 483-506; Manfred Walther. “Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?”, en revista *Kritische Justiz*, núm. 21, Baden Baden, Nomos, 1988, pp. 263-280; Deiseroth, Dieter, “War der Positivismus schuld?”, en revista *Betrifft Justiz*, núm. 113, Mühlthal, Betrifft Justiz, 2013, pp. 5-10.

⁸ p. ej. el resumen de García A., Juan A. “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, Madrid, SEFJP, 1991, pp. 341-364.

alemán, lo escribe para lectores hispanoparlantes, y en particular colombianos, donde el tratamiento del tema en seminarios de posgrado ha indicado un mayor conocimiento de la antigua hipótesis de Radbruch que de la bibliografía de revisión. Varios autores latinoamericanos la citan al estilo de una verdad indudable⁹, aunque ninguno de ellos presenta estudios propios basados en fuentes primarias. Parece que se ha incluido la hipótesis de Radbruch de modo didáctico en la crítica latinoamericana del positivismo jurídico y sus disfuncionalidades éticas en la experiencia local, para poder señalar la cercanía del mismo al autocratismo y totalitarismo, pero sin tener en cuenta que se instrumentaliza una especie de *falso amigo*. En cuanto a la mirada colombiana sobre la historia del derecho alemán de entonces, hay que constatar una presencia desproporcional y unilateral de los debates teóricos weimarianos entre Hans Kelsen y Carl Schmitt¹⁰, bajo una descontextualización histórica profunda, lo que es prácticamente una casualidad de traducción, por un lado debido al camino de la emigración estadounidense y del otro, por la estimación en la España franquista¹¹, lo que se corresponde con la observación preocupante de una retoma benevolente del anticonstitucionalista Schmitt al estilo de un supuesto experto constitucional, dando paso a la entrada de figuras de la derecha extrema en los debates constitucionales latinoamericanos.

Este artículo se fundamenta en los métodos de la *escuela socio-cultural y transnacional de la historia del derecho*¹², que pretende analizar las dimensiones históricas del desarrollo jurídico bajo la premisa de la necesidad de contextualizar el derecho según sus precondiciones y efectos en la sociedad y cultura concreta. Esta perspectiva se hace bajo una mirada transnacional y comparada, abriendose a métodos de la historia general como de la historia social, cultural y la historia de las mentalidades. Para el objeto de investigación de este artículo, son muy relevantes los debates sobre los *métodos de la historia del tiempo reciente* que tienen en cuenta la distancia reducida del observador más involucrado y el carácter político del tema investigado, que todavía es un asunto “caliente”¹³.

En cuanto al debate teórico entre el positivismo y el iusnaturalismo, este artículo se fundamenta en una perspectiva integral y moderada que pretende evitar toda ideologización al estilo de un *ismo* en uno u otro sentido. Ninguna sociedad más

⁹ p. ej. Plazas, Mauricio, *Historia de las ideas políticas y jurídicas*, t. 4, Bogotá, Temis, 2014, pp. 96 y ss; Ossa, Mario, “El derecho natural”, en Botero, Andrés (Ed.), *Filosofía del Derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 85-160, 142 y ss; Pampillo, Juan, *Historia general del derecho*, Oxford, University Press, 2008, pp. 264 y ss.

¹⁰ Sobre la recepción de Kelsen en la región andina: Mejía, Oscar, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 57 y ss. Sobre la recepción acrítica de Schmitt: Benavides, Farid, “Continuidades y discontinuidad en Carl Schmitt”, en Múnera, Leopoldo (Ed.), *Normalidad y excepcionalidad en la política*, Bogotá, UNAL, 2008, pp. 51-84, 56.

¹¹ Llinás A., David E. “Anti-constitucionalismo y dictadura soberana”, en Marquardt, Bernd (Ed.), *Constitucionalismo Científico II*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 199-249, 206 y ss.

¹² Desarrollada por el autor en: Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina*, t. 1, Bogotá, UNAL, 2011, pp. 19 y ss; íd., *Historia Mundial del Estado*, t. 4, Bogotá, Ecoe Eds., 2014, pp. 17 y ss.

¹³ Senn, Marcel & Gschwend, Lukas, *Rechtsgeschichte II, Jurist. Zeitgeschichte*, 3^a ed., Zürich, Schulthess, 2010, pp. 1 y ss.

compleja que una tribu preestatal puede ser manejada por un derecho meramente iusnaturalista, pero tampoco sirve un positivismo duro sin fundamentación en valores. Por eso se considera recomendable encontrar una mezcla adecuada entre los dos. En este sentido, se sostiene que el Estado constitucional moderno ha encontrado un equilibrio adecuado, con su combinación entre un poder legislativo democrático fuerte y la ética iushumana constitucionalizada en los derechos fundamentales bajo protección judicial, en forma de justicia constitucional, por parte de jueces activos que entran al papel de una rama autónoma en el equilibrio de poderes del Estado constitucional¹⁴.

2. ORÍGENES HISTÓRICOS DEL ENFRENTAMIENTO

POSITIVISTA-IUSNATURALISTA

Este subcapítulo pretende acercarse a las condiciones históricas del enfrentamiento conceptual entre positivismo e iusnaturalismo que sirven como base de la hipótesis de Radbruch y von Hippel. Al respecto, la teoría jurídica de Uwe Wesel ha presentado un modelo según el cual existió originariamente una identidad entre el derecho y la moral, que con el tiempo cedió a una creciente separación, en la misma medida que creció la influencia de la política, hasta llegar a la identidad entre ésta y el derecho en el presente¹⁵. De este modelo puede criticarse la simplificación lineal y, además, que el autor subestima el derecho ético actual contenido en los derechos humanos y fundamentales. Sin embargo, se comparte con Wesel la identidad originaria entre el derecho y la moral, pues en las sociedades preestatales –los cazadores y recolectores, las sociedades agrarias simples y los jinetes nómadas de las estepas– no existieron diferenciaciones entre el derecho, la justicia, la ética, la costumbre y la religión, sino que había un sistema normativo integral no escrito derivado de la memoria, del cielo y de la naturaleza. El ser humano no se percibió como soberano frente al derecho, sino el derecho fue visto como algo eterno e inmodificable. Se pudo *encontrar* el derecho, pero no fue posible cambiarlo para mejorar consciente y progresivamente el futuro. Los cambios resultaron de la imprecisión de la memoria humana y de las oscilaciones interpretativas en la aplicación casuística¹⁶.

El nacimiento de las civilizaciones agrarias y de los primeros Estados alrededor del año 3000 a.C. llevó, en vista del desarrollo de la escritura, a experimentos con la grabación del derecho. Por primera vez se dio en forma de compilación en escritura cuneiforme, gracias al Rey Ur-Nammu del Reino mesopotámico de Ur, aproximadamente en el año 2100 a.C.; mientras la *maat* del Egipto faraónico quedó como un sistema consuetudinario de derecho, ética y normatividad religiosa. Desde entonces, varios estados dinásticos elaboraron esporádicamente colecciones jurídicas escritas, pero llama la atención que casi nunca ha sido comprobable la aplicación del respectivo texto en la práctica de las cortes de justicia. El rey fue

¹⁴ Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho*, Bogotá, Ibáñez, 2015, pp. 79 y ss, 161 y ss.

¹⁵ Wesel, Uwe, *Juristische Weltkunde*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁶ Comp. Marquardt, Bernd, *Historia mundial del Estado*, t. 1, *op. cit.*, pp. 21 y s, 31.

el juez supremo, no el legislador, pues en la percepción cultural preilustrada el derecho vino del cielo y de la tradición, pero no de la voluntad humana. De tal manera, los textos se presentaron como colecciones de un derecho preexistente y no como creaciones innovadoras.

El mismo patrón del derecho sobrepositivo apareció en la Europa medieval, donde la estatalización originaria y primaria llevó a varios textos normativos que ilustran para el lector de hoy el pensamiento jurídico de entonces, pero ninguna corte de justicia los usó como los fundamentos precisos de sus sentencias. Por ejemplo, el *Espejo Sajón* del año 1225 aproximadamente, se presentó en su prólogo como una supuesta colección auténtica de las tradiciones jurídicas preexistentes en Sajonia, mientras la *Paz territorial de Maguncia* del año 1235 quiso romper con las costumbres bélicas de la nobleza guerrera para consolidar el Sacro Imperio Romano Germánico al estilo de un Estado de la paz interna. Esta última fracasó por el rechazo de la respectiva facultad legislativa: los nobles entendieron su *ius ad bellum* como sagrado e irrevocable y la “ley” fue nada más que un acuerdo entre los nobles presentes, aprobado por el juramento personal al texto, mientras los ausentes y las nuevas generaciones negaron toda su validez y relevancia. La estructuración activa de la sociedad medieval por el derecho funcionó mejor a través del otorgamiento de privilegios, por ejemplo en la forma de la delegación masiva y paralela del *bando de la sangre* –la autorización a condenar a la pena de muerte– a las autonomías feudales, mientras la ley positiva, abstracta y general, no fue ninguna alternativa viable. La ley solo funcionó después de varias generaciones, cuando ganó por su antigüedad la reputación de la identidad con las tradiciones¹⁷.

El siglo XVI europeo llevó a una profundización del Estado legislador, impulsada por la innovación tecnológica de la imprenta con letras móviles, que posibilitó por primera vez la difusión masiva de textos normativos idénticos. Entre 1495 y 1555, se acordaron las *leyes fundamentales* del Estado de la paz interna en el caso del Sacro Imperio Romano Germánico, así como en el ámbito penal y procesal se codificó la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. De igual forma, varios textos medievales reeditados como las *Siete Partidas* de Castilla alcanzaron ahora más difusión y relevancia. Sin embargo, las cortes de justicia, e incluso las cortes supremas, continuaron con su estilo casuístico, orientándose en prejuicios y principios generales; así por ejemplo, en el caso del *Consejo Cesáreo Imperial Áulico* y la *Corte de la Cámara Imperial* del Sacro Imperio Romano Germánico, tenían que aplicar prioritariamente el derecho local consuetudinario y subsidiariamente los principios del *ius comune romano-germanicum*, según la bibliografía científica de entonces. También la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 fue presentada como una ley subsidiaria frente a las costumbres locales, excepto las garantías procesales y el carácter máximo de las penas previstas, aunque alcanzó por su calidad

¹⁷ Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales*, *op. cit.*, pp. 5 y ss; Id., *Historia mundial del Estado*, t. 1, *op. cit.*, pp. 78 y ss, 221 y ss.

jurídica una verdadera relevancia general. Sin embargo, todavía ningún juez de la *modernidad temprana* trabajó al estilo de la posterior subsunción¹⁸.

El gran catalizador para acentuar la dicotomía iusnaturalista-positivista, apareció en el marco de la transformación fundamental, impulsada por las tres revoluciones ilustradas del medio siglo comprendido entre 1776 y 1825, la norteamericana, la francesa y la hispanoamericana. Por una parte, los revolucionarios antisistémicos presentaron la figura del derecho natural para deslegitimar el derecho histórico del antiguo régimen europeo debido a su afirmada incompatibilidad con normas universales de una fuerza superior e innegable. Por otra parte, nunca tuvieron la visión de manejar la sociedad con normas sobrepositivas, sino que plantearon el proyecto de la codificación sistemática de su derecho natural. En este momento, el iusnaturalismo y el positivismo no fueron conceptos opuestos, sino que el primero puso a disposición los contenidos para el segundo, manifestándose en el Estado legislador moderno con sus *codificaciones del derecho natural* en asuntos constitucionales, penales, civiles, comerciales y procesales¹⁹. La idea no fue un normacentrismo vacío, sino promover la identidad entre la norma escrita y la ética universal. Esta ética se fundamentó en el paquete ideológico del *social-newtonianismo*, es decir, en la transferencia de la *naturaleza* de la ciencia natural líder de entonces, la física mecánica de Isaac Newton, a la sociedad humana con el fin de reestructurarla de acuerdo con dichos *principios naturales*. En particular, las revoluciones ilustradas quisieron romper con el poder de los jueces creativos para decidir casi libremente según principios y métodos tan vagos como generales, presentando el nuevo modelo del juez social-newtoniano como el *autómata de subsunción* teledirigida por la ley previa del poder legislativo democrático. Todo esto estuvo íntimamente conectado con la *revolución de la soberanía* alrededor de 1800, con la cual el Estado ganó la soberanía frente a las restricciones del antiguo régimen, e incluso la soberanía sobre el derecho con la facultad y el deber de mejorar legislativamente el futuro humano. De modo progresivo, se quiso acelerar la gran transformación. El fin de la vida estuvo ahora en la tierra y no en el cielo²⁰.

La afirmada identidad entre el derecho natural y el derecho positivo se rompió con el fracaso de la revolución francesa en la llamada restauración del *Congreso de Viena* de 1814-1815. Bajo una ideología antirrevolucionaria, se negó acentuadamente la existencia y relevancia del derecho natural, mientras fue conservada la ganancia de soberanía interna en forma de la estatalidad codificadora con leyes minuciosamente obligatorias para los jueces. De tal manera, se posibilitó el enfrentamiento entre el iusnaturalismo y el positivismo. El siglo europeo de la *Monarquía autocrática moderna* (1814-1918) se caracterizó por el principio monárquico, es decir,

¹⁸ Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales*, op. cit., pp. 9 y ss; Id., *Historia mundial del Estado*, t. 2, op. cit., pp. 47 y ss, 85 y ss, 103 y ss, 178 y ss.

¹⁹ Laufs, Adolf, *Rechtsentwicklung in Deutschland*, 6^a ed., Berlín, De Gruyter, 2006, pp. 179 y ss; Schlosser, Hans, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 9^a ed., Heidelberg, Müller, 2001, pp. 111, 125 y ss.

²⁰ Comp. Ogorek, Regina, *Aufklärung über Justiz* 2, 2^a ed., Fráncfort, Klostermann, 2008, pp. 39 y ss; Marquardt, *Historia Mundial del Estado*, t. 4, op. cit., pp. 25 y ss, 111 y ss.

la soberanía institucional del jefe de Estado, inclusive el poder constituyente del monarca; además de la negación de la prioridad de la constitución escrita y la limitación del constitucionalismo ético a derechos fundamentales vagos sin primacía ni guardián. Existieron estos derechos, pero sin base en el derecho natural, sino derivados de la gracia estatal. También la revolución francesa había negado la posibilidad de un guardián judicial de la Constitución, para acentuar el papel líder del poder legislativo democrático, pero la monarquía autocrática moderna cambió las prioridades para subrayar el papel dominante del poder ejecutivo. De tal manera, se aseguró la libertad de un legislador predemocrático que se compuso de modo tridimensional por una cámara señorial prioritaria –de los nobles, los relativos del Rey y los designados del mismo–, otra cámara electa según un sufragio de élite y el monarca mismo en la función del colegislador potente²¹.

El largo siglo XIX llevó a una *politización del derecho*. En lugar de la identidad con la ética, fue cada vez más relevante la influencia de las corrientes políticas en los poderes legislativos que se conformaron según rasgos liberales, conservadores y socialdemócratas –con varias subramas–. En este sentido, fue posible distinguir los códigos penales liberales con la confianza en lo bueno del hombre y penas moderadas, de los códigos conservadores que desconfiaron y buscaron penas drásticas; así como fue factible diferenciar códigos de comercio liberales con sellos librecambistas de códigos de comercio conservadores proteccionistas. La norma positivizada fue obligatoria también para los opositores políticos.

El positivismo jurídico alemán recibió empujes importantes por la dogmática de la *escuela pandectística* de científicos como Georg Friedrich Puchta (1798-1846), criticada por Rudolf von Jhering (1818-1892), a partir de 1884, como la *jurisprudencia de los conceptos*²². Aunque dicha escuela se formó originalmente en una situación precodificadora, la misma elaboró decisivamente la visión lógica y seudomatemática del derecho, solucionando casos mediante silogismos judiciales con la subsunción de hechos de la vida bajo una disposición normativa abstracta. De tal manera, el derecho fue reducido a un juego argumentativo sofisticado bajo la separación cortante de los contextos sociales y de las preguntas éticas de la justicia material.

En el Imperio Alemán de los decenios anteriores a la Primera Guerra Mundial, se detecta una teoría del Estado que fue prácticamente una metafísica del mismo, alrededor de ideas como las de Georg Meyer (1841-1900), que afirmó en 1895 la “omnipotencia” del Estado como el “poder jurídico más alto en la tierra”, aclarando: “Incluso actos de violencia brutales, si aparecen en forma de la ley, serían

²¹ Marquardt, Bernd, “Historia constitucional de la monarquía autocrática moderna y parlamentaria”, en Id (Ed.), *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio*, Bogotá, UNAL, 2015, pp. 19-130, 45 y ss, 51 y ss.

²² Meder, Stephan, *Rechtsgeschichte*, 2^a ed., Colonia, Böhlau, 2005, pp. 289 y ss, 338 y ss; Rüthers, Bernd, *Rechtstheorie*, 2^a ed., Múnich, Beck, 2005 (traducción: *Teoría del Derecho*, México, Ubijus, 2009), pp. 311 y ss, 318 y ss; Schlosser, *Grundzüge*, op. cit., pp. 154 y ss; Senn, Marcel, *Rechtsgeschichte*, 4^a ed., Zúrich, Schulthess, 2007, pp. 346 y ss, 377 y ss.

derecho formal para las cortes, autoridades y súbditos y obligatorias”²³. Con este soberanismo acentuado se correspondió la mentalidad estamental del juez subordinado y pro-gubernamental. A pesar de ciertas influencias de la teoría ilustrada de la separación de poderes, sin retomarse formalmente, pudo percibirse todavía la larga sombra del monarca como el verdadero señor de la justicia y juez supremo. Predominó el ideal de los jueces moderados, sumisos y serviles en vez del modelo de juez emancipado y crítico. En lugar de conformar una tercera rama de la organización estatal, apareció más un brazo prolongado y subordinado al principio monárquico. Esto fue más evidente en las sentencias penales y administrativas de la persecución a supuestos enemigos públicos, donde los jueces no defendieron los derechos fundamentales de aquellos, sino que hubo una larga tradición de imponer una cruda razón del Estado para intimidar y marginalizar a la oposición antisistémica, desde los juicios contra demagogos liberales previstos por los *Decretos de Karlsbad* de 1819, pasando por la persecución penal de los demócratas después de revolución fracasada de 1848, y por el llamado *combate cultural* al catolicismo político con el delito penal de abuso del púlpito a partir de 1871; enfocándose también en la época de la *Ley antisocialista* de 1878²⁴—hasta 1890—en la izquierda socialdemócrata, para terminar en los inicios del siglo XX con la persecución de las huelgas laborales²⁵. De tal manera, el modelo del juez perseguidor fue bien conocido, aunque él mismo no se percibió a sí mismo de tal manera, por el contrario, construyó la autoimagen de uno de los segmentos más honorables de la sociedad guillerminista, con un gran nivel de imparcialidad. De modo paralelo, varios científicos como Karl von Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) y Georg Jellinek (1851-1911) acentuaron la teoría del positivismo jurídico²⁶.

Aunque la transformación forzada al sistema republicano en 1918 y la subsiguiente *Constitución de Weimar* de 1919²⁷ impusieron la separación de poderes y la independencia formal de la justicia, continuaron los antiguos jueces educados en el Estado de los Hohenzollern, con la respectiva mentalidad antidemocrática en sus cabezas²⁸. Esto fue bien visible en la justicia penal desigual y antipositivista frente a delitos políticos, donde los jueces continuaron ininterrumpidamente bajo los patrones de los enemigos públicos, interiorizados en los decenios anteriores, condenando masivamente a delincuentes de la izquierda y tratando a los de la derecha con un alto grado de simpatía e impunidad *de facto*. Autores como Gumbel y Hannover han reconstruido que los juzgados alemanes, de 1918 a 1922, condenaron por 22 asesinatos políticos cometidos por delincuentes de la izquierda a diez penas de muerte, tres cadenas perpetuas y 248 años y nueve meses de prisión; mientras los 354 asesinatos políticos cometidos por delincuentes de la

²³ Meyer, Georg, *Der Staat und die erworbenen Rechte*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pp. 14 y ss.

²⁴ *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie* de 1878, en *RGBl.*, 1878, pp. 351 y ss.

²⁵ Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales*, *op. cit.*, pp. 107-112.

²⁶ Kroeschell, Karl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. 3, *Seit 1650*, 3^a ed., Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2001, pp. 247 y ss.

²⁷ *Verfassung des Deutschen Reiches* de 1919, en *RGBl.*, 1919, pp. 1383 y ss.

²⁸ Walther, *Juristischer Positivismus*, *op. cit.*, p. 269.

derecha no recibieron ninguna pena de muerte, tan solo una pena perpetua y 90 años y dos meses de prisión²⁹.

Además, la época de la República de Weimar (1919-1933) se caracterizó por un fuerte conflicto de métodos entre los teóricos del Estado³⁰. Por una parte, hay que señalar la escuela de los positivistas, alrededor del demócrata Gerhard Anschütz (1867-1948)³¹, el socialdemócrata Gustav Radbruch (1878-1949) y también el demócrata Hans Kelsen (1881-1973)³², quienes acentuaron el problema del ser y el deber ser y marcaron aún más la separación entre el derecho y la moral³³. Por otra parte, la escuela antipositivista se compuso de modo heterogéneo por el nacionalista Heinrich Triepel (1868-1946), el nacionalista Rudolf Smend (1882-1975), el socialdemócrata Hermann Heller (1891-1933), el conservador y posterior jurista de la corona del Tercer Imperio³⁴ Carl Schmitt (1888-1985) y el filósofo Erich Kaufmann (1880-1972). De los mencionados, Anschütz había afirmado en la época de la monarquía: “El Estado es jurídicamente omnipotente. [...] Él no puede cometer injusticias” (1897)³⁵; mientras Radbruch escribió en 1932: “La ciencia jurídica [...] sería incapaz de negar con buenas causas la validez de los imperativos de un paranoico que se llama Rey”³⁶. Para evitar malentendidos: en el contexto weimariano, se detecta más positivistas en el lado prodemocrático y más antipositivistas en el lado de los anticonstitucionalistas de la derecha. Esto puede sorprender a primera vista, pero hay que tener en cuenta que los portadores de la monarquía estuvieron ahora en el nuevo papel de oposición, en el cual interpretaron el cambio del sistema político en 1918-1919 como un acto de traición; por lo tanto, no reconocieron la Constitución weimariana de 1919 como legítima y, en particular, percibieron que el poder legislativo estaba ahora en manos y en beneficio de los republicanos. En otras palabras, si querían criticar la ley republicana, necesitaban asumir una posición por fuera del positivismo.

El positivismo social-liberal de la época de Weimar fue precisamente un *positivismo decapitado*, pues no fue incluido profundamente en la Constitución.

²⁹ Gumbel, E. Julius, *Vier Jahre politischer Mord*, Berlín, Neue Gesellschaft, 1922, pp. 81 y 149. Confirmación: Hannover, Heinrich & Hannover-Drück, Elisabeth, *Politische Justiz 1918-1933*, Fráncfort, Fischer, 1966, p. 18. Véase también: Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 31 y ss; Gross, Raphael, *Anständig geblieben, Nationalsozialistische Moral*, Bonn, BPB, 2010, p. 131; Schönehoven, Klaus, “Republik ohne Rechtsschutz”, en Hutter, Franz-J. & Tessmer, Carsten (Ed.), *Die Menschenrechte in Deutschland*, Múnich, Beck, 1997, pp. 73-88; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, pp. 469 y ss; Walther, *Juristischer Positivismus*, *op. cit.*, pp. 265 y s.

³⁰ Korb, Axel, *Kelsens Kritiker*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 31 y ss, 63 y ss, 106 y ss, 123 y ss, 135 y ss, 148 y ss; Stolleis, *A history of Public Law*, t. 3, *op. cit.*, pp. 139-178; Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 330 y s.

³¹ Se trató del comentarista principal y más estimado de la *Constitución de Weimar* de 1919.

³² Obra clásica: Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Leipzig & Viena, Deuticke, 1934.

³³ Rüthers, *Rechtstheorie*, *op. cit.*, pp. 318 y ss; Walther, *Juristischer Positivismus*, *op. cit.*, pp. 272 y s.

³⁴ Término del politólogo Waldemar Gurian (1902-1954). Comp. Mehring, Reinhard, *Carl Schmitt, Aufstieg und Fall*, Múnich, Beck, 2009, pp. 281, 289, 296, 322; Sosa, Francisco, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff*, Madrid, M. Pons, 2008, pp. 14 y ss.

³⁵ Anschütz, Gerhard, *Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt*, Berlín, C. Heymanns, 1897, pp. 1, 14.

³⁶ Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 3^a ed., Leipzig, Quelle & Meyer, 1932, pp. 77, 83 y s.

Especialmente quedó limitado el valor garantista del catálogo amplio de derechos fundamentales (arts. 109-165), pues se trató de normas programáticas para la orientación del legislador³⁷, tan solemnes como vagas, sin establecerse ningún guardián judicial de las mismas. De tal manera, se partió de la gran libertad del legislador, no solo para concretizar las barreras de los derechos, sino para modificar cualquier contenido de la carta sin necesidad de efectuar este cambio en el texto constitucional mismo. Faltó la separación cortante entre los poderes constituyente y legislativo. De la época imperial, el derecho weimariano retomó el principio de la *reserva para la ley* (Vorbehalt des Gesetzes), es decir, las intervenciones en la esfera de la sociedad requirieron de la forma de la ley, pero sin entenderla predeterminada en términos materiales y éticos. En otras palabras, quedó ausente toda dogmática eficaz para garantizar el núcleo de los derechos fundamentales como intocable. De igual forma, la dogmática jurídica conoció, como una herencia de la época guillerminista, la figura autocrática de los *besondere Gewaltverhältnisse* –las relaciones especiales de poder– para subrayar la vinculación más intensa de ciertas personas con el poder estatal, fuera de la zona general de los derechos fundamentales y de la reserva para la ley, aplicando esta última a círculos tan heterogéneos como los prisioneros, los estudiantes de colegio y universidad, los conscriptos y todo tipo de funcionario público –incluyendo los jueces–.

También puede repensarse la posibilidad de un *positivismo deshonesto*. La dogmática jurídica alemana obligó a un esquema estricto para evaluar y solucionar casos, transferido con una enorme rigidez a las cabezas de los estudiantes de derecho; pero el esquema entró, al fin, a la gran libertad de retomar la opinión a, b o c de la jurisprudencia o doctrina, sin prejuicio obligatorio, posibilitando una variedad de resultados defendibles que dependieron, prácticamente, de la evaluación previa del aplicador. De tal manera, la autoimagen positivista sirvió para liberar la conciencia de los jueces de las evaluaciones previas y reales, de modo que ellos pudieran presentarse como un círculo de supuestos sabios absolutamente imparciales con decisiones que salieron de operaciones lógicas innegables.

No obstante, también el antipositivismo neo-iusnaturalista mostró problemas de veracidad. Si se comparan los contenidos precisos de las teorías del derecho natural de los derechistas del *Interbellum* con el perfil liberal de las revoluciones ilustradas alrededor de 1800, o con la justicia estamental de la época medieval de Tomás de Aquino, prácticamente no se encuentra nada en común. Por eso, la teoría jurídica crítica de Uwe Wesel compara el derecho natural con *el mago y el conejo*: lo que se esconde con anticipación en el sombrero, es lo que va a salir en el show³⁸.

Hay que anotar que el enfrentamiento positivista-iusnaturalista tuvo una solución a largo plazo: el Estado constitucional fuerte, con la positivización de la ética liberal, social y ambiental en forma de derechos fundamentales intocables, protegidos

³⁷ Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 319 y s.

³⁸ Wesel, *Juristische Weltkunde*, op. cit., p. 73.

por una justicia constitucional fuerte que actúe como la verdadera tercera rama de la organización estatal, independiente frente al poder legislativo y ejecutivo. Sin embargo, para poder reconocer la necesidad y la prioridad de la Constitución, tuvo que pasarse por una especie de infierno de justicia.

3. LA DECONSTRUCCIÓN DE LAS CONSTITUCIONES DE WEIMAR (1930-1933) Y VIENA (1933-1938)

Para un mayor grado de claridad, puede anotarse lo siguiente: desde el momento de su nacimiento, la República de Weimar (1919-1933) fue condenada a la muerte. Por supuesto, no a la muerte traumática que recibió finalmente y, tampoco, sin opción a un indulto en el transcurso del tiempo, pero con una probabilidad limitada a recibirlo.

Uno de los grandes mitos de la democracia moderna consiste en la suposición de que solo hay que introducirla y después funcionaría perfectamente a causa de la superioridad de su calidad ética y de su modo de solucionar conflictos. De tal manera, se tiende fácilmente a ignorar el problema de la situación fundacional que se puede comprobar empíricamente en casi cualquiera primera democratización de un país. La democracia joven tiene que trabajar con élites socializadas en el régimen anterior y que no han aprendido la cultura democrática. Necesitan aplicar por primera vez un sistema competitivo, sin disponer de ninguna experiencia práctica sobre la delimitación tan fina como fundamental entre los medios de competición permitidos y prohibidos.

En la primera república alemana, hubo una escasez enorme de demócratas en los sectores interiores del Estado. El sistema se caracterizó por la continuidad de las élites guillerministas, tanto en la diplomacia como en el liderazgo militar, y además, en los altos funcionarios, en los profesores y también en el aparato de justicia. El resultado fue paradójico: en los segmentos más íntimos del poder público, se encontraron solo pocas personas que estimaron el Estado *concreto*. En cuanto a los jueces, puede detectarse el perfil predominante de la identificación con la derecha, al margen o fuera de la Constitución de 1919. La afiliación típica del juez weimariano se dirigió a uno de los partidos nacionalistas y restaurativos, no como tal al partido nazi con su perfil popular y anti-intelectual, pero sí con mucha cercanía en sus planteamientos generales³⁹. No era fuera de lo común que en la mentalidad del jurista de entonces se percibiera al político republicano como una especie de traidor del Estado y la nación.

Este problema general se mezcló con dos maldiciones especiales. El primer problema fue la republicanización a la fuerza, impuesta desde afuera por las potencias victoriosas de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), especialmente los EE.UU.,

³⁹ Angermund, *Deutsche Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 40 y ss; Möller, Horst, *Die Weimarer Republik. Eine unvollendete Demokratie*, 10^a ed., Múnich, DTV, 2012, pp. 184 y ss.

que habían transformado la Gran Guerra, a partir de 1917, en una especie de cruzada para la democracia. En la caída de los tronos en Berlín, Dresde, Múnich, Stuttgart o Viena, jugó un papel adicional la adopción de prácticas revolucionarias por parte de los conscriptos en los ejércitos populares, el instinto de poder de la hasta entonces oposición y la deslegitimización de los monarcas por el fracaso en su función más tradicional, la del liderazgo militar. En definitiva, el origen de la República es una mezcla entre la imposición desde afuera y la revolución interna, esto contribuyó para ser interpretada como ilegitima.

La segunda maldición específica fue la gran humillación por el *Tratado de Paz de Versalles* de 1919⁴⁰. Los vencedores rompieron con la tradición europea de las paces reconciliadoras en beneficio de una paz acentuadamente orgullosa y vencedora. Primero, obligaron a la joven República a reconocer la culpa unilateral de las potencias vencidas (art. 231), en contra de la veracidad histórica de la responsabilidad colectiva de las cinco grandes potencias europeas en el sistema internacional de la *anarquía de la soberanía*, quienes habían iniciado una especie de mundial para determinar el verdadero campeón bélico⁴¹. Segundo, estigmatizaron al emperador alemán como un criminal de guerra (art. 227) –aunque hubo todavía un *ius ad bellum* libre sin criminalización de la guerra y a pesar de múltiples excesos de violencia en todos los lados-. Tercero, impusieron cesiones territoriales significativas, oficialmente bajo el lema de la autodeterminación de los pueblos, pero efectivamente al estilo del derecho del vencedor –obligando a Alemania a cesiones de múltiples territorios germanoparlantes, concebidas como mutilaciones nacionales-. Cuarto, prohibieron la reunificación de Austria, deseada en la tradición de la Federación Germánica. Quinto, establecieron la desmilitarización unilateral. Sexto, obligaron a pagar la guerra de los vencedores con reparaciones excesivamente altas; y séptimo, previeron la pérdida –por lo menos pasajeramente– de las principales zonas industriales. Los políticos republicanos que firmaron dicha paz fueron estigmatizados como los *políticos sirvientes* (*Erfüllungspolitiker*) de los enemigos. Además, la derecha difundió la *Leyenda de la puñalada por la espalda* (*Dolchstoßlegende*), según la cual, la rebelión de los republicanos había asesinado por la espalda a las fuerzas armadas alemanas no vencidas, aunque solo el liderazgo militar alrededor del ambiguo general Ludendorff hubiera podido ser un eventual candidato para dicha acción. En resumen, la humillación de Versalles entregó a la derecha alemana el aspecto clave para deslegitimar la república constitucional y exigir políticas para la restauración del orgullo nacional, mientras las fuerzas pro-sistémicas no supieron defenderse frente a las estigmatizaciones colectivas y profundas⁴².

⁴⁰ *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne, Traité de Versailles, le 28 juin 1919*. Comp. Marquardt, Bernd, “200 años del Congreso de Viena (1814/1815) y 100 años de la Primera Guerra Mundial (1914/1918)”, en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 40, Bogotá, UNAL, 2014, pp. 15-68, 45 y ss.

⁴¹ Clark, Christopher, *The Sleepwalkers*, Londres, Penguin Books, 2013.

⁴² Comp. Büttner, Ursula, *Weimar, Die überforderte Republik*, Bonn, BPB, 2010, p. 500; Mai, Gunther, *Die Weimarer Republik*, Múnich, Beck, 2009, pp. 37 y ss; Möller, *Die Weimarer Republik, op. cit.*, pp. 140 y ss; Mommsen, Hans, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996, pp. 89 y ss.

El resultado principal de esta constelación fue la *democracia sin demócratas*, o mejor dicho, *sin mayoría* de demócratas. Ya en la primera elección parlamentaria, efectuada en 1920, los partidos pro-sistémicos fueron reducidos al papel minoritario del 43% de los escaños. En las elecciones de 1924, se logró, por la renuncia de los nacional-liberales al monarquismo, una nueva mayoría pro-sistémica más conservadora, pero se perpetuaron también fuertes márgenes de la derecha e izquierda acentuada por fuera de este consenso mínimo que ganó, finalmente, un papel mayoritario⁴³. Ambos no pudieron cooperar a causa de sus diferencias ideológicas insuperables, pero se estableció un clima político en el cual solo una minoría de los alemanes estuvo dispuesta a identificarse con el Estado concreto.

Uno de los efectos más dramáticos fue un enorme grado de violencia política con las dos olas principales de 1918 a 1923 y de 1929 a 1933, caracterizadas por actividades paramilitares de la derecha, combatientes de la izquierda y una violentización del poder estatal mismo, que aprendió a aplicar medidas duras del Estado de la paz y seguridad interna, incluyendo ejecuciones federales en Estados federados desobedientes (art. 48 I de la Constitución de Weimar)⁴⁴. En once de sus 15 años, la primera República alemana mostró síntomas fuertes de un *Estado fallido*, pero contradictoriamente en un Estado que fue, de modo paralelo, una potencia mundial renaciente en términos militares, industriales, tecnológicos, organizacionales e intelectuales –una combinación explosiva–.

Hay que ver todo lo expuesto en un contexto europeo común. Los decenios posteriores a la Primera Guerra Mundial se caracterizaron generalmente por el ascenso de ideologías antiliberales. En muchos círculos intelectuales estuvo de moda acentuar posiciones del Estado fuerte, del nacionalismo agudo y del Estado paternalista, mientras el liberalismo entró en crisis al ser visto como la ideología del siglo pasado que ya había sido superada. En este espíritu, no sorprende mucho que la mayor parte de las jóvenes repúblicas europeas se transformaran del modelo del Estado constitucional democrático, en variantes más o menos acentuadas de la República autocrática o dictadura soberana. Alemania fue parte de estas tendencias continentales.

Vale la pena revisar ahora los problemas estructurales en la Carta alemana de 1919. El primero de estos, puede resumirse en la Constitución sin guardián, es decir, no se retomó la propuesta de la Constitución fracasada de Fráncfort de 1849 de instaurar una justicia constitucional fuerte con facultades del amparo iusfundamental, sino que en su lugar el *Tribunal del Estado* (art. 108 de la carta de 1919) no fue competente ni para recursos de amparo ni para el control de constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, los derechos fundamentales liberales y sociales que –a diferencia de la Constitución imperial muy técnica de 1871– ahora fueron incluidos

⁴³ Álvarez, Leonardo, “La Constitución de Weimar, ¿Una República sin republicanos?” en revista *Historia Constitucional*, núm. 12, Madrid, CEPC, 2011, pp. 443-459, 443, 457; Büttner, *Weimar, op. cit.*, pp. 147 y ss, 377 y ss.

⁴⁴ Büttner, *Weimar, op. cit.*, pp. 182 y ss; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte, op. cit.*, pp. 322 y ss.

en los artículos 109 a 165 de la norma de normas, quedaron muy débiles y fuera del núcleo de la teoría y la práctica jurídica. Consecuentemente, para un futuro caudillo fue fácil eliminarlos por completo.

La segunda debilidad estructural consistió en las medidas excepcionales del Estado de la paz interna, previstas en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, que autorizó al Presidente de la República tanto a ejecuciones federales contra Estados federados desobedientes, como a todas las demás medidas declaradas necesarias para superar amenazas a la seguridad interna y al orden público; inclusive el uso interno de las fuerzas armadas y la suspensión de los derechos fundamentales de la libertad de la persona (art. 114), de la inviolabilidad de la vivienda (art. 115), del secreto postal (art. 117), de la libertad de expresión, de la libertad de prensa (art. 118), de la libertad de reunión (art. 123), de la libertad de asociación (art. 124) y de la propiedad (art. 153). Esto fue entendido en la práctica como la facultad presidencial de promulgar decretos legislativos con dichos contenidos excepcionales. No existió el requisito de la autorización previa por el parlamento, sino que el presidente estuvo en plena libertad de diagnosticar la perturbación de la seguridad interna y de tomar las medidas consideradas como adecuadas. Aunque no se trató de la intención de la Asamblea Constituyente, el artículo 48 posibilitó un “estado de sitio” excesivo, hasta vaciar completamente la carta bajo la apariencia de lo legal. Para la contextualización, vale la pena recordar la famosa frase de 1922 del teórico jurídico neo-hobbesiano de la derecha alemana Carl Schmitt: “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción”⁴⁵.

Todo lo dicho se reforzó por la presión social de la Gran Depresión económica de 1929. Ante un desempleo masivo hasta del 29,9% (1932) y un neo-pauperismo no esperado, el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, con su mezcla ideológica entre nacionalismo y socialismo, su perfil populista y sus respuestas supuestamente fáciles, mostró éxitos electorales y ascendió en 1930 al rango del segundo partido más fuerte del parlamento (18,3%), ganando en 1932 incluso la mayoría relativa del 37,4% y en 1933 el 43,9%, lo que logró combinarse con los escaños del Partido Nacional del Pueblo Alemán para disponer, en 1933, de la mayoría absoluta⁴⁶.

Ya a partir de 1930, la República alemana se transformó en una dictadura presidencial en manos del militar y noble Paul von Hindenburg (1925-1934), un monarquista con una distancia enorme frente a los contenidos de la Constitución republicana. Este año de 1930 fue también el momento clave en el cual gran parte de las élites funcionales –inclusive los juristas– revocaron su lealtad a la democracia, asumida penosa y parcialmente desde el apaciguamiento del clima político en 1924. A partir de 1930, Hindenburg gobernó con gabinetes presidenciales sin respaldo de coaliciones parlamentarias. Estos gabinetes en manos de los canci-

⁴⁵ Schmitt, Carl, *Politische Theologie*, 8^a ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2004, p. 13.

⁴⁶ Büttner, *Weimar*, op. cit., pp. 418 y ss, 444 y s, 473 y s, 507; Mai, *Die Weimarer Republik*, op. cit., pp. 106 y ss; Mommsen, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, op. cit., pp. 318 y ss.

lleres conservadores Brüning, von Papen y von Schleicher, fueron protegidos por el estado de sitio permanente con base en el artículo 48 de la Constitución y los respectivos decretos presidenciales para poder gobernar con independencia del consenso parlamentario⁴⁷. Uno de estos decretos de 1932, autorizó el *golpe de Estado prusiano* (Preußenschlag)⁴⁸, una ejecución federal con la cual Hindenbburg eliminó el último bastión de la oposición socialdemócrata, destituyendo con una argumentación manipulada al gobierno del Estado federado más grande –idéntico con el 62% del territorio completo– para unificarlo con el gobierno imperial. En el subsiguiente enfrentamiento jurídico ante el Tribunal del Estado, los jueces subrayaron su no disposición a defender la Constitución de Weimar y su principio federal⁴⁹. Como cuarto canciller de esta dictadura presidencial, Hindenbburg nombró en 1933 al líder del partido más fuerte en el parlamento, el nacionalsocialista de origen austríaco Adolf Hitler⁵⁰.

Con base en el *Decreto presidencial para la Protección del pueblo y del Estado* o *Decreto del incendio del Reichstag de 1933*⁵¹, que suprimió los derechos fundamentales de la comunicación política y agudizó el derecho penal político, Hindenbburg y Hitler empezaron a perseguir a la oposición política según lógicas antiterroristas. Siguió la *Ley para superar la emergencia que amenaza al Pueblo y al Estado* o *Ley habilitante* de 1933, con la cual el parlamento alemán se autoderrocó⁵². Basada en los votos no solo de los partidos de la derecha extrema, sino también de todos los partidos burgueses, con la única excepción de noventa y cuatro socialdemócratas, el parlamento delegó el poder legislativo al ejecutivo y revocó, de tal manera, el principio de la separación horizontal de poderes. Así mismo, la *Ley habilitante* estipuló que estas leyes ejecutivas pudieran distinguirse de los contenidos de la Constitución. En el espíritu del positivismo jurídico acentuado, se partió de una modificación *legal* de la Constitución vigente sin suprimirla –el constitucionalista Heinrich Triepel

⁴⁷ Frotscher, Werner & Pieroth, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, 13^a ed., Múnich, Beck, 2014, pp. 275 y ss; Mommsen, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, *op. cit.*, pp. 399 y ss; Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 331 y ss.

⁴⁸ *Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Preußen* de 1932, en *RGBl.* I, 1932 I, p. 377. Al respecto: Büttner, *Weimar*, *op. cit.*, pp. 471 y s; Dyzenhaus, David, “Legal Theory in the Collapse of Weimar”, en revista *American Political Science Review*, t. 9, núm. 1, New Hampshire, APCA, 1997, pp. 121-134.

⁴⁹ Staatsgerichtshof, *Preußen contra Reich, sentencia de 25 de octubre 1932*, en *RGZ*, t. 138, 1932, anexo, pp. 1-43.

⁵⁰ Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, p. 335.

⁵¹ *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* de 1933, en *RGBl.* I, 1933, p. 83. Comp. Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 303 y ss; Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, p. 337.

⁵² *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* de 1933, en *RGBl.* I, 1933, pp. 141 y ss. Véase Benz, Wolfgang, *A Concise History of the Third Reich*, Berkeley, University of California Press, 2006, pp. 26 y ss; Eisenhardt, Ulrich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6^a ed., Múnich, Beck, 2013, pp. 383 y s; Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 305 y ss; Laufs, *Rechtsentwicklung*, *op. cit.*, pp. 390 y ss; Meder, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 360 y s; Rüthers, *Die Gesetzgebung*, *op. cit.*, pp. 121 y s; Stolleis, Michael, *A history of Public Law in Germany*, t. 3, 1914-1945, Oxford, University Press, 2004, pp. 332 y ss; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, pp. 494 y s; Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, p. 338.

habló en 1933 de la “revolución legal”⁵³–, teniendo en cuenta que el artículo 76 de la carta había autorizado al legislador a cualquier modificación constitucional con la mayoría calificada de dos tercios de los parlamentarios. Incluso autores liberales como Anschütz habían defendido esta potestad parlamentaria, sin prever ninguna garantía de un núcleo intocable. Por lo demás, cabe constatar que los parlamentarios nacionalistas y burgueses involucrados, empezaron a reemplazar los valores básicos del constitucionalismo moderno por su antítesis más radical⁵⁴.

En este sentido, siguieron los decretos-leyes de homogeneización (Gleichschaltung) que suprimieron toda la organización federal del Estado, proveniente de una tradición milenaria, transformando los Estados federados en *gobernaciones imperiales* dirigidas centralmente⁵⁵. De igual forma, eliminaron el sistema competitivo de varios partidos políticos, por ejemplo bajo la declaración ministerial de que el Partido Socialdemócrata Alemán sería una *organización hostil al Estado y pueblo*⁵⁶. Por el contrario, el Partido Nacionalsocialista, según el *Decreto-ley contra la formación de nuevos partidos* de 1933⁵⁷, quedó como el partido único, lo que fue confirmado por el *Decreto-ley para asegurar la unidad entre partido y Estado* del mismo año⁵⁸, que presentó el papel del partido como el portador del concepto alemán de Estado y su carácter jurídico como una corporación del derecho público. En la misma lógica, se decretó la expropiación de los bienes usados para la agitación comunista y socialdemócrata, sin otorgar indemnizaciones. La dieta imperial como tal continuó existiendo como un parlamento unipartidista, pero su papel marginalizado fue subrayado por la autorización de solo siete leyes de la época nazi –en comparación con 986 leyes ejecutivas⁵⁹–.

Prácticamente, todo derecho fundamental de tipo liberal fue revocado, por ejemplo la libertad de prensa mediante una ley de 1933 que declaró el trabajo del periodista una función pública (§ 1), subordinado al deber de publicar en beneficio del poder imperial, de la voluntad colectiva del pueblo y del honor del alemán (§ 14) y bajo el control del Ministerio de propaganda (§ 26) y amenazas penales (§ 38)⁶⁰, así como también resultó revocado el derecho de reunión⁶¹. Un eufemismo habló de la diso-

⁵³ Boldt, Hans, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. 2, 2^a ed., Múnich, DTV, 1993, p. 268; Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, p. 297.

⁵⁴ Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 339 y s.

⁵⁵ *Gesetz über den Neuauftbau des Reichs* de 1934, en *RGBl. I*, 1934, p. 75. Véase Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 308 y ss; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, p. 338.

⁵⁶ Comp. el artículo *Das Verbot der SPD*, *Wohlverdientes Ende der marxistischen Landesverrapspartei*, en periódico *Völkischer Beobachter* de 24 de junio de 1933, publicación virtual en: <http://www.demokratiegeschichte.eu/index.php?id=207> (31.03.2015).

⁵⁷ *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien* de 1933, en *RGBl. I*, 1933 p. 479. Al respecto: Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 311 y ss.

⁵⁸ *Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat* de 1933, en *RGBl. I*, 1933 p. 1016. Comp. Benz, *A Concise History of the Third Reich*, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁹ Deutscher Bundestag (Ed.), *Deutscher Parlamentarismus, Nationalsozialismus (1933-1945)*, publicación virtual en: http://www.bundestag.de/kulturundgeschichte/geschichte/parlamentarismus/drittess_reich/ (31.03.2015).

⁶⁰ *Schriftleitergesetz* de 1933, en *RGBl. I*, 1933, pp. 713-717.

⁶¹ *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des Deutschen Volkes* de 1933, en *RGBl. I*, 1933, pp. 35-40.

lución de la separación artificial entre Estado y sociedad⁶². El *Decreto-ley para la restauración del servicio público profesional de 1933*⁶³ posibilitó la expulsión de todos los funcionarios públicos, jueces, profesores y diplomáticos que fueron sospechosos de deslealtad al Estado nacional, por su orientación política o por su pertenencia a la fe judía. De los 378 profesores de ciencias jurídicas de las universidades alemanas, 120 perdieron su profesión, abriendo los respectivos puestos para jóvenes docentes *habilitados* con una orientación pro-sistémica⁶⁴. Llama la atención que después de las limpiezas políticas y religiosas de la fase inicial, se presentaron muy pocos casos de una persecución disciplinaria de jueces, profesores de derecho u otros funcionarios por deslealtad política, es decir, el sistema pudo confiar en un nivel aumentado de obediencia según sus expectativas.

La política anti-iusfundamental más llamativa de la dictadura nazi se dirigió a la exclusión de la minoría religiosa de los judíos que contuvo aproximadamente el 0,9% de los alemanes, pero el 22% de los abogados litigantes⁶⁵. A pesar de que el partido nazi se entendió a sí mismo como un movimiento igualitario, revocó la igualdad legal para dicha comunidad religiosa, sometiéndola a múltiples normas excluyentes inspiradas en el derecho que la Europa preilustrada había aplicado a los creyentes de la fe mosaica, desconstruyendo así, entre 1935 y 1941, cada vez más su pertenencia a la ciudadanía alemana⁶⁶. Precisamente, los nazis declararon a los judíos una supuesta raza inferior⁶⁷, mezclando el antijudaísmo preilustrado con inspiraciones en el racismo colonial del imperialismo europeo y la respectiva teoría seudo-científica del *darwinismo social*⁶⁸. Hasta 1941, la política oficial se enfocó en la presión a la emigración, principalmente a las Américas y Palestina, lo

⁶² Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. 2, *op. cit.*, pp. 275 y ss.

⁶³ *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamteniums* de 1933, en *RGBI.* I, 1933 p. 175. Véase Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 50 y ss; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, p. 344.

⁶⁴ En todas las carreras, fue expulsado el 18,6% de los profesores. De ellos, el 62,2% emigró. Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, p. 89; Grüttner, Michael & Kinias, Sven, “Die Vertreibung von Wissenschaftlern aus den deutschen Universitäten 1933-1945”, en revista *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, vol. 55, núm. 1, Múnich, Oldenbourg, 2007, pp. 123-187, 141, 143.

⁶⁵ Büttner, *Weimar*, *op. cit.*, pp. 283 y ss; Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

⁶⁶ La *Ley de ciudadanía imperial* de 1935 confirmó la ciudadanía judía, pero con menores derechos. En una sentencia de 1936, la Corte Imperial igualó el origen judío con la muerte civil para posibilitar la dimisión de un contrato con un director de cine judío. El 5º reglamento de la *Ley de ciudadanía imperial* de 1938 prohibió a los judíos la profesión del abogado litigante. El reglamento de nombres de 1938, obligó a retomar los nombres *Israel* o *Sara*. El 11º reglamento de la *Ley de ciudadanía imperial* de 1941 llevó a la pérdida completa de la ciudadanía. Normas: *Reichsbürgergesetz* de 1935, en *RGBI.* I, 1935, p. 1146; *Reichsgericht, Zivilsenat, sentencia de 1936*, en revista *Juristische Wochenschrift (JW)*, Leipzig, Moeser, 1936, pp. 2537 y ss; 5. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz* de 1938, en *RGBI.* I, 1938, pp. 1403-1406; 2. *Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen* de 1938, en *RGBI.* I, 1938, p. 1044; 11. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz* de 1941, en *RGBI.* I, 1941, p. 722. Al respecto: Benz, Wolfgang, *Der Holocaust*, 8ª ed., Múnich, Beck, 2014, pp. 23 y ss; Brenner, Michael, *A short History of the Jews*, Princeton, Univ. Press, 2010, pp. 320 y ss; Meyer, Beate, “*Ausgrenzung und Vernichtung der Juden 1933-1945*”, en Herzog, Arno & Rademacher, Cay (Eds.), *Die Geschichte der Juden in Deutschland*, Bonn, BPB, 2008, pp. 196-217.

⁶⁷ No se persiguió según el criterio de la fe practicada, sino según la descendencia de la sangre judía, inclusive personas ateistas, cristianos de conversión y cristianos que descendieron de dos o menos abuelos judíos (llamados *Mischlinge*, mestizos).

⁶⁸ Senn, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 381 y ss; Id. & Gschwend, *Rechtsgeschichte II*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

que efectivamente fue llevado a cabo por aproximadamente el 70% de los judíos alemanes⁶⁹.

Mediante la legitimación plebiscitaria, la autocracia nazi unificó en 1934 la rama ejecutiva dual, es decir, el puesto del presidente con el de canciller, bajo la nueva denominación *Führer* (caudillo), en manos del dictador Hitler⁷⁰. En este momento, todos los contenidos éticos y limitadores de la Carta de Weimar fueron suprimidos sin que se hubiera derogado la carta en términos formales. Ya en 1933, el jurista de la corona del Tercer Imperio Carl Schmitt comentó: “La Constitución de Weimar ya no es válida”⁷¹. La única memoria vaga de la Carta consistió en la renovación puntual de la Ley habilitante cada cuatro años. Prácticamente, la norma de normas fue reemplazada por un derecho político no codificado, enfocado en dos principios básicos: primero, la *comunidad popular* posindividualista y colectivista y, segundo, el *principio del caudillo* (*Führerprinzip*)⁷² que reactivó el principio monárquico (*monarchisches Prinzip*) del largo siglo XIX⁷³ bajo la transferencia conceptual a la dictadura nazi, realizando una variante acentuada de la *unión de poderes* en vez de la separación de los mismos. Este modelo de la *monarquía republicana* le gustó a muchos alemanes de entonces, socializados en la época de la monarquía, pues reconocieron una especie de neo-emperador salvador con un origen entre ellos mismos. Una síntesis del nuevo derecho político fue presentada en 1939 por el anti-constitucionalista Ernst Rudolf Huber en su libro *Derecho constitucional del Imperio Gran Alemán*⁷⁴.

La destrucción de la segunda Constitución republicana joven en el territorio de la posterior dictadura nazi, la austriaca de 1920⁷⁵, empezó también en 1933 con el autogolpe de Estado del canciller Engelbert Dollfuss, promovido por los grupos paramilitares de los *Heimwehren* (autodefensas patrióticas), y la subsiguiente construcción de la *dictadura austrofascista*, bajo los sellos del nacionalismo alemán y de la estatalidad autocrática neo-estamental⁷⁶. La ideología nacionalista de ser el segundo Estado alemán, e incluso el mejor, promovió el concepto de la reunifica-

⁶⁹ Comp. Asmuss, Burkhard (Ed.), *Holocaust*, Berlín, DHM, 2002, pp. 65 y ss; Benz, *Der Holocaust*, op. cit., pp. 30 y ss; Brenner, *A short History of the Jews*, op. cit., pp. 331 y ss; Scriba, Arnulf, *Emigration aus dem NS-Staat*, Berlín, DHM, 2006, publicación virtual en: <https://www.dhm.de/lemo/kapitel/ns-regime/etablierung/paris/> (31.03.2015); Jüdisches Museum Berlin & Haus der Geschichte (Eds.), *Heimat und Exil*, Fráncfort, Suhrkamp, 2006. Sobre el *Holocausto* a partir de 1941, véase el 7º subcapítulo.

⁷⁰ *Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs* de 1934, en *RGBI*, I, 1934, p. 747. Comp. Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 314 y ss.

⁷¹ Schmitt, Carl, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 5.

⁷² Cristi, Renato, “La lección de Schmitt”, en revista *Ciencia Política*, vol. 28, núm. 2, Santiago, Univ. Católica, 2008, pp. 17-31; Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 313 y ss, 317 y ss; Meder, *Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 367 y ss; Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, op. cit., p. 103; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte*, op. cit., pp. 340 y ss.

⁷³ Marquardt, *Historia constitucional de la monarquía autocrática moderna*, op. cit., p. 80.

⁷⁴ Huber, Ernst R., *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2º ed., Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1939.

⁷⁵ *Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920*, en *Bundesgesetzblatt*, 1920, pp. 1 y ss.

⁷⁶ Brauner, Wilhelm, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, 10º ed., Viena, Manz, 2005, pp. 231 y ss; Hoke, Rudolf, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, Colonia, Böhlau, 1992, pp. 473 y ss; Stolleis, *A history of Public Law in Germany*, t. 3, op. cit., pp. 136 y ss.

ción en la tradición del Sacro Imperio Romano Germánico (hasta 1806) y de la Federación Germánica (1815-1866), prevista tanto en la Constitución de Weimar de 1919 como en la *Ley sobre la forma del Estado y del gobierno de la Austria alemana de 1918*⁷⁷. Con el *Anschluß* de 1938, el austriaco Hitler ejecutó la misma de modo legislativo bajo la legitimación a través de un referéndum con el 99,7% del electorado⁷⁸. Desde entonces, Austria compartió la historia de la dictadura nazi con una participación aproximadamente proporcional.

Puede sorprender a primera vista, pero no hay dudas acerca de que en los años de paz, de 1933 a 1939, la dictadura nacionalsocialista recibió muchos aplausos de sus ciudadanos. Fueron bien vistas, tanto la política de la revocación del Tratado de Versalles como la unificación del Estado nación; tanto el renacimiento internacional del papel propio en el círculo de las grandes potencias europeas como el rearma militar; tanto la consolidación de la estatalidad social redistributiva como el anticapitalismo ant oligárquico; tanto el milagro económico de la superación de la crisis de 1929 como el combate exitoso del desempleo; tanto la *comunidad popular* (*Volksgemeinschaft*) solidaria como el turismo de los obreros en la organización *Fuerza a través de la alegría* (*Kraft durch Freude*); tanto el proyecto de la motorización masiva con los *carros del pueblo* (*Volkswagen*) como la construcción de la primera red nacional de autopistas a doble calzada (*Autobahnen*) en el mundo; tanto los vuelos transatlánticos con zeppelines como el primer sistema mundial de trenes de alta velocidad (*trenes voladores* diesel de 1933 con hasta 205 km/h, record mundial a vapor con 200 km/h en 1936); tanto los *radios del pueblo* de 1933 como el proyecto de la televisión popular a partir de 1935; tanto la legislación ambiental de 1935 como la Ley matrimonial de 1938.

Muchas de estas políticas fueron percibidas como modernas, efectuadas por un movimiento joven y prudente frente a los excesos indeseados de dicha modernidad industrial. Es una regla casi general que las dictaduras son exitosas en las políticas de infraestructura, pues no son frenadas por eventuales derechos afectados. No fueron *tan populares*⁷⁹, en cambio, las *Leyes de Núremberg* antisemitas de 1935⁸⁰, pero las mismas entraron a una mezcla difusa entre la aceptación pasiva, el no apoyo a los marginalizados y la colaboración con el régimen en varias intensidades. En este ámbito, el darwinismo social de Hitler logró conectarse tanto con el antijudaísmo religioso de la tradición europea milenaria, como con muchos resentimientos frente al éxito de la emancipación judía integradora desde el último tercio del siglo XIX. En el consentimiento pro-gubernamental de los gobernados, no debe subestimarse el elemento del carisma del dictador, estimado como un

⁷⁷ *Gesetz über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich* de 1918, en *Staatsgesetzblatt*, núm. 5, 1918.

⁷⁸ *Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich* de 1938, en *RGBl.* I, 1938, pp. 237-238; Brauner, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 248 y ss; Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 494 y ss.

⁷⁹ Friedländer, Saul, *Nachdenken über den Holocaust*, Múnich, Beck, 2007, p. 17.

⁸⁰ *Reichsbürgergesetz* de 1935, *op. cit.*; *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* de 1935, en *RGBl.* I, 1935, pp. 1146-1147. Comp. Rüthers, *Die Gesetzgebung*, *op. cit.*, p. 127.

tribuno popular; por eso, Hans Ulrich Wehler entiende al Estado nacionalsocialista como una especie de *gobierno carismático*⁸¹. También en los subsiguientes años de la guerra, entre el otoño de 1939 y la primavera de 1945, la lealtad de los alemanes, incluyendo la de los austriacos, fue casi absoluta, de modo que la resistencia se presentó como un mero fenómeno marginal de grupos muy pequeños y aislados, en particular de algunos nobles y militares que buscaron otra autocracia de derecha, pero *sin el nuevo Gengis Kan*.

4. ELEMENTOS DE UN SEUDO-POSITIVISMO JURÍDICO EN LA ÉPOCA NAZI

Ahora se pretende debatir en tres subcapítulos el siguiente cuestionamiento, con un enfoque en los jueces y demás juristas: durante los doce años de la época nazi, ¿cuáles elementos positivistas jugaron un papel importante para que múltiples jueces se transformaran en coautores de delitos graves y cuáles fueron los elementos anti-positivistas relevantes? ¿Cuáles predominaron y porque? Lo que parece a primera vista positivista, ¿fue realmente un positivismo o fue más una desestructuración de las formas jurídicas mediante normas de un nuevo tipo?

En el lado del positivismo pueden indicarse, en primer lugar, las modalidades de la toma de poder seudo-legalista, descritas en el capítulo anterior. El Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán evitó toda apariencia de golpe de Estado y se presentó como un nuevo gobierno común, que ganó el poder de acuerdo a las reglas electorales de la Constitución, actuando dentro del marco del derecho excepcional de crisis previsto en dicha carta, y efectuando los cambios estructurales en la forma acostumbrada por las leyes publicadas en la gaceta oficial denominada *Reichsgesetzblatt*. No obstante, medida en los estándares del constitucionalismo de hoy, la *toma de poder* de 1933 sería absolutamente inconstitucional.

En segundo lugar, se señala una amplia cultura positivista, no solamente en el estamento de los juristas, sino en todo el pueblo, siguiendo el lema “el buen alemán no viola la ley”. La *mentalidad del súbdito*, heredada de la monarquía del *largo siglo XIX* y descrita de modo brillante en la novela político-sociológica *El súbdito (Der Untertan)* de Heinrich Mann de 1914⁸², promovió la obediencia sin preguntas y evitó todo coraje civil. El Estado fue percibido como la autoridad y justicia todopoderosa, mitificada con términos análogos a los religiosos, como un ente superior infalible e incriticable. Los alemanes partieron de las ideas “ley es ley” y “orden es orden”, de modo que no se pudo hacer ninguna otra cosa que obedecer, muchas veces sin conocer los contenidos precisos sino simplemente las expectativas generales del gobierno actual. Especialmente, los funcionarios y militares en los niveles medios y menores de la jerarquía estatal, inclusive los guardianes de los campos de concentración, no pudieron imaginarse la desobediencia a las órdenes

⁸¹ Wehler, Hans, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, Múnich, Beck, 2003, pp. 673 y ss.

⁸² Mann, Heinrich, *Der Untertan*, nueva ed., Fráncfort, Fischer, 2012.

del Estado divinizado como omnipotente. Sin embargo, por parte de los jueces, formados científicamente, deberían esperarse conocimientos más precisos de las leyes heredadas de la época anterior y más conciencia metodológica.

En tercer lugar, se alude al derecho penal, especialmente su segmento político, que abrió esferas amplias para las actuaciones judiciales con base en normas detalladamente positivizadas. Ya el *Código Penal* de 1871, una creación del imperio autocrático de los Hohenzollern, había puesto a disposición una variedad de instrumentos para la persecución de enemigos públicos, que fueron usados tanto en dicho imperio como en la República de Weimar. En la época weimariana, la idea de la protección penal del Estado había sido profundizada por dos *Leyes para la protección de la República* de 1922 y 1930⁸³. A partir de 1933, la dictadura nazi radicalizó dicha orientación con una variedad de reformas penales mediante decretos-leyes, enfocados en normas anti-terroristas intimidadoras que asumieron el perfil de legalizar métodos del terror estatal. Ya el *Decreto presidencial para la Protección del pueblo y del Estado* de 1933⁸⁴ había ampliado la esfera de la pena de muerte para delitos como la alta traición, el incendio, la explosión, el deterioro de ferrocarriles, el acuerdo al homicidio de un miembro del gobierno, el disturbio, la perturbación del orden público y la toma de rehenes con fines políticos. Siguieron normas ejecutivas como el *Decreto-ley sobre la pena de muerte retroactiva* de 1933 para poder ejecutar al supuesto terrorista responsable del Incendio del Reichstag⁸⁵, el *Decreto-ley sobre los delincuentes habituales peligrosos* de 1933⁸⁶, el *Decreto-ley contra ataques verbales pérpidos al Estado y partido* de 1934 que criminalizó toda expresión de opiniones críticas contra el régimen⁸⁷, las reformas penales de 1934, 1935, 1941 y 1943⁸⁸ y la *Ordenanza contra los parásitos del pueblo* de 1939⁸⁹. Con el fin de castigarlos delitos políticos graves, la reforma penal de 1934 creó una corte especial llamada *Tribunal del pueblo* (*Volksgerichtshof*), en manos de nuevos

⁸³ *Gesetze zum Schutze der Republik* de 1922 y 1930, en *RGBI*.I, 1922, pp. 585-590, y *RGBI*. I, 1930, pp. 91-93.

⁸⁴ *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* de 1933, *op. cit.*

⁸⁵ *Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe* de 1933, en *Reichgesetzblatt* 1933 I, p. 151. De modo obediente, la Corte Imperial condenó a la muerte a Marinus van der Lubbe; Reichsgericht, 4. Strafsenat, *sentencia XII H 42/33 de 23 de diciembre de 1933*. Comp. Gruchmann, Lothar, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*, 3^a ed., Múnich, Oldenbourg, 2001, p. 829; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, pp. 486 y s.

⁸⁶ *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher* de 1933, en *RGBI*. I, 1933, p. 995. Véase Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 144 y ss; Schmidt, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3^a ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, pp. 430 y s.

⁸⁷ *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei* de 1934, en *RGBI*. I, 1934, pp. 1269-1271. Comp. Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 333 y s; Hehl, Ulrich, *Nationalsozialistische Herrschaft*, 2^a ed., Múnich, Oldenbourg, 2001, pp. 21.

⁸⁸ *Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens* de 1934, en *RGBI*. I, 1934, pp. 341-348; *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs* de 1935, en *RGBI*. I, 1935, pp. 839-843; *Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs* de 1941, en *RGBI*. I, 1941, pp. 549-550; *Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue* de 1943, en *RGBI*. I, 1943, pp. 339-342. Véase Vormbaum, Thomas, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943*, Berlin, Lit, 2011, pp. 3 y ss.

⁸⁹ *Verordnung gegen Volksschädlinge* de 1939, en *RGBI*. I, 1939, p. 1679. Véase Angermund, Dt. Richterschaft, *op. cit.*, pp. 202 y ss; Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 433.

jueces nombrados por parte del gobierno⁹⁰. Es una particularidad de la dictadura nacionalsocialista esta normativización amplia y detallada de sus instrumentos del terror, que puede contrastarse con la predominancia de la represión extralegal y clandestina en la mayor parte de los demás Estados anticonstitucionales⁹¹.

Las tendencias generales de estas reformas penales pueden resumirse en la extensión de los comportamientos vistos como reprochables, el control penal de opiniones y convicciones, la extensión de la aplicación de la pena de muerte –posibilitando aproximadamente 16 mil ejecuciones⁹²– y la desconstrucción de las garantías penales–negando la presunción de inocencia, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en beneficio de *nullum crimen sine poena* y, consecuentemente, eliminando las prohibiciones penales de la retroactividad y analogía–. A partir de la reforma de 1935, el § 2 del *Código Penal* posibilitó castigar con base en “la idea general de una ley penal y de la opinión pública sana”⁹³. De tal manera, la Corte especial de Leslau pudo condenar a muerte, en 1942, a un campesino por su ayuda humanitaria a 15 judíos desplazados, pues el juez aplicó *análogamente* el § 91a CP sobre el *favorecimiento del enemigo*⁹⁴. Además, las formulaciones imprecisas, como por ejemplo la ampliación en 1943 del delito de coacción (§ 240 CP) a meras amenazas con males, si bien fueron rechazables según la opinión pública sana, ayudaron a juzgar de la siguiente manera: el socialdemócrata, el cobarde o el judío actúa reprochablemente, pero el nacionalsocialista no...⁹⁵ En general, se amplió la finalidad de la pena pública basada en la preventión general, por el concepto absoluto de la *expiación*, al estilo del principio neo-kantiano del talión estatalizado, y más tarde, por la *higiene popular* contra supuestos *parásitos del pueblo*⁹⁶.

Además, el Estado nazi se dedicó a la normativización de su moral sexual. Mediante la *Ley para la protección de la sangre y del honor alemán* de 1935⁹⁷, se penalizaron los contactos sexuales entre alemanes cristianos y alemanes judíos bajo la fórmula de la supuesta *vergüenza racial*, reactivando un elemento del antijudaísmo de la Europa preilustrada y de las normas penales de la tradición del derecho canónico católico,

⁹⁰ Art. 3 de la *Gesetz zur Änderung des Strafrechts* de 1934, *op. cit.* El *Tribunal del pueblo* ordenó 679 penas de muerte en los años de paz (1934-1939) y varios miles en los subsiguientes años de guerra; Wagner, Walter, *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat*, Múnich, Oldenbourg, 2011, p. 800; Boldt, *Dt. Verfassungsgeschichte*, t. 2, *op. cit.*, p. 275.

⁹¹ Vogel, Joachim, “Fortwirkende Einflüsse aus nationalsozialistischer Zeit auf das Strafrecht”, en Konitzer, Werner & Foljanty, Lena (Eds.), *Moralisierung des Rechts*, Fráncfort, Campus, 2014, pp. 87-126, 90.

⁹² Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, *op. cit.*, pág. 906; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, p. 490.

⁹³ Comp. Gruchmann, *Justiz im 3. Reich*, *op. cit.*, pp. 847 y ss; Laufs, *Rechtsentwicklung*, *op. cit.*, p. 409; Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 434; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, p. 497.

⁹⁴ Sondergericht Leslau, *sentencia Sd 4 Kls 108/42 de 22 de julio de 1942*. Véase Helmut Kramer, “Richter vor Gericht”, en Justizministerium NRW (Ed.), *Juristische Zeitgeschichte*, t. 15, Düsseldorf, Justizministerium, 2007, pp. 121-172, 139 y ss.

⁹⁵ Wolf, Gerhard, “Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?”, en revista *Humboldt Forum Recht*, Berlín, Humboldt Universidad, 1996, publicación virtual en: <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/9-1996/index.html> (31.03.2015), pp. 52-63, 58.

⁹⁶ Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, *op. cit.*, pp. 436 y ss.

⁹⁷ *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* de 1935, *op. cit.*

pero ahora según la idea socialdarwinista de proteger la pureza alemana contra el supuesto peligro de la declinación por mezclas genéticas⁹⁸. Otras emanaciones de la moral sexual de entonces pueden reconocerse en el endurecimiento de los delitos dedicados al aborto (§§ 218-220 CP) y la homosexualidad (§ 175 CP). Un tercer ejemplo llamativo de la ética penal nacionalsocialista, fue el nuevo parágrafo de asesinato (*Mord*) de 1941 (§ 211 CP)⁹⁹, basado ahora en el *tipo de autor* y en características personales como los “motivos bajos” imprecisos o la falta de carácter incluida en la “alevosía”. Para entenderlo bien: la nueva ley requirió castigar con la pena máxima a la esposa que había matado en la cama a su violento esposo, pues lo hizo de modo *cobarde* desde atrás, mientras en caso contrario, si dicho esposo mató a su esposa en un exceso de violencia, disfrutó la pena más baja del mero homicidio (§ 212 CP). Se puede evidenciar la moral nazi, inspirada en conceptos de guerreros valientes.

En todos estos ámbitos, el juez penal dispuso de normas escritas detalladas que generaron la impresión de actuar dentro del marco acostumbrado de la normatividad positivizada de un Estado legislador. Sin embargo, los contenidos de las reformas penales no fueron positivistas en el sentido de la predeterminación exacta del juez por el legislador, sino por el contrario, ocurrió una *desestructuración y flexibilización del derecho penal* que abrió amplios espacios para tomar casi cualquier decisión según evaluaciones políticas, y a veces, meramente sádicas. Por ejemplo, es evidente que el derecho penal político fue aplicado de modo selectivo para perseguir a los oponentes en el lado de la izquierda, especialmente a los ex miembros del Partido Socialdemócrata Alemán y del Partido Comunista¹⁰⁰, aunque ninguna ley formal estipuló que las respectivas opiniones políticas –que habían sido legales en todos los años de la República de Weimar– eran el núcleo de la alta traición terrorista. El juez del régimen nazi tomó estas evaluaciones de meras declaraciones del ministerio de relaciones interiores y de la prensa de propaganda del sistema. Tampoco fue ordenado por la ley castigar con excesiva dureza a los ex miembros del marxismo moderado o acentuado. De igual forma, no hubo ninguna obligación legal para extender la aplicación del nuevo delito de la *vergüenza racial* a contactos presexuales e intimidades sin contacto físico, sino que los respectivos jueces –inclusive los magistrados de las Salas penales de la *Corte imperial*¹⁰¹– lo hicieron porque lo *quisieron*, según sus evaluaciones previas, negando sin mala conciencia el principio penal clásico de la prohibición de la analogía. Incluso conectaron esta norma con la legislación sobre delincuentes

⁹⁸ Gross, *Anständig geblieben*, *op. cit.*, pp. 97 y ss; Przyrembel, Alexandra, *Rassenschande, Reinheitsmythos und Vernichtungslegitimation im Nationalsozialismus*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, pp. 31 y ss, 63 y ss, 127 y ss, 323 y ss; Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

⁹⁹ *Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs de 1941*, *op. cit.*, pp. 549-550. Comp. Vogel, *Fortwirkende Einflüsse*, *op. cit.*, p. 93; Wolf, *Befreiung des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁰ Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

¹⁰¹ Reichsgericht, 2. Strafsenat, *sentencia de 2 de febrero de 1939*, en *RGSt*, t. 73, pp. 94 y ss. Véase Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 125 y ss; Pauli, Gerhard, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen 1933-1945*, Berlin, De Gruyter, 1992, p. 224.

habituales, para poder llegar a la pena de muerte originalmente no prevista¹⁰². A partir de la *Ordenanza contra parásitos del pueblo* de 1939¹⁰³, fue legalizado todo tipo de arbitrariedad penal, pues la misma permitió todo modo de aceleración procesal e interpretó el aprovechamiento de la situación de guerra como motivo suficiente para cualquier agravación de la pena.

En cambio, ningún órgano de la justicia penal persiguió las aproximadamente noventa ejecuciones extralegales de la llamada *Noche de los cuchillos largos* de 1934. Fue aceptada enteramente la auto-amnistía prevista en el *Decreto-ley sobre las medidas de autodefensa del Estado* de 1934 que declaró dichos asesinatos *legales*, en contra de los principios del Estado de Derecho¹⁰⁴. El anticonstitucionalista Carl Schmitt resumió la lógica del sistema, cuando declaró en su escrito “El caudillo protege al derecho” de 1934 que el dictador había actuado como el *señor supremo de la justicia* (*oberster Gerichtsherr*), y que aplicó, supuestamente, un *derecho natural éticosuperior* al derecho positivo vacío del Estado liberal¹⁰⁵. Existió un decreto-ley, pero su esencia fue otra vez iusnaturalista-ideológica y no positivista. Desde entonces, la *autodefensa del Estado* sirvió como causa de justificación para cualquier ejecución cometida por agentes del poder público y, en consecuencia, para la impunidad absoluta de ellos¹⁰⁶.

De vez en cuando, el *señor supremo de la justicia* realizó intervenciones personales. Por ejemplo en 1942, el *caudillo* Hitler agravó la pena de un esposo celoso que había causado la muerte de su esposa mediante golpes, ordenando por un *recurso extraordinario* a la Corte Imperial transformar la pena de cinco años en una pena de muerte. Los jueces obedecieron y, al lado del esposo, también resultaron muertos los últimos restos de la separación de poderes¹⁰⁷.

De igual forma, cabe destacar que el régimen nazi modificó el derecho que manejó el aparato administrativo, precisamente la burocracia más eficiente del mundo, heredado de la Monarquía prusiana. El primer gran cambio sistémico consistió en la introducción del unitarismo territorial en contra de la tradición federal que disolvió a los dos Estados más grandes –Prusia y Austria– como sub-entidades administrativas, buscando un tamaño provincial más homogéneo. Puede detectarse el interés principal de la monarquía republicana en establecer un liderazgo jerárquico, liberándose de las limitaciones de la normatividad y de los elementos

¹⁰² Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

¹⁰³ *Verordnung gegen Volksschädlinge* de 1939, *op. cit.*

¹⁰⁴ *Gesetz über die Maßnahmen der Staatsnotwehr* de 1934, en *RGBl. I*, 1934, p. 529. Véase Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 313 y ss; Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich*, *op. cit.*, pp. 448 y ss.

¹⁰⁵ Schmitt, Carl, “Der Führer schützt das Recht”, en revista *Deutsche Juristen-Zeitung*, núm. 15, Múnich, Beck, 1934, pp. 945-950. Traducción: *El Führer defiende el derecho*, en Id. & Héctor Orestes, *Teólogo de la política*, México, FCE, 2001. Comp. Mehring, *Carl Schmitt*, *op. cit.*, p. 352; Sosa W., *Schmitt y Forsthoff*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁶ Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁷ Reichsgericht, *sentencia de 31 de marzo de 1941, Fall Schlitt*. Al respecto: Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 249 y ss; Gruchmann, Lothar, “Generalangriff gegen die Justiz?”, en revista *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, año 51, núm. 4, Múnich, Oldenbourg, 2003, pp. 509-520, 510; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, pp. 499 y ss.

garantistas de la estatalidad de derecho. Por una parte, se positivizó la *Ley de los funcionarios públicos* de 1937, que definió al funcionario público –incluyendo el juez– como “un ejecutor de la voluntad del Estado en manos del Partido Nacional-Socialista Obrero Alemán” y requirió tanto la “obediencia incondicional” (§ 1) como el “juramento de lealtad” al caudillo (§ 4)¹⁰⁸. Por otra parte, la dictadura tendió a establecer varias estructuras paralelas no claramente delimitadas, por ejemplo, en forma del paralelismo entre las estructuras administrativas clásicas y la organización del partido único, retomando de tal manera inspiraciones soviéticas. Se pueden reconstruir varias modificaciones flexibles e inesperadas de las competencias desde arriba, para evitar toda acumulación de poder fuera del centro y para iniciar una dinámica en la cual los subordinados compitieron por la cercanía y preferencia del caudillo¹⁰⁹.

De modo significativo, la dictadura nazi cambió el perfil del derecho de policía, entre otras cosas, por la unificación con las tropas paramilitares del partido nazi, las *Schutzstaffeln -SS-* (1936)¹¹⁰. Además, fueron elaboradas nuevas normas positivas para desestructurar la estatalidad del derecho, por ejemplo los tres *Decretos-leyes sobre la policía secreta del Estado (Gestapo)* de 1933 a 1936¹¹¹. Dicha policía política absorbió múltiples abogados jóvenes sin empleo, reclutados de los segmentos radicalizados de las universidades. Por las normas indicadas, fueron liberados de *toda obligación* por las leyes y, además, del control de la justicia administrativa, de modo que la *Gestapo* pudo actuar como un instrumento del terror estatal sin limitaciones¹¹². Por una parte, fue declarada competente para ordenar administrativamente la llamada *detención de protección (Schutzhaft)* frente a *enemigos públicos*, por fuera del artículo 114 de la Constitución de 1919 y sin control judicial, dirigiéndolos a *campos de concentración* más allá del sistema republicano de prisiones, y bajo un régimen disciplinario agudo que previó ejecuciones por simples discursos, gritos o el rechazo del trabajo forzoso¹¹³. La expansión policial frente a la justicia clásica fue bien visible en casos en los cuales el juez había absuelto a un socialdemócrata o comunista por falta de pruebas, pero el liberado fue arrestado inmediatamente por la *Gestapo* y entregado a la detención de protección¹¹⁴. Irónicamente, cuando en 1937 un sacerdote mencionó en su predica el

¹⁰⁸ *Deutsches Beamten gesetz* de 1937, en *RGBI*, 1937, pp. 39 y ss.

¹⁰⁹ A veces, se usa el concepto de la *policracia*, aunque esto solo es entendible como la contraparte de la *monocracia carismática*; Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, *op. cit.*, pp. 623 y ss; Hehl, *NS Herrschaft*, *op. cit.*, pp. 60 y ss.

¹¹⁰ Escuadras de Protección. Norma: *Erlass über die Einsetzung eines Chefs der Deutschen Polizei im Reichsministerium des Innern* de 1936, en *RGBI*, 1936, pp. 487 y ss. Comp. Boldt, *Dt. Verfassungsgeschichte*, t. 2, *op. cit.*, p. 278.

¹¹¹ Formalmente, se trató de leyes prusianas: *Gesetz über die Errichtung eines Geheimen Staatspolizeiamts* de 1933, en *Preußische Gesetzesammlung (Pr. GS)*, 1933, pp. 122-123; *Gesetz über die Geheime Staatspolizei* de 1933, en *Pr. GS*, 1933, p. 413; *Drittes Gestapo-Gesetz* de 1936, en *Pr. GS*, 1937, pp. 21-22.

¹¹² Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 158 y ss; Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 327 y ss; Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, *op. cit.*, pp. 630 y ss.

¹¹³ §§ 11-13 *Lagerordnung Dachau* de 1934, ed. por Stanislav Zámečník, *Das war Dachau*, 3^a ed., Fráncfort, Fischer, 2007, pp. 406-411.

¹¹⁴ Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich*, *op. cit.*, pp. 545 y ss, 694 y ss; Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 220 y ss; Willoweit, *Dt. Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, p. 348.

caso de una persona absuelta por el juzgado que luego se encontró en la detención de protección, la Corte Imperial lo condenó por el delito de *perturbación de la paz pública* (§ 130a CP), usando el argumento de que el malhechor había provocado la impresión inaceptable de la existencia de arbitrariedad en Alemania¹¹⁵. Por otra parte, la policía secreta del Estado re-introdujo sin autorización normativa la tortura, abolida en Prusia a partir de 1740 por el rey Federico II –siendo por ello el pionero mundial–, aplicándola sistemáticamente a sospechosos de delitos políticos para hacerles confesar, en forma del llamado *métodointerrogatorio intensificado (verschärzte Verhörmethode)*¹¹⁶. En 1937, el ministerio de justicia y la policía secreta del Estado acordaron aceptar pruebas por tortura, con base en “reglas” como el látigo estandarizado que, supuestamente, evitaba la arbitrariedad¹¹⁷. En contra de excusas posteriores, no todo acto violento fue ordenado desde arriba, sino que en muchas ocasiones los policías políticos anticiparon la supuesta voluntad del dictador de modo libre, compitiendo por la simpatía y el reconocimiento del mismo. Cabe destacar que a pesar de su enorme violencia selectiva, la Gestapo quedó, en perspectiva comparada, como un servicio secreto de un mero tamaño medio, pues la *dictadura del consenso* fue altamente autoreproductiva.

El núcleo del *ius barbarum*¹¹⁸ penal, policial y militar de la dictadura nazi fue caracterizado, después de la caída del sistema en 1945, por el filósofo del derecho Gustav Radbruch como *injusticia legal* (gesetzliches Unrecht), cuando él mismo se transformó de un positivista weimariano en el exponente de un positivismo relativo dentro de un marco de normas sobrepositivas inviolables, estipulando ahora que la injusticia extrema no puede ser considerada derecho¹¹⁹. Sin embargo, las leyes del terror no dirigieron de modo positivista sino liberaron de aplicar garantías. Tampoco puede seguirse la hipótesis adicional según la cual el positivismo ha cegado éticamente a los juristas: ellos no fueron víctimas inocentes de nazis extraterrestres, sino que muchos de ellos participaron con un buen grado de motivación y convicción en el Estado delincuencial, materializando evaluaciones previas determinadas por su socialización y adoctrinamiento antidemocrático, autocrático, antimarxista, nacionalista y racista. La justicia penal política no fue nada menos que una de las espadas principales del terror del régimen. No obstante, el observador tampoco debe subestimar los patrones generales y continuidades en el derecho dedicado a la protección del Estado durante todo el siglo XX, pues dejaron aparecer dicho *ius barbarum* más como una radicalización

¹¹⁵ Reichsgericht, Strafsenat, *sentencia de 22 de septiembre de 1938*, en JW, 1938, p. 2957. Comp. Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., p. 177.

¹¹⁶ Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, op. cit., p. 443; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 499.

¹¹⁷ Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 225 y ss.

¹¹⁸ Según el título de Hans-G. Hermann et al. (Eds.), *Von den Leges Barbarorum bis zum ius barbarum*, Colonia, Böhlau, 2008.

¹¹⁹ Radbruch, *Gesetzliches Unrecht*, op. cit., pp. 105 y ss. Al respecto en castellano: Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, Coruña, Universidade da Coruña, 2001, pp. 75-95; Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 4^a ed., Bogotá, Temis, 2013, p. 28.

de varias tendencias generales, hasta el derecho antiterrorista de hoy, y no como una antítesis o ruptura de las mismas.

5. LAS LEYES POSITIVAS DEL ESTADO NORMATIVO DENTRO DEL ESTADO EXCEPCIONAL

Ya en 1941, el científico jurídico y político, Ernst Fraenkel (1898-1975) –un alemán de fe judía con orientación socialdemócrata que había sido presionado a la emigración a EE.UU.– reconoció en la dictadura nazi un *Estado dual*, compuesto al mismo tiempo por los rostros contradictorios de un *Estado normativo* (Normenstaat) calculable y un *Estado prerrogativo* (Maßnahmenstaat, precisamente “Estado de medidas”) que efectuó las medidas excepcionales del partido ideológico¹²⁰. Grandes partes del derecho de contratos y de propiedad quedaron dentro del marco acostumbrado del *Estado normativo*, siempre y cuando los afectados no fueran los enemigos públicos, por fuera de la solidaridad sistémica.

De igual forma, llama la atención la actividad legislativa dentro del *Normenstaat* que, en perspectiva comparada, fue moderna para su tiempo. Pueden indicarse en el derecho ambiental la *Ley de protección animal* de 1933, la *Ley imperial para la caza* de 1934 y la *Ley imperial para la protección de la naturaleza* de 1935. Además, en el derecho de tránsito están la *Ordenanza de la circulación en carreteras* de 1934, la *Ordenanza imperial para el transporte ferroviario* de 1938 y la *Ley imperial de autopistas* de 1941. De igual manera, la *Leyesobre el aprovisionamiento con energía y gas* de 1935, y en el ámbito del derecho civil, la *Ley matrimonial* y la *Ley sobre testamentos*, ambas de 1938¹²¹. Dicha ley matrimonial quiso superar, por una parte, el derecho canónico en la Austria católica, introduciendo el matrimonio civil y el divorcio. Por otra parte, modernizó en general, posibilitando matrimonios más libres sin el consenso obligatorio de los padres, y facilitando divorcios según la destrucción de la relación, sin mantener la necesidad de entrar a guerras sobre la culpa¹²². Estas normas tampoco fueron meramente maquillaje: por ejemplo, la mezcla entre la política originaria de una red nacional de autopistas a doble calzada con la primera codificación nacional dedicada a la conservación ambiental, llevó al fenómeno muy particular de autopistas construidas al estilo de vías panorámicas, trazadas con grandes esfuerzos en el alto de las montañas de mediana altura, para generar vistas óptimas a las bellezas del paisaje, distinguiéndose de tal manera de cualquier otras autopistas del mundo. La *Ley imperial para la protección de la naturaleza* contuvo un preámbulo ideológico del socialismo nacional, cuando

¹²⁰ Fraenkel, Ernst, *The Dual State, A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Nueva York, Oxford University Press, 1941.

¹²¹ *Reichstierschutzgesetz* de 1933, en *RGBl.* I, 1933, p. 987; *Reichsjagdgesetz* de 1934, en *RGBl.* I, 1934, p. 549; *Reichsnaturschutzgesetz* de 1935, en *RGBl.* I, 1935, núm. 68, pp. 821-825; *Reichs-Straßenverkehrs-Ordnung* *nebst Einführungsverordnung* de 1934, en *RGBl.* I, 1934, p. 455; *Eisenbahn-Verkehrsordnung* de 1938, en *RGBl.* II, 1938, p. 663; *Reichsautobahngesetz* de 1941, en *RGBl.* I, 1941, p. 313; *Energiewirtschaftsgesetz* de 1935, en *RGBl.* I, 1935, p. 1451; *Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung* de 1938, en *RGBl.* I, 1938, pp. 807 y ss; *Testamentsgesetz* de 1938, en *RGBl.* I, 1938, p. 973.

¹²² Hoke, *Österr. u. dt. Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 500; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 493.

pretendió garantizar que “también el compañero más pobre del pueblo recibiera su parte en las bellezas de la naturaleza alemana”, pero los contenidos conservacionistas fueron aceptables, mejor dicho progresivos para los años 30¹²³. Por eso, no sorprende que la mayor parte de estas normas sobrevivieran después de 1945 tanto en la R.F. Alemana como en Austria, depuradas de las dedicaciones ideológicas en los preámbulos.

La misma duplicidad apareció en otras partes de la ciencia jurídica. Por ejemplo, el iuspublicista Ernst Forsthoff (1902-1974) no solo publicó un libro ideológico que titula *El Estado total* (1933)¹²⁴, sino que desarrolló también los fundamentos terminológicos del derecho administrativo para el Estado social que se usan en Alemania hasta hoy, alrededor de conceptos como la *administración productiva* (*Leistungsverwaltung*) y la *procura existencial* (*Daseinsvorsorge*)¹²⁵.

6. ELEMENTOS DEL IUSNATURALISMO IDEOLÓGICO EN EL ESTADO NACIONALSOCIALISTA

En este subcapítulo, se pretenden profundizar los elementos del iusnaturalismo ideológico en los doce años de la dictadura de Hitler. En primer lugar, cabe destacar el perfil antijurídico, e inmanentemente, anti-positivista del Partido Nacional-socialista Obrero Alemán de su caudillo¹²⁶. El positivismo fue criticado como un formalismo inmóvil sin justicia material, como un esquema de la lógica sin vida ni creatividad, como una emanación del individualismo liberal sin responsabilidad. De acuerdo con esto, el Estado nacionalsocialista se despidió, en 1933, de los profesores positivistas, presionando a Hans Kelsen a la emigración, a Gerhard Anschütz a la jubilación previa¹²⁷ y a Gustav Radbruch al despido forzado. En cambio, los teóricos de la dictadura nacionalsocialista propagaron ideas de un *nuevo derecho* enfocado en la *identidad entre derecho y moral*¹²⁸ –precisamente la moral de ellos–, promoviendo la supuesta justicia material, la conformidad del deber ser con el derecho como tal, en vez de la conformidad con la ley escrita¹²⁹; además, propagaron la relevancia del espíritu comunitario, el sentimiento popular sano, la prevalencia del beneficio común, los deberes de la persona frente al colectivo nacional y la materialización de la naturaleza humana según la teoría seudobiológica del *darwinismo social*. Se trató de una lógica iusnaturalista, aunque el

¹²³ Radkau, Joachim & Uekötter, Frank (Eds.), *Naturschutz und Nationalsozialismus*, Fráncfort, Campus, 2003; íd., *Umweltgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, Múnich, Oldenbourg, 2007, pp. 23 y ss.

¹²⁴ Forsthoff, Ernst, *Der totale Staat*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933. Sobre el concepto, véase Linz, Juan José, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Boulder, Lynne Rienner Publ., 2000.

¹²⁵ Forsthoff, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938. Al respecto: Sosa W., *Schmitt y Forsthoff*, op. cit., p. 27; Stolleis, *A history of Public Law in Germany*, t. 3, op. cit., p. 393.

¹²⁶ Eisenhardt, Dt. *Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 387; Kroeschell, Dt. *Rechtsgeschichte*, t. 3, op. cit., p. 251; Laufs, *Rechtsentwicklung*, op. cit., p. 401; Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, op. cit., pp. 104 y ss; Walther, *Juristischer Positivismus*, op. cit., pp. 270 y ss; Schädler, *Justizkrise und Justizreform*, op. cit., pp. 32 y ss.

¹²⁷ Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., p. 89.

¹²⁸ Pauler, Herlinde, “Jenseits von Chaos und Interessenkonflikten”, en Konitzer, *Moralisierung des Rechts*, op. cit., pp. 11-35, 31.

¹²⁹ Vogel, *Fortwirkende Einflüsse*, op. cit., p. 97.

imperio nazi tampoco usó esta etiqueta, pues asoció dicha terminología con las ideas de 1789, en ese entonces mal vistas. El anti-positivismo se vio acompañado por una cierta depreciación oficial de los juristas como tal, bien visible en el hecho de que Hitler tampoco pudo aceptar la auto-oferta de Carl Schmitt como el *jurista de la corona* del imperio nazi, de modo que este último experimentó su marginalización a partir de 1936¹³⁰.

Los nacionalsocialistas tampoco codificaron sistemáticamente su nueva idea del derecho: no hubo ninguna nueva Constitución; se pospuso el proyecto de reemplazar el *Código Civil* de los Hohenzollern por un *Código Popular*¹³¹; tampoco se realizó un nuevo *Código Penal*¹³². Puede comprobarse una variedad de reformas temáticas parciales, inclusive rupturas fuertes, como las descritas en el subcapítulo anterior, pero en el núcleo perduraron las leyes antiguas de la Monarquía y de la República. De tal manera, la tarea esperada del jurista alemán consistió en adaptar las normas heredadas al perfil ideológico de la dictadura nazi mediante la *interpretación*. El desprecio del nacionalsocialismo hacia la ley positiva, puede reconocerse también en la conservación de dos sistemas normativos civiles y penales, lo que contradijo su enfoque acentuadamente unitarista, pues dentro del imperio continuó el paralelismo entre la zona jurídica granprusiana y la austriaca¹³³, simplemente porque las diferencias textuales fueron consideradas irrelevantes, tanto para las reformas penales y policiales graduales pero profundas, como para la creencia en la prevalencia de la interpretación ideológica de las normas.

El antipositivismo nacionalsocialista introdujo varias *nuevas fuentes supremas del derecho*¹³⁴: en primer lugar, se indica el *programa del partido nacionalsocialista de 1920*; en segundo lugar, se menciona la *percepción mundial (Weltanschauung) nacionalsocialista* como tal; en tercer lugar, se alude al *sentimiento popular sano -bajo* inspiraciones en la antigua teoría del *espíritu popular (Volksgeist)* según Savigny (1779-1861)¹³⁵; y en cuarto lugar, fue vista clave la *voluntad del caudillo* Hitler. De tal manera, se transformó la ideología nazi en una especie de derecho natural por encima del derecho positivo heredado del pasado. Aunque para el observador actual no es fácil de comprender, el movimiento nacionalsocialista se entendió a sí mismo como un movimiento ético en una especie de combate final contra *lo malo* en el mundo, actuando de modo duro pero justo, lo que fue compartido por la mayor parte de los alemanes hasta el último día de la Segunda Guerra Mundial. La *Historia de sociedad* de Wehler detecta una “religión política” con

¹³⁰ Sosa W., *Schmitt y Forsthoff*, *op. cit.*, p. 17; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, p. 490.

¹³¹ Eisenhardt, *Dt. Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, p. 400; Meder, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 374 y ss.

¹³² Vormbaum, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung*, *op. cit.*, p. 12; Schmidt, *Geschichte Strafrechtflege*, *op. cit.*, p. 450.

¹³³ Hoke, *Österr. u. dt. Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, p. 500; Vormbaum, *Die Strafrechtsangleichungsverordnung*, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁴ Eisenhardt, *Dt. Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, p. 388; Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, *op. cit.*, pp. 121 y ss; Id., *Die Gesetzgebung*, *op. cit.*, pp. 131 y s; Id., *Rechtstheorie*, *op. cit.*, pp. 328 y s; Walther, *Juristischer Positivismus*, *op. cit.*, p. 270.

¹³⁵ Sobre el *Volksgeist* de Savigny, comp. Schlosser, *Grundzüge*, *op. cit.*, pp. 146 y s.

potencial adictivo¹³⁶, enfocada en elementos como la monarquía republicana, el colectivismo popular derivado del socialismo, el nacionalismo, el imperialismo, el populismo, el biologismo y varios elementos de la moral mixta conservadora-progresiva como el honor y la lealtad, pasando por la decencia y el enfoque al logro, hasta el compañerismo. Sobre la cuarta fuente, tampoco sorprende que el anticonstitucionalista Carl Schmitt reclamara para *el caudillo* la función del juez supremo¹³⁷, retomada de la tradición de los monarcas del Antiguo Régimen, pues fue evidente la subordinación de todos los jueces concretos a la voluntad del jefe de Estado. Según el reclamado principio del caudillo (*Führerprinzip*), diseñado en analogía al principio monárquico (*monarchisches Prinzip*) del largo siglo XIX, el dictador fue soberano y unificó todo el poder estatal en su persona¹³⁸.

La mayor parte de los jueces alemanes no tuvo problemas con estas *nuevas fuentes del derecho*, pues no habían estimado ni la carta de Weimar ni sus valores y derechos individuales constitucionalizados. En cambio, eran fuertes tanto la mentalidad preconstitucional en las cabezas de muchos jueces socializados en la época monárquica, como el nuevo antiliberalismo en las generaciones más jóvenes que habían pasado por la frustración republicana. En vez de los derechos fundamentales meramente programáticos de Weimar, los jueces pensaron ahora en materializar una ética, pero no la de la carta depreciada, sino los valores de la *percepción mundial nacionalsocialista*, no codificada y declarada tanto salvadora como moderna.

Ante las expectativas desde arriba, los jueces alemanes mostraron una disposición benevolente a la *anticipación de la presumida voluntad* de los nuevos gobernantes¹³⁹. La mentalidad alemana del súbdito, heredada de la Monarquía autocrática moderna del largo siglo XIX, trajo consigo condiciones perfectas para la obediencia a las expectativas comunicadas explícita o implícitamente, sin necesidad de ser amenazada o intimidada. El concepto pre-republicano de la *función subordinada de la justicia*, fue omnipresente en las cabezas de los juristas. Esto se mezcló con otros estímulos heterogéneos, por ejemplo, la identificación ideológica con el hitlerismo u otras formas del pensamiento pre y anti-liberal, además del oportunismo para promover la carrera profesional propia¹⁴⁰ y la aceptación de la presión social del entorno. Dicha *anticipación de la presumida voluntad* de los nuevos gobernantes, tuvo lugar en el espectro de responsabilidad del hombre ético y no en aquél de meras víctimas amorfas de una especie de violencia estructural.

¹³⁶ Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, *op. cit.*, pp. 680 y s.

¹³⁷ Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, *op. cit.*, pp. 945-950.

¹³⁸ Frotscher & Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 313 y ss, 317 y s; Meder, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 367 y s; Rüthers, *Die Gesetzgebung*, *op. cit.*, pp. 122 y s.

¹³⁹ Laufs, *Rechtsentwicklung*, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴⁰ En cuanto al anti-constitucionalista Carl Schmitt, se ha hablado de la “prostitución de la ciencia”. Así: Darnstädt, Thomas, “Mephisto als Untertan”, en *Der Spiegel Special, Hitlers Machtergreifung*, del 29 de enero de 2008.

Las nuevas fuentes supremas del derecho relacionadas con el antipositivismo nazi, predeterminaron el canon preferido de los métodos jurídicos de interpretación. Esto puede ser explicado en el ejemplo del derecho civil, una materia solo aparentemente apolítica, en la cual hubo muy pocas reformas normativas al *Código Civil* de la época monárquica de 1896¹⁴¹, es decir, el cambio de los contenidos fue trasladado casi completamente a la esfera de la interpretación jurídica. Después de 1933, surgieron conflictos jurídicos como los siguientes: ¿Cómo anular matrimonios entre alemanes cristianos y alemanes judíos? ¿Cómo sacar arrendatarios judíos de una vivienda en alquiler? ¿Cómo desprenderse de un obrero con un pasado socialdemócrata? Ni el *Código Civil* de 1896 ni la *Ley de protección de inquilinos* de 1923¹⁴² diferenciaron entre las personas según categorías religiosas o pseudo-raciales, sino que el juez obediente tuvo que transferir las mismas de las *nuevas fuentes supremas del derecho* a las leyes pre-nacionalsocialistas.

Como un ejemplo ilustrativo, puede servir la argumentación de una sentencia del juzgado local *der Berlin-Schöneberg* de 1938¹⁴³, en que se echó a una arrendataria judía de su vivienda por *molestias importantes* del propietario, es decir, por una de las tres posibilidades previstas en la *Ley de protección de inquilinos* de 1923 para terminar un contrato de arrendamiento. El juzgado reconoció la característica personal de la mujer judía como criterio suficiente para configurar la *molestia importante*, pues incorporó el concepto nacionalsocialista de la *comunidad de la casa*, como la célula básica de la *comunidad popular* –no prevista en la ley socialdemócrata de 1923–, al supuesto significado objetivo del texto, subrayando así el papel de la mujer judía como la perturbadora de la misma y enfatizando en la perspectiva de que el arrendador tendría un interés natural en la tranquilidad y orden de su propiedad, lo que la vecina fuera de la *comunidad de la casa* pondría necesariamente en peligro. A pesar de que la ley requirió explícitamente un comportamiento activo del inquilino, el juzgado subsumió la omisión pasiva como equivalente, es decir, el no ser parte de la supuesta *raza aria* (aprox. europea); entretanto, la arrendataria no pudo cambiar esta característica ante las definiciones de entonces. Además, la ley positiva requirió la *culpa* de la arrendataria. Para cumplir, el juzgado igualó la inexigibilidad con la culpa. Al fin, la mujer judía tuvo que salir de su vivienda. Todo esto fue argumentable según los métodos jurídicos de la época weimariana, pero no fue ni elegante ni necesario. Seguramente, ningún juez weimariano hubiera decidido de modo semejante¹⁴⁴. En particular, puede reconocerse la renuncia al principio de igualdad de todos los seres humanos, anclado en el § 1 del *Código Civil* de 1896¹⁴⁵, superponiéndole de hecho con lo que el civilista nazi Karl Larenz había propuesto en 1935, la reforma de dicho § 1: “Compañero

¹⁴¹ *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1896, en *RGBI.*, 1896, pp. 195 y ss.

¹⁴² *Mieterschutzgesetz* de 1923, en *RGBI. I*, 1923, pp. 353 y ss.

¹⁴³ Amtsgericht Schöneberg, *sentencia de 16 de septiembre de 1938*, en *JW*, 1938, pp. 3045 y ss.

¹⁴⁴ Wesel, *Juristische Weltkunde*, *op. cit.*, pp. 147 y ss. Además: Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 151 y ss; Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

¹⁴⁵ Meder, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 382 y ss.

del derecho (*Rechtsgenosse*) es solo aquel que es compañero del pueblo (*Volksgenosse*); compañero del pueblo es quien tiene sangre alemana”¹⁴⁶.

Fue parecida la argumentación del juzgado local de Halle en el mismo año. Otros jueces –por ejemplo el juzgado local de Núremberg y la corte provincial de Berlín, ambos también en 1938– negaron por completo la aplicabilidad de la *Ley de protección de inquilinos de 1923* a arrendatarios judíos, argumentando su decisión, el primer juzgado de los mencionados en la voluntad del legislador actual de 1938 –en vez del histórico de 1923–, y los otros jueces, de modo teleológico con el supuesto sentidoobjetivo de la norma¹⁴⁷. Ante estas observaciones, autores como Bernd Rüthers reconocen el pecado principal de la justicia nazi en la “interpretación ilimitada”¹⁴⁸, mientras Stephan Meder habla de “la separación del juez de la ley”¹⁴⁹. La cruda moralidad nacionalsocialista puede ser ilustrada también por un caso contrario de 1942, cuando el dictador Hitler intervino personalmente como el supuesto *señor supremo de la justicia*, defendiendo una arrendataria no judía que quedó viuda de uno de sus soldados caídos en combate, anulando la sentencia de despido del juzgado berlínés y destituyendo al juez responsable de lo que le pareció al *caudillo* como justicia injusta¹⁵⁰.

De igual forma, puede analizarse la jurisprudencia sobre la disolución de los llamados *matrimonios mixtos* entre alemanes judíos y cristianos. El § 1333 del *Código Civil* de 1896 posibilitó la impugnación en caso de un error sobre las características personales del cónyuge, pero solo durante un plazo de seis meses después del matrimonio. Ya en 1933, varios jueces creativos e inventivos como los de la sala civil de la Corte provincial de Colonia, argumentaron que la fe judía –llamada entonces la pertenencia a una raza– sería una característica personal, y que el plazo de seis meses iniciaría con el establecimiento del gobierno nacionalsocialista (sic.), pues solo desde entonces fue posible reconocer la relevancia del error. En otras palabras, en el momento del matrimonio, el esposo había pensado erróneamente que el judaísmo sería una mera religión, pero para la aplicabilidad de los §§ 1333 y 1339 CC sería relevante la fecha del conocimiento seguro sobre los judíos como una raza inferior¹⁵¹. Sin embargo, esta obediencia anticipada fue también obsesiva

¹⁴⁶ Larenz, Karl, “Rechtsperson und subjektives Recht”, en *Id. et al., Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, Junker & Dünnhaupt, 1935, pp. 225-260, 241 y ss. Véase Frassek, Ralf, “Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de posguerra”, en revista *Academia*, año 5, núm. 9, Buenos Aires, Univ. de Buenos Aires, 2007, pp. 55-75, 74; Hüpers, Bernd, *Karl Larenz*, Berlín, BWV, 2008, p. 145.

¹⁴⁷ Amtsgericht Halle, *sentencia de 18 de agosto de 1938*, en *JW*, 1938, pp. 2975 y ss; Amtsgericht Núremberg, *sentencia de 26 de noviembre de 1938*, en *JW*, 1938, pp. 3243 y ss; Landgericht Berlin, 48. Zivilkammer, *sentencia de 7 de noviembre de 1938*, en *JW*, 1938, pp. 3342 y ss. En 1939, siguió un decreto-ley que retomó esta jurisprudencia y revocó la protección de inquilinos en cuanto a los judíos; *Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden* de 1939, en *RGBI.I*, 1939, p. 864. Comp. Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, p. 123; Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁴⁸ Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, *op. cit.*, título.

¹⁴⁹ Meder, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, p. 369.

¹⁵⁰ Gruchmann, *Generalangriff gegen die Justiz?*, *op. cit.*, pp. 515 y ss.

¹⁵¹ Landgericht Köln, 5. Zivilkammer, *sentencia 5 R 66/33 de 1933*, en revista *Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik*, Berlín, Decker, 1933, pp. 819 y ss. Comp. Angermund, *Dt. Richterschaft*, *op. cit.*, pp. 111 y ss;

para el liderazgo nazi, de modo que criticó la anarquía en los juzgados y solicitó esperar las respectivas disposiciones del caudillo¹⁵². En 1934, el senado civil de la *Corte imperial* en Leipzig confirmó la línea de esta jurisprudencia racista¹⁵³ y, en 1935, el legislador nacionalsocialista retomó los trabajos preparatorios de sus jueces, declarando nulos los llamados matrimonios mixtos¹⁵⁴.

Este no es lugar para resumir más detalladamente la jurisprudencia civil del Estado nacionalsocialista, pero se pueden detectar algunos patrones argumentativos extendidos. En primer lugar, llama la atención el uso y abuso de las *cláusulas generales* del Código Civil (CC) de 1896, por ejemplo la *fidelidad y buena fe* (*Treu und Glauben*) del § 242 CC y las *buenas costumbres* (*gute Sitten*) del § 138 CC, instrumentalizándolas como las puertas para dejar entrar la idea nacionalsocialista del derecho con figuras ideológicas como la comunidad popular, la raza *aria* y el infrahumano¹⁵⁵. Segundo, se otorgó el mismo significado a los *conceptos jurídicos indefinidos* (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) como la *causa importante* para poder disolver extraordinariamente contratos laborales y otras obligaciones continuas según los §§ 626 y 723 CC, por ejemplo, declarando relevantes las anteriores actividades socialdemócratas, comunistas o sindicales para poder terminar un vínculo laboral¹⁵⁶. De igual forma, se instrumentalizaron los espacios de interpretación en las *normas sobre el error* (§§ 119, 1333 CC), los *vacíos legislativos* (*Gesetzeslücken*), las *analogías* aparentemente lógicas y las supuestas *evidencias*, bajo las fórmulas retóricas aprendidas de memoria en la formación jurídica prusiana, guillerminista, weimariana y hitlerista.

Hay que constatar un juego hábil con el canon de los métodos de la interpretación normativa, basado en Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), con sus cuatro enfoques:^{1) grammatical} según el sentido de la palabra, ^{2) lógico} según la estructura de la idea, ^{3) histórico} según la voluntad histórica del legislador en su momento, y ^{4) sistemático} según la posición de la norma en el sistema jurídico como tal¹⁵⁷, lo que los teóricos posteriores ampliaron por la interpretación *teleológica* según el supuesto contenido objetivo de la norma en el presente. La cultura jurídica de la dictadura nacionalsocialista negó especialmente el método histórico de interpretación para los códigos heredados, es decir, ignoró la voluntad del legislador histórico guillerminista o weimariano que nunca había pensado en categorías como las del partido nazi. En cambio, hubo una preferencia para la interpretación *teleológica*,

¹⁵² Marius Hetzel, *Die Anfechtung der Rassenmischehe 1933-1939*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, pp. 57 y ss; Przyrembel, *Rassenschande*, *op. cit.*, pp. 92 y ss.

¹⁵³ Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁵⁴ Reichsgericht, IV. Zivilsenat, *sentencias IV 89/34, IV 94/34 y 104/34 de 12 de julio de 1934*, en RGZ, t. 145, 1934, pp. 1 y ss. Véase Hetzel, *Die Anfechtung*, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

¹⁵⁵ § 1 de la *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* de 1935, *op. cit.*

¹⁵⁶ Haferkamp, Hans-P., *Das BGB während des Nationalsozialismus und in der DDR*, Colonia, Schmidt, 2005, pp. 17 y ss; Hoke, *Österr. u. dt. Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, p. 490; Meder, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 369 y ss; Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, *op. cit.*, pp. 216 y ss.

¹⁵⁷ Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

¹⁵⁸ Ogorek, *Aufklärung über Justiz 2*, *op. cit.*, pp. 149 y ss; Senn, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, p. 332.

orientada en el supuesto sentidoobjetivo de la norma, buscando detectar el significado inmanente a la ley según el horizonte del respectivo presente. Este método interpretativo, mal llamadoobjetivo, fue más bien un método flexible y dinámico. De tal manera, fue posible alejarse de las formulaciones del texto normativo y reemplazarlas por las creencias nacionalsocialistas y las consideraciones de lo útil¹⁵⁸. En el fondo, puede hablarse de la *interpretación conforme a la percepción mundial nacionalsocialista*. La misma recuerda técnica y estructuralmente a la interpretación conforme a la Constituciónde hoy, pero fue llenada al revés con los contenidos del anticonstitucionalismo nazi. En esta *jurisprudencia ideológica*, jugó un papel clave la evaluación previa del juez, derivada de un resultado aspirado; pero él mismo no fue consciente de esto, pues la *educación jurídica* le había cegado para evaluarse autocríticamente. En otras palabras, el juez típico no dispuso de ninguna formación metodología diferenciada, sino que pensó en aplicar algo sólidamente aprendido y lógicamente predestinado, con tendencias objetivas e infalibles.

Evidentemente, el núcleo del derecho ideológico nacionalsocialista mostró las características de un supuesto derecho natural. En términos estructurales, no se presentó tan diferente como los patrones de las revoluciones ilustradas, aunque con contenidos contrarios; es decir, todo fue derivado de suposiciones sobre la naturaleza humana, biológica y ambiental. Así como la Ilustración política había derivado sus visiones de la ciencia natural líder de entonces –la física mecánica–, la dictadura nacionalsocialistase aprovechó de conceptos más jóvenes de la biología. Se partió, en primer lugar, de la naturaleza del ser humano como un ser social, definido por su pertenencia a la comunidad popular. En segundo lugar, existieron creencias en la organización natural jerárquica de la sociedad humana. En tercero, se entendió la naturaleza ambiental como un ámbito que debería ser protegido contra el sobreuso humano. En cuarto lugar, quizá el punto más difícil, sobre la naturaleza *social-darwinista*¹⁵⁹, que siguiendo al filósofo británico Herbert Spencer (1820-1903), transfirió la teoría de la evolución de las especies del naturalista inglés Charles Darwin (1809-1882) –con la selección natural, la lucha por la existencia y la supervivencia del más apto– a las relaciones interiores de la especiehumana, para construir el supuesto derecho del pueblo señorial –el alemán– a dominar y eliminar a los pueblos de los llamados infrahumanos –especialmente los judíos y parcialmente los eslavos del este–. Estas ideas de “justicia” no fueron espontáneamente inventadas, sino que están íntimamente relacionadas con corrientes comunes de la Europa de la época industrial, en las cuales se radicalizaron algunos elementos bajo la supresión de otros, basándose en el alto-nacionalismo, el posindividualismo, el colonialismo anglo-francés con sus autojustificaciones sobre razas superiores e inferiores, el colonialismo poblador y genocida en Norteamérica y Australia¹⁶⁰, el antisemitismo común entre Madrid y Moscú, el aventurismo al

¹⁵⁸ Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 104 y s.

¹⁵⁹ Senn, *Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 381 y ss; Id & Gschwend, *Rechtsgeschichte II*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

¹⁶⁰ Contextualización en la tradición del colonialismo europeo: Losurdo, Domenico, *Kampf um die Geschichte*, 3^a ed., Colonia, Papyrossa, 2013; Traverso, Enzo, *La Violencia Nazi. Una Genealogía Europea*, Madrid, FCE, 2003.

estilo del novelista Karl May, el tecno-centrismo industrial, la metafísica estatal y la crítica sociocultural. La extrema peligrosidad del nacionalsocialismo resultó de la combinación difusa de postulados razonables y todavía hoy estimados –por ejemplo la prevalencia del bien común y el ambientalismo– con justificaciones oscuras de crímenes que, por lo menos desde 1945, son considerados de lesa humanidad.

7. DEL *IUS BARBARUM* A LA DESJURIDIFICACIÓN (CASI) COMPLETA EN LOS AÑOS DE GUERRA

No se deben subestimar las radicalizaciones del derecho de seguridad en los años de la Segunda Guerra Mundial a partir de 1939, inicialmente todavía al estilo del *ius barbarum* seudo-positivista y finalmente bajo una desjuridificación y flexibilización casi completa. La justicia militar, reactivada en 1934 con base en el *Código Penal Militar de 1872*¹⁶¹, recibió rápidamente el perfil de *persecución penal por terror*. Con este fundamento se pueden ver los decretos-leyes como la *Ordenanza del procedimiento penal militar en la guerra de 1938*, con sus consejos de guerra (Standgerichte), y la *Ordenanza sobre el derecho penal excepcional en la guerra* del mismo año, enfocada en la persecución de delitos como espionaje, actividades de partisanos, disgregación del poder de defensa (*Wehrkraftzersetzung*) y deserción¹⁶². Estas normas buscaron la intimidación con una brutalidad máxima, pues según las convicciones del dictador Hitler, la caída de motivación y la deserción masiva habían sido las causas principales para la derrota de las potencias centrales en la Primera Guerra Mundial. Por *escape de la bandera* (*Fahnenflucht*), el Estado nazi ejecutó a más de quince mil soldados propios. Además, en el marco de la desestructuración penal, se hicieron invisibles las limitaciones entre los sectores military y civil. El nuevo delito de la disgregación del poder de defensa fue aplicado para perseguir sistemáticamente a cualquier opinión que expresaba dudas sobre la *victoria final*, especialmente después de la derrota en la Operación soviética *Bagration* del verano de 1944 y, aún más, después de la entrada de las primeras tropas aliadas en las zonas fronterizas de Alemania a finales de 1944. Mediante otra norma penal novedosa de 1939, se criminalizó el “abuso” de la nueva tecnología de radiodifusión, entendido como escuchar estaciones de los enemigos de guerra, lo que pudo llevar incluso a penas de muerte selectas¹⁶³. Especialmente en el clima apocalíptico de la pre-derrota de los últimos cuatro meses de la guerra, la jurisprudencia militar tomó un carácter excesivamente mortal, siguiendo el lema del *imperativo categórico* penal de Kant que había postulado: si mañana se va a caer el mundo, “se debería ejecutar antes el último criminal en la prisión”¹⁶⁴.

¹⁶¹ *Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich de 1872*, en *RGBI.*, 1872, pp. 174-204.

¹⁶² *Verordnung über das militärische Strafverfahren im Kriege de 1938*, en *RGBI.* I, 1938, núm. 137, p. 1457 y *Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege de 1938*, en *RGBI.* I, 1938, núm. 137, pp. 1455-1457. Véase Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, op. cit., p. 433; Vormbaum, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2^a ed., Berlín, Springer, 2011, pp. 205 y ss; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 497.

¹⁶³ *Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen de 1939*, en *RGBI.* I, 1939, p. 1683.

¹⁶⁴ Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, 2^a ed., Königsberg, 1798, §§ 43-49.

Finalmente, la justicia militar nazi alcanzó aproximadamente treinta mil penas de muerte¹⁶⁵.

En este sentido, el régimen contuvo normas penales con un enfoque al terror, tales como la *Ordenanza sobre la justicia penal* de 1941, dedicada al control de la población polaca en los antiguos territorios del este prusiano–reincorporados al imperio en 1939–, incluyendo cláusulas generales muy amplias y juicios sumarísimos¹⁶⁶. La tendencia general, en dicha ordenanza, consistió en revocar y vengar la polonización étnica efectuada a partir de 1919. Para los territorios militarmente ocupados, se promulgaron medidas especiales aún más duras. Por una parte, pueden señalarse las *Directivas Noche y Niebla* de 1941 que posibilitaron la *desaparición forzada* de enemigos del Imperio Alemán por su deportación secreta a campos de prisión, con la participación de cortes penales de secreto¹⁶⁷. Por otra parte, pueden indicarse la *Ordenanza para el ejercicio de la justicia de guerra en Rusia* de 1941 y las *Directivas para el tratamiento de los comisarios políticos* del mismo año¹⁶⁸, que delegaron un poder penal especial a las fuerzas armadas en combate contra Stalin, obligándolas a la ejecución inmediata de comisarios comunistas y autorizándolas también para ejecutar a los demás sospechosos. Esto puede contextualizarse en la lógica de la *guerra de exterminio*¹⁶⁹, liderada con el fin de ganar *espacios vitales* –una transferencia conceptual del colonialismo poblador anglosajón en Norteamérica y Australia al interior de Europa–, que violó los estándares del Derecho Internacional Humanitario de entonces, incluidos en las *Convenciones relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y 1907* y en el *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1929*.

A pesar de que el Estado nacionalsocialista ha documentado casi todas sus decisiones anti-iushumanas y violentas en decretos-leyes, reglamentos y órdenes, cabe resaltar una excepción significativa fuera de este tipo de fuentes: el *religiocidio* de aproximadamente 5,6 millones de judíos europeos, efectuado de 1941 a 1945, en reemplazo de la anterior política de presión a la emigración de los judíos alemanes, ahora imposibilitada por la guerra. Se puede reconstruir el camino normativo

¹⁶⁵ Brümmer, Kristina, *Desertion im Recht des Nationalsozialismus*, Berlin, BWV, 2006, pp. 203 y ss; Michael Löffelsender, *Strafjustiz an der Heimatfront*, Tübingen, Mohr, 2012, pp. 268 y ss; Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, *op. cit.*, p. 907.

¹⁶⁶ *Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten* de 1941, en *RGBl. I*, 1941, pp. 759 y ss. Véase Schmidt, *Geschichte Strafrechtspflege*, *op. cit.*, p. 433.

¹⁶⁷ *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten* de 1941, ep. por Martin Moll (Ed.), *Führer-Erlasse 1939-1945*, Stuttgart, Steiner, 1997, pp. 125-126. Comp. Gruchmann, Lothar, “Nacht- und Nebel-Justiz”, en revista *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, núm. 29-3, Múnich, Instituto für Zeitgeschichte, 1981, págs. 342-396; Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 216 y ss; Schädler, Sarah, *Justizkrise und Justizreform im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 325 y ss.

¹⁶⁸ *Erlass über die Ausübung der Kriegsgerichtsbarkeit im Gebiet Barbarossa und über besondere Maßnahmen der Truppe* de 1941, en Münchener Digitalisierungszentrum (Ed.), *100(0) Schlüsseldokumente zur deutschen Geschichte im 20. Jahrhundert*, publicación virtual en: http://www.100dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0093_kgs&l=de (31.03.2015) y *Richtlinien für die Behandlung politischer Kommissare* de 1941, en *100(0) Schlüsseldokumente*, *op. cit.* Comp. Römer, Felix, *Der Kommissarbefehl*, Paderborn, Schöningh, 2008.

¹⁶⁹ Jureit, Ulrike, et al., *Verbrechen der Wehrmacht*, Hamburgo, Instituto für Sozialforschung, 2002.

hasta la expatriación y expropiación completa de los judíos alemanes en 1941¹⁷⁰, pero ningún historiador ha logrado encontrar una orden explícita de la cancillería imperial para el inicio del *judeocidio*; tan solo se conocen documentos secundarios como una orden del mariscal imperial Göring al jefe de la policía de seguridad Heydrich, para elaborar un concepto general sobre la organización de “la solución final de la cuestión judía” (julio de 1941), el protocolo de la conferencia interadministrativa de Wannsee (20 de enero de 1942) y los discursos secretos del comandante en jefe de las SS Himmler ante miembros de su organización en Posen (4 y 6 de octubre de 1943)¹⁷¹. Muchos de estos documentos mostraron un lenguaje abstracto, indirecto, borroso y cifrado con base en la seudo-racionalidad de la terminología administrativa, que escondió, si se aplica un concepto famoso de la filósofa Hannah Arendt, *la banalidad del mal*¹⁷², al estilo de una armadura protectora frente a la conciencia propia. Para explicar el fenómeno de la ausencia de la orden escrita del dictador, pueden imaginarse tres posibilidades: primera, la existencia originaria de documentos que no sobrevivieron la fase final de la guerra, eventualmente a causa de una eliminación intencional de las huellas; segunda, una orden oral; tercera, en vez de una orden, la materialización anticipada de la supuesta voluntad del caudillo por parte de los niveles subordinados de poder, deducida de los discursos antisemíticos generales del mismo. Sin embargo, en contra de la última posibilidad, llama la atención la cooperación perfeccionista de múltiples ramas de la administración pública, como los *Ferrocarriles Imperiales*, que organizaron las deportaciones y cobraron para todo judío transportado los precios del tiquete.

De todos modos, a pesar de que los nazis creían en su misión salvadora de la humanidad contra la supuesta sangre mala, trataban el *judeocidio* como un tabú, pues tenían aparentemente un resto de conciencia de actuar por fuera de los estándares humanitarios reconocidos y dudaron del consenso de los alemanes para democidios masivos con los medios del Estado industrial. No obstante, las deportaciones como tal se realizaron abierta y visiblemente –bajo la fórmula oficial de crear colonias en el este-. Otro elemento clave fue el carácter *internacional* del *judeocidio* en esferas con una naturaleza politizada y poco juridificada: solo el 3,5% de las víctimas fueron ciudadanos *alemanes*, mientras el resto se compuso de judíos *europeos*, tanto entregados de modo voluntario por los países adheridos al pacto del *Eje* –Croacia, Eslovaquia, Francia (Vichy), Hungría, Italia (República Social) y Rumania– como los capturados en los países invadidos. Especialmente en Europa Oriental –la zona de más del 80% de las víctimas– se desarrolló una colaboración activa y benevolente de la población polaca, ucraniana, bielorrusa, lituana y letona como denunciantes, policías auxiliares y *mob*, con base en un

¹⁷⁰ 11º reglamento de la Ley de ciudadanía imperial de 1941, *op. cit.*

¹⁷¹ *Ermächtigungsschreiben von Hermann Göring an Heydrich* de 31 de julio de 1941, en *Latvijas Valsts Vestures Archivs*, Riga, *P1026, opis 1, B 3*, p. 164; *Protokoll der Besprechung über die Endlösung der Judenfrage* de 20 de enero de 1942, en *Politisches Archiv des Auswärtigen Amtes*, Berlin, *R 100857*, pp. 166-180; *Rede des Reichsführers SS bei der SS-Gruppenführertagung in Posen am 4.10.1943*, en *100(0) Schlüsseldokumente*, *op. cit.*

¹⁷² Arendt, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*, nueva ed., Barcelona, Lumen, 2003 (1967).

antisemitismo bastante acentuado contra judíos menos asimilados. También obsérvese que todos los *campos de exterminio* se localizaron en estas partes europeas, fuera de las fronteras imperiales de 1939¹⁷³. Sin duda alguna, el *judeocidio* fue llevado a cabo al estilo antijurídico y antipositivista, sin participación de los jueces, dirigido por militares de élite y funcionarios selectos e ideologizados de las SS que no cuestionaron ningún tipo de orden¹⁷⁴.

Del mismo modo, pueden observarse la desestructuración y disolución de las formas jurídicas básicas en el interior del Imperio Alemán, por ejemplo en la llamada *caza de conejos del Mühlviertel* de febrero de 1945. Cuando se escaparon 500 prisioneros de guerra rusos del campo de concentración de Mauthausen en Alta Austria, la policía regular y la población civil austriaca participaron con mucha motivación en una caza bestial de seres humanos, asesinando extralegalmente a casi todos¹⁷⁵.

Lo expuesto en los últimos párrafos tuvo lugar en las retroalimentaciones de la violentización de la Segunda Guerra Mundial, en la cual murieron 39 millones de europeos. Según los Estados involucrados, se calculan 20,6 millones de víctimas de la Unión Soviética, 7,5 millones del Imperio Alemán y 5,6 de Polonia, para mencionar solo los tres países más afectados¹⁷⁶. Ante las tentaciones tecnológicas de la guerra industrial, los círculos viciosos de la *guerra popular* entre pueblos en armas y las mentalidades del combate existencial y final entre ideologías salvadoras, se cayeron todas las limitaciones éticas y mecanismos de autocontrol de afectos negativos, dejando al derecho nada más que un papel confirmativo en nichos donde fue visto útil, pero sin permitir limitaciones al enfoque del logro bélico –así lo más acentuado en la *guerra de los dictadores del teatro oriental* de la guerra europea–.

Uno de estos nichos fue el derecho penal contra la corrupción. Entre 1943 y 1945, la dictadura nazi empleó al juez de las SS, Konrad Morgen, para perseguir *crímenes en los campos de concentración*, alcanzando varias condenas a comandantes de dichas instituciones, inclusive la pena de muerte del jefe Karl Koch de *Buchenwald*. Sin embargo, la cruda moral nazi fue subrayada por la interpretación de los *crímenes en los campos de concentración*: no fueron los de lesa humanidad, sino el enriquecimiento privado en bienes del Estado, robados de los detenidos¹⁷⁷.

¹⁷³ Auschwitz-Birkenau, Belzec, Chelmo, Majdanek, Sobibor y Treblinka.

¹⁷⁴ Asmuss, *Holocaust*, op. cit., pp. 103 y ss, 151 y ss; Benz, *A Concise History of the Third Reich*, op. cit., pp. 213 y ss; Id., *Der Holocaust*, op. cit., pp. 50 y ss, 60 y ss, 101 y ss; Friedländer, *Nachdenken über den Holocaust*, op. cit., pp. 21 y ss; Hehl, *NS Herrschaft*, op. cit., pp. 25, 66 y ss; Raul Hilberg, *The Destruction of the European Jews*, 3rd ed., Yale, Univ. Press, 2003 (1961); Meyer, *Ausgrenzung und Vernichtung*, op. cit., pp. 207 y ss.

¹⁷⁵ Mauthausen Memorial (Ed.), *Mühlviertler Hasenjagd*, http://www.mauthausen-memorial.at/db/admin/de/index_main.php?cbereich=1&cthema=366&carticle=50&fromlist=1 (31.03.2015).

¹⁷⁶ Alemania e incluso Austria. Cifras según: Brückmüller, Ernst, et al., *Putzger, Atlas und Chronik zur Weltgeschichte, Große Ausgabe*, Berlin, Cornelsen, 2002, p. 239.

¹⁷⁷ Gross, *Anständig geblieben*, op. cit., pp. 143 y ss.

8. LA JUSTICIA TRANSICIONAL DE 1945 A 1948 Y LA LARGA SOMBRA DE LA IMPUNIDAD DESPUÉS DE 1949

Surge la pregunta acerca del tratamiento de los *juristas horrorosos* y demás responsables después de la caída bélica del imperio nacionalsocialista. En la época de la dictadura militar del *Consejo de Control Aliado* (1945-1949), se buscaron estrategias novedosas de una *justicia transicional* para condenar nuevos delitos, creados de modo *ad hoc* según las evaluaciones éticas propias, basándose en argumentos iusnaturalistas para derogar –similar como antes los nazis– la garantía liberal-positivista de la prohibición de la retroactividad, mediante la estipulación de los crímenes intemporales contra la paz, de guerra y contra la humanidad. Estos nuevos crímenes se establecieron en el protocolo inter-aliado de Londres y en la Ley 10 de dicho consejo. Originalmente, la *justicia transicional* fue ambicionada, y hasta 1951, los tres aliados occidentales dejaron ejecutar a aproximadamente 500 nazis, mientras casi el mismo número de sospechosos se escapó por las llamadas *líneas de las ratas* a Suramérica¹⁷⁸. De modo paralelo, el gobierno militar soviético ejecutó a 756 nazis. Se suma a estos, un número desconocido de ejecutados en el resultado de la práctica de extraer benevolente nazi a los nuevos gobiernos en Europa Oriental¹⁷⁹. De las figuras simbólicas del régimen nazi no sobrevivió ninguno¹⁸⁰, excepto los dos grandes almirantes y el arquitecto en jefe; también en el nivel regional de los gobernadores provinciales y distritales, fueron muy limitadas las opciones de sobrevivir. Hay que anotar una excepción notable a dicha mortalidad: los juristas. En el *juicio de los juristas* de 1947, una corte militar estadounidense condenó selectivamente a cuatro penas perpetuas, seis penas por períodos de cinco a diez años y cuatro absoluciones; todos resultaron liberados hasta 1957. En estas condenas fueron vistas como relevantes, la participación en las acciones de noche y niebla, las posiciones en el liderazgo del aparato penal y una membresía de las SS, una organización declarada como criminal¹⁸¹.

En la opinión pública alemana, quedó limitada la aceptación de juicios en manos de jueces de un partido de guerra, pues fueron estigmatizados como la *justicia de los vencedores* para profundizar su victoria. Para muchos alemanes, la justicia de los aliados subrayó ritualmente el haber combatido por una causa justa, pero sin tener en cuenta recíprocamente los crímenes de lesa humanidad cometidos por ellos mismos (*tu quoque*): como el *urbanicidio* sistemático de aproximadamente 160 ciudades alemanas desde el aire (1940-1945), la limpieza étnica de 12 a 15 millones de alemanes del este, llegando a excesos genocidiales (1945-1948),

¹⁷⁸ Goñi, Uki, *La autentica Odessa, Fuga nazi a Argentina*, nueva ed., Buenos Aires, Paidós, 2009.

¹⁷⁹ P. ej. fueron ejecutados en Polonia el gobernador de Danzig-Westpreussen Albert Forster (1952) y el gobernador de Wartheland Arthur Greiser (1946), así como en Yugoslavia el gobernador de Kärnten Friedrich Rainer (1947).

¹⁸⁰ Tampoco debe ignorarse la cuota alta de suicidios, incluyendo al dictador Hitler, al ministro de propaganda Goebbels, al comandante de las fuerzas aéreas Göring y al jefe policial Himmler.

¹⁸¹ US Military Tribunal, Nuremberg, *Judgment of 4 December 1947, The US of America vs. Josef Altstötter, et al.*, ed. por Humboldt-Universität Berlin, publicación virtual en: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/Justice%20Case%20Judgment.pdf> (31.03.2015).

y lo mismo con los polacos de Ucrania, las masacres soviéticas en Polonia y el Báltico, el exterminio del ejército croata en Bleiburg y las conquistas soviéticas desde 1940. La dinámica cambió cuando los tres aliados occidentales detectaron su nuevo desafío principal, en los inicios de la *Guerra Fría* contra el cuarto aliado, la Rusia soviética, de modo que buscaron la cooptación pragmática de los vencidos, ofreciendo una especie de olvido perpetuo si ellos se presentaban en nuevos vestidos democráticos¹⁸².

En este sentido, la nueva República Federal Alemana, con base en su *Ley fundamental de 1949*¹⁸³, restableció casi completamente el sustrato personal del aparato judicial de la época nacionalsocialista¹⁸⁴. El artículo 131 de la *Ley fundamental* previó dicha reactivación, llevada a cabo por la concreción normativa de 1951¹⁸⁵. La sentencia limitadora de 1953 del Tribunal Constitucional¹⁸⁶ –la única alta corte sin continuidad de personal– quedó sin efectos sustanciales. En los años 50, del 70 al 90% de los jueces y profesores de derecho, fueron ex miembros del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán. Entre los casos llamativos pueden señalarse: 1) el coautor y ex comentarista de las leyes raciales de Núremberg, Hans Globke, quien sirvió de 1953 a 1963 como jefe de la cancillería federal de Adenauer; 2) el ex juez nazi Wolfgang Fränkel, quien recibió en 1962, el puesto de fiscal federal general –a pesar de que había sido responsable de penas de muerte por delitos menores, como en 1942, el caso de un ladrón de un bolso de mano sin antecedentes penales–; 3) el ex fiscal superior Franz Nüßlein, participante en 900 penas de muerte en las cortes especiales del Protectorado de Bohemia y Moravia, quien trabajó a partir de 1955 como diplomático y cónsul general; 4) el ex presidente de una cámara penal de la corte especial de Praga, Kurt Bellmann, responsable de 127 penas de muerte, quien sirvió desde 1956 como director de la Corte provincial de Hannover, y 5) el ex autor de una tesis doctoral en pro de la eutanasia nacionalsocialista, Hans Puvogel, quien pudo servir de 1976 a 1978 como el ministro de justicia del Estado federado de Baja Sajonia¹⁸⁷.

¹⁸² Sobre la justicia transicional: Asmuss, *Holocaust*, *op. cit.*, pp. 215 y ss; Eichmüller, Andreas, “Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen durch westdeutsche Justizbehörden seit 1945”, en revista *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, vol. 56, núm. 4, Múnich, Oldenbourg, 2008, pp. 621-640, 626, 635; Kramer, *Richter vor Gericht*, *op. cit.*, pp. 122 y s; Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 352 y ss; Rössler, Ruth-K., *Justizpolitik in der SBZ/DDR 1945-1956*, Fráncfort, Klostermann, 2000, pp. 121 y s; Joachim Rückert, “Mitläufer, Weiterläufer und andere Läufer im BMJ”, en Görtemaker & Safeering, *Die Rosenburg*, *op. cit.*, pp. 60-87, 75 y ss; Vormbaum, Thomas, “Die strafrechtliche Aufarbeitung der NS-Justizverbrechen”, en Görtemaker & Safeering, *Die Rosenburg*, *op. cit.*, pp. 142-168, 145 y s; Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, pp. 539 y ss.

¹⁸³ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* 1949, en *Bundesgesetzblatt (BGBL)* I, 1949, pp. 1 y ss.

¹⁸⁴ Incluso para muchos ex miembros de la *Gestapo*, se posibilitó una segunda carrera en la policía -re-federalizada de la RF Alemana. Comp. Klaus Mallmann & Andrej Angrick (Eds.), *Die Gestapo nach 1945*, Darmstadt, WBG, 2009.

¹⁸⁵ Godau, Klaus, “Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung der Justiz in Westdeutschland”, en revista *Forum Historiae Iuris*, de 6 de junio de 2001, publicación virtual en: <http://www.forhistiur.de/2001-06-godau-schutte/> (31.03.2015), cap. B.9.

¹⁸⁶ Bundesverfassungsgericht, *BVerfGE 3 Beamtenverhältnisse*, 1953, pp. 58 y ss.

¹⁸⁷ Giordano, Ralph, *Der perfekte Mord*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2013; Godau-S., *Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung*, *op. cit.*, cap. c.1-2; Herbert, Ulrich, “Justiz und NS-Vergangenheit in der BRD 1945-1970”, en Görtemaker & Safeering, *Die Rosenburg*, *op. cit.*, pp. 43-59, 43 y ss, 52 y ss; Kramer, *Richter*

De igual forma, debe indicarse la continuidad o reactivación rápida de los profesores de derecho, excepto el anti-constitucionalista Carl Schmitt (1888-1985). No obstante, la autonomía universitaria sirvió a personas como el (anti) constitucionalista Ernst Forsthoff (1902-1974), el (anti) constitucionalista Ernst R. Huber (1903-1990), el (anti) constitucionalista Theodor Maunz (1901-1993), el administrativista Otto Koellreutter (1883-1972), el civilista Karl Larenz (1903-1993), el penalista Erich Schwinge (1903-1994), el penalista Friedrich Schaffstein (1905-2001) y el penalista Georg Dahm (1904-1963)¹⁸⁸. Cabe resaltar que la República Federal no usó las alternativas viables y éticamente más correctas para promover el retorno de los juristas democráticos y judíos desplazados a los EE.UU. –aunque hubo en este espectro nombres de peso como Felix Kaufmann, Hans Kelsen, Otto Kirchheimer, Karl Loewenstein, Hans Morgenthau, Arthur Nussbaum y Hans Simons–, o para emplear a juristas jóvenes sin antecedentes llamativos en el Estado anti-constitucional.

A partir de su fundación en 1950, la Corte Federal (*Bundesgerichtshof*) defendió energicamente el nuevo constructo del *privilegio de los jueces* (*Richterprivileg*), es decir, los jueces de la época nazi solo pudieron ser condenados por el delito de *prevaricación* (*Rechtsbeugung*), según el § 336 del Código Penal. Sin embargo, todos los procesos por prevaricación fracasaron¹⁸⁹, pues nunca fue posible probar la respectiva intención en la forma calificada del *dolus directus*. De modo adicional, se instrumentalizó la figura del *error de prohibición*, en vez de aplicar el lema *ignorantia legis non excusat*, es decir, ahora actuó sin culpa el que afirmó que había creído en la legalidad de los asesinatos nazis, sin haber podido reconocer dicho error. Incluso el juez nazi Otto Thorbeck –que había liderado el juicio antiterorista contra varios de los coautores del intento de golpe de Estado del 20 de julio de 1944, al estilo de una farsa judicial que tampoco cumplió con los estándares oficiales de la dictadura– recibió en 1956 la declaración de legalidad por parte de los jueces supremos¹⁹⁰. Otro caso espectacular ante la Corte Federal fue en 1968 la absolución del ex juez del *Tribunal del pueblo*, Hans-Joachim Rehse, que había participado en 231 penas de muerte, incluyendo casos del delito de derrotismo por opiniones frustradas de un profesor universitario y de un sacerdote (1944)¹⁹¹. En

¹⁸⁸ vor Gericht, op. cit., pp. 131 y ss; Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 270 y ss; Rüthers, *Die Gesetzgebung*, op. cit., pp. 136 y ss.

¹⁸⁹ Comp. Frassek, *Karl Larenz (1903-1993)*, op. cit., pp. 69 y ss; Stolleis, *Theodor Maunz*, op. cit., pp. 323 y ss; Wehler, *Dt. Gesellschaftsgeschichte*, t. 4, op. cit., pp. 682 y ss.

¹⁹⁰ Uno de los primeros casos, ocurrió en 1950 ante la corte provincial de Kassel, donde fueron absueltos los jueces nazi que habían condenado a muerte, en 1943, a un protestante con padres judíos, declarado judío de raza, por el delito de *vergüenza racial* al estilo de un *delincuente habitual*, por sus relaciones con varias mujeres no judías. Landgericht Kassel, sentencia Schw 3/50, 3A Ks/50 Gr de 28.6.1950, en Frank Löwenstein (Ed.), *Dokumentation das Todesurteil des Sondergerichts Kassel gegen W. Holländer und der Prozess gegen seine Richter*, Baunatal 2009/ 2010, publicación virtual en: http://www.recht21.com/urteile/Dokumentation_Werner_Hollaender.pdf (31.03.2015). En general: Kramer, *Richter vor Gericht*, op. cit., pp. 123 y ss, 127 y ss.

¹⁹¹ Bundesgerichtshof (BGH), *sentencia 1 StR 50/56 de 19 de junio de 1956*, en revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Múnich, Beck, 1996, pp. 485 y ss. Similar: BGH, *sentencia del 7 de diciembre de 1956, 1 StR 56/56*, en revista *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Múnich, Beck, 1957, pp. 1158 y ss.

¹⁹¹ Véase Freudiger, Kerstin, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 386 y ss, 395; Müller, *Furchtbare Juristen*, op. cit., pp. 316 y ss; Spendl, Günter, *Rechtsbeugung durch*

otras palabras, existió una especie de solidaridad estamental, según la cual el juez no castigó al juez.

La justicia “democrática” tampoco estuvo dispuesta a anular las sentencias polémicas de los juzgados nacionalsocialistas. Por ejemplo, la pena de muerte de la Corte especial de Braunschweig contra la joven Erna Wazinski como *parasita del pueblo* por saqueos poco probables en el urbanicidio aliado (1944), llevó a múltiples reaperturas e intentos de reapertura (1952, 1959, 1960, 1964, 1966), pero los jueces siempre confirmaron la decisión de sus colegas nazis¹⁹². De modo consecuente, la RF Alemana rechazó en 1953 la *cláusula de Núremberg*¹⁹³ de la *Convención Europea de Derechos Humanos* de 1950¹⁹⁴ que había previsto una excepción de la prohibición de la retroactividad para delitos de lesa humanidad. Se pretendió conservar la leyenda blanca –y absurda– de la dictadura nazi como una especie de Estado de Derecho, inclusive la justicia política del *Tribunal del pueblo*.

De tal manera hay que contextualizar la *hipótesis de positivismo* de Radbruch y von Hippel, según la cual el positivismo jurídico hubiera convertido en indefenso al estamento jurídico alemán frente a las injusticias de la dictadura. En el ámbito de la posguerra, sirvió como una fórmula cómoda de la *auto-amnistía colectiva* de los juristas. Así fue posible limpiarse de toda culpa bajo la apariencia de lo plausible y nadie tuvo que sufrir una mala conciencia¹⁹⁵. Un ejemplo influyente de este cuento de inocencia fue la obra de Hubert Schorn, *El juez en el Tercer Imperio* de 1959¹⁹⁶. Los nazis fueron supuestamente *los otros*, mientras los jueces se confirmaron mutuamente actuaciones honorables. Seguramente, se trató también de un mecanismo de la salvaguardia psicológica frente a las imágenes inaguantables del *judeocidio*, difundidas por las películas aliadas de reeducación como *Los molinos de la muerte* (*Death Mills*, 1945). La autopercepción de los juristas involucrados, puede sintetizarse en las palabras de 1978 del ex juez nazi Hans Filbinger, en el nuevo papel de primer ministro de un Estrado federado: “lo que fue derecho en ese entonces, no puede ser delito hoy en día”¹⁹⁷. Pero en cambio, la otra fórmula de Radbruch sobre la *injusticia legal* quedó altamente ignorada, pues la misma hubiera hecho plausible la persecución penal de los asesinos en túnica–aunque el Tribunal Constitucional la retomó en 1968, en otro contexto, para declarar nula la norma

Rechtsprechung, Berlín, De Gruyter, 1984, p. 12; Ullrich, Volker, “Furchtbare Nachkriegsjustiz”, en *Die Zeit*, núm. 14, 1995, publicación virtual en: http://www.zeit.de/1995/14/Furchtbare_Nachkriegsjustiz (31.03.2015); Vormbaum, *Die strafrechtliche Aufarbeitung*, *op. cit.*, pp. 158 y ss, 162.

¹⁹² Para la rehabilitación de Wazinski tuvo que esperar hasta 1990. Comp. Kramer, *Richter vor Gericht*, *op. cit.*, pp. 134 y ss.

¹⁹³ *Bekanntmachung über das Inkrafttreten der Konvention zum Schutz der Menschenrechte*, en *BGBI.* II, 1954, p. 14.

¹⁹⁴ *Convención Europea de Derechos Humanos* de 1950, publicación digital en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (31.03.2015).

¹⁹⁵ Rüthers, *Die Gesetzgebung*, *op. cit.*, pp. 130 y ss; Walther, *Juristischer Positivismus*, *op. cit.*, p. 278.

¹⁹⁶ Schorn, Hubert, *Der Richter im Dritten Reich*, Fráncfort, Klostermann, 1959.

¹⁹⁷ Der Spiegel, “Affäre Filbinger, Was Rechtens war”, en *Der Spiegel*, núm. 20, de 15 de mayo de 1978, publicación digital en: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-40615419.html> (31.03.2015); Herbert, *Justiz und NS-Vergangenheit*, *op. cit.*, p. 53.

nacionalsocialista de 1941 sobre la expatriación de los alemanes de fe judía¹⁹⁸, y no para abrir el camino al castigo de los perseguidores, sino al revés, para defender los derechos de sucesión de los herederos de los apátridas de entonces¹⁹⁹–.

Todo esto debe ser contextualizado en el marco de la política más amplia de la “amnistía fría”²⁰⁰ y de la “gran paz con los autores de delito”²⁰¹. La misma persiguió solo de modo casual y no sistemático a algunos de los asesinos ejecutivos más violentos de las SS, por el cargo de excesos personales más allá de sus órdenes concretas²⁰². El arte de adaptación de los juristas alemanes generó impresiones de un estamento dudoso, sin orientación humana profunda ni conciencia. Múltiples personas que habían respaldado enérgicamente la *comunidad popular* y el *principio del caudillo*, defendieron después de 1949 los principios constitucionales liberales y democráticos. De los profesores de derecho público, Forsthoff escribió en 1954 sobre los *Problemas constitucionales del Estado social*, Huber publicó a partir de 1957 una obra monumental de ocho tomos sobre la historia constitucional, y Maunz se dedicó desde 1958 al comentario estándar de la *Ley fundamental democrática*²⁰³.

Además, al igual que en la época nazi, los mismos jueces penales persiguieron a los mismos comunistas como enemigos públicos –ahora llamados *enemigos de la Constitución*– con base en el mismo derecho de la protección del Estado prolongado o reactivado, mientras que los ex nazis supuestamente purificados fueron salvaguardados de la inclusión en esta categoría estigmatizadora²⁰⁴. En la legislación de 1953²⁰⁵ sobrevivieron múltiples normas penales de la época nazi, inclusive el delito impreciso de coacción (§ 240 CP), de modo que los jueces de la antigua escuela pudieron perseguir libremente a la nueva cultura de derechos fundamentales con sus manifestaciones públicas y sentadas²⁰⁶, hasta que el Tribunal Constitucional lo prohibió en 1985²⁰⁷.

Cuando un grupo estudiantil organizó, de 1959 a 1962, la exhibición móvil *Justicia nazi impune* en ciudades como Karlsruhe y Berlín, tematizó la impunidad bien establecida en beneficio de jueces de sangre en buenas posiciones, ya no fue posible ignorar por completo la delicada temática. Sin embargo, con el § 116 de la

¹⁹⁸ 11. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz* de 1941, *op. cit.*

¹⁹⁹ Bundesverfassungsgericht, *BVerfGE 23 Ausbürgerung*, 1968, pp. 98 y ss.

²⁰⁰ Friedrich, Jörg, *Die kalte Amnestie, NS-Täter in der Bundesrepublik*, nueva ed., Berlín, List, 2007.

²⁰¹ Giordano, Ralph, *Die zweite Schuld*, Hamburgo, Rasch & Röhrling, 1987.

²⁰² Ejemplos: los *juicios de Ulm contra el comando de Tilist* de 1958 (10 penas de 3 a 15 años para 5.502 homicidios), los *juicios de Fráncfort sobre Auschwitz* de 1963 a 1968 (22 penas de 3 años a presidio perpetuo para homicidios en varios miles de casos) y el *juicio de Düsseldorf sobre Majdanek* de 1975 a 1981 (8 penas de 3 años a presidio perpetuo homicidios en varios miles de casos); Freudiger, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, *op. cit.*, pp. 26, 42 y ss.

²⁰³ Forsthoff, Ernst, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster, Aschendorff, 1954; Huber, Ernst R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 tomos, Stuttgart, Kohlhammer, 1957-1991; Maunz, *Grundgesetz, Kommentar*, *op. cit.*

²⁰⁴ Müller, *Furchtbare Juristen*, *op. cit.*, pp. 296 y ss.

²⁰⁵ 3. *Strafrechtsänderungsgesetz* de 1953, en *BGBI. I*, 1953, pp. 735-750.

²⁰⁶ Wolf, *Befreiung des Strafrechts*, *op. cit.*, p. 58.

²⁰⁷ Bundesverfassungsgericht, *BVerfGE 69 Brokdorf* de 1985, pp. 315 y ss.

Ley de los jueces de 1961 se les ofreció simplemente la jubilación anticipada, bajo la garantía de la remuneración completa, sin requerir ni confesiones ni arrepentimientos: cientoquarenta y nueve jueces aceptaron esta salida cómoda de los ojos de lo público²⁰⁸.

En resumen, se detecta uno de los excesos de impunidad más llamativos del siglo XX. Después del fracaso de 1933 a 1945, se trató del segundo gran fracaso en serie de la justicia alemana. Solo a partir del cambio gubernamental de 1969, la RF Alemana empezó a salir del carácter “demo-autoritario”²⁰⁹ de la “democracia en zancos”²¹⁰ o *democracia defectuosa* del pos-nacionalsocialismo. Pero hubo que esperar hasta 1998 para que el parlamento alemán estableciera la *Ley sobre la revocación de las sentencias de injusticia del nacionalsocialismo en el derecho penal*²¹¹, rehabilitando sumariamente a las víctimas del Tribunal del pueblo y de los consejos de guerra. En el 2002 siguió la rehabilitación legislativa de los *desertores*²¹², que reconoció la reevaluación en la sociedad pos-heroica, expresada por la ola de monumentos en las ciudades alemanas para desertores ejecutados del ejército nazi²¹³. Finalmente en el 2009, se rehabilitaron los *traidores de guerra*²¹⁴. Esto ocurrió en un momento, cuando prácticamente todos los asesinos en túnica ya habían fallecido.

No fue diferente el manejo en el segundo Estado sucesor de la dictadura nazi, Austria²¹⁵. En la *justicia transicional* inmediata bajo el liderazgo del gobierno militar aliado, hubo algunas pocas sentencias contra jueces. Por ejemplo, la *Corte popular* de Viena condenó en 1945 al juez nazi Victor Reindl a cinco años de cárcel y al fiscal Johann Karl Stich a ocho, pero por excesos en la justicia marcial de los últimos días de la guerra, más no por otras actividades de la justicia injusta; mientras, por otro lado, el juez fanático Friedrich Russegger recibió en 1948 la absolución por haber actuado supuestamente para el Estado y no para el partido²¹⁶. A partir de 1948, los juristas austriacos sabotearon la justicia transicional y los aliados abandonaron insistir en la misma²¹⁷. Prácticamente puede comprobarse la misma continuidad personal como en la República bonense. El ex militar nazi Kurt Waldheim sirvió

²⁰⁸ Glienke, Stephan A., “Nachkriegsskandal, Studenten gegen Nazi-Richter”, en *Der Spiegel*, de 24 de febrero de 2010, publicación digital en: <http://www.spiegel.de/einestages/nachkriegsskandal-a-948742.html> (31.03.2015).

²⁰⁹ Loewenstein, Karl, *Verfassungslehre*, 4^a ed., Tübingen, Mohr Siebeck, p. 461.

²¹⁰ Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 599.

²¹¹ *Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile* de 1998, en *BGBL* I, 1998, pp. 2501-2502.

²¹² *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege* de 2002, en *BGBL* I, 2002, p. 2174. Véase Brümmer-P., *Desertion*, op. cit., p. 1; Wette, Wolfram, “Deserteure der Wehrmacht rehabilitiert”, en revista *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft*, núm. 52, Berlín, Metropol, 2004, pp. 505-527.

²¹³ P. ej. en 1990 en Göttingen, Hannover y Potsdam, en 1995 en Erfurt, en 2009 en Colonia y en 2014 en Hamburgo.

²¹⁴ 2. *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nat.-soz. Unrechtsurteile* de 2009, en *BGBL* I, 2009, p. 3150.

²¹⁵ Tampoco debe olvidarse que dos de los diez ejecutados en el resultado del *Juicio principal de Núremberg* fueron austriacos: los juristas Ernst Kaltenbrunner y Arthur Seyß-Inquart.

²¹⁶ Landgericht Wien, Vg 12 Vr 1181, 1945; Landgericht Wien, Vg 1f Vr 2731, 1948.

²¹⁷ Butterweck, Hellmut. “Gnade für die Mörder?” en *Die Presse*, de 13 de junio de 2008, publicación digital en: <http://diepresse.com/home/spectrum/zeichenderzeit/390836/Gnade-für-die-Mörder> (31.03.2015).

incluso, de 1986 a 1992, como presidente federal. También Austria esperó mucho tiempo para la rehabilitación de las víctimas de la justicia bárbara de la dictadura nazi, normativizando en 2005 la *Ley de reconocimiento*²¹⁸ y en 2009 la *Ley sobre la revocación y rehabilitación*²¹⁹, de modo que existe desde 2014 también en Viena un monumento para los desertores ejecutados del ejército nazi²²⁰.

9. EN VEZ DE UNA CONCLUSIÓN: 15 LECCIONES SOBRE LA HISTORIA DE LOS JUECES NAZI

Como primera lección de la historia de los jueces nazi, se anota que no estuvo fuera de la experiencia el hecho de que los jueces de una de las grandes naciones culturales se pusieron a disposición, de modo consciente y benevolente, de un Estado moral, que resultó al fin, un Estado criminal, transformándose así en delincuentes de túnica y ejecutores del terror estatal como derecho. A los ojos de las generaciones posteriores, aparecieron como *juristas horrorosos*, sin ética ni conciencia, mientras ellos mismos se percibieron en su época como los paladines en combate por un mundo más justo, tomando decisiones duras pero supuestamente justas.

Segunda lección, a diferencia de la *hipótesis de positivismo* de Radbruch y von Hippel, los jueces de la época nazi no fueron *indefensos* ni estuvieron *ciegos*. Salvo el destino de los juristas socialistas y judíos presionados a la emigración en la fase inicial de la dictadura, típicamente los juristas no se autopercibieron ni amenazados ni presionados a estrategias defensivas, sino que ellos se identificaron con el Estado nacional y social de 1933 y pusieron a disposición del mismo su capacidad profesional, esperando un futuro mejor para los alemanes, siendo felices con la superación del parlamentarismo, del individualismo, del capitalismo y del tratado indignante de Versalles. El espectro incluyó una gran variedad de matices de la derecha política, con nazis ideológicos, autócratas, monarquistas y nacionalistas clásicos, pero también hubo oportunistas indiferentes. Para estos últimos, puede debatirse lo *indefenso*, pero no a causa de constructos iustécnicos, sino por la mentalidad alemana del subdito obediente con una creencia acrítica en el Estado divinizado, proveniente del pasado monárquico. Pero todos, inclusive los seguidores indiferentes, tomaron una decisión y fueron responsables.

Tercera lección, a diferencia de la *hipótesis de positivismo* de Radbruch y von Hippel, ni el Estado nazi ni sus jueces fueron positivistas. Los actores pretendieron superar el positivismo liberal de la época weimariana, promoviendo explícitamente la *identidad entre derecho y moral*, al estilo de un nuevo derecho natural basado en la “ética” y la ideología del nacionalsocialismo. Las nuevas fuentes supremas del derecho, como el programa del partido único, la percepción mundial

²¹⁸ *Anerkennungsgesetz* de 2005, en *Bundesgesetzblatt für die Rep. Österreich* I, 2005, núm. 86.

²¹⁹ *Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz* de 2009, en *Bundesgesetzblatt für die Rep. Österreich* I, 2005, núm. 110.

²²⁰ Röder, Matthias. “Wien erinnert prominent an Wehrmachtsdeserteure”, en *Die Welt*, de 23.10.2014, publicación digital en: <http://www.welt.de/geschichte/zweiter-weltkrieg/article133589425/Wien-erinnert-prominent-an-Wehrmachtsdeserteure.html> (31.03.2015).

nacionalsocialista y el sentimiento popular sano, facilitaron la reinterpretación de las leyes antiguas acorde al espíritu de la dictadura; las nuevas leyes, desde luego, materializaron aquel *derecho moral* nacionalsocialista. Del “buen juez nazi” se esperaba anticipar la ideología oficial y concretarla en sus sentencias, en lugar de subsumir la letra exacta de las leyes provenientes de épocas que fueron vistas como superadas. No obstante, se compartió con el positivismo jurídico la creencia en la metafísica estatal del siglo XIX, que había promovido el credo de la infalibilidad del poder estatal. Mejor dicho, la dictadura fue *soberanista* pero no positivista.

Cuarta lección, a diferencia de la práctica de la mayor parte de las otras dictaduras y en contra de su autoimagen antipositivista, el Estado nazi positivizó partes sustanciales de su nuevo derecho ideológico y lo publicó en la gaceta oficial del imperio. Al respecto, se recuerda la hipótesis según la cual ningún Estado moderno puede ser dirigido por un iusnaturalismo puro. Este derecho no fue ni compatible con la Constitución de 1919 ni creado por un poder legislativo, sino que se trató de normas ejecutivas que brillaron por la desestructuración jurídica y la apertura a decisiones flexibles según preevaluaciones ideológicas y políticas. De tal manera, no contradijo la tendencia antipositivista, sino la reconfirmó.

Quinta lección, la dificultad del observador actual para reconocer en el derecho ideológico nazi una especie de iusnaturalismo, resulta de la tendencia a entender la categoría del derecho natural como algo justo *per se*, según *nuestras* percepciones éticas en las sociedades occidentales del siglo XXI. Se presume automáticamente algo cercano a la ética de los derechos humanos o a las *teorías de justicia* contemporáneas como las de Rawls, Pogge o Sen. No obstante, queda la incertidumbre estructural *del mago y del conejo*: lo que el artista esconde anteriormente en el sombrero, va a salir en la presentación mágica del mismo. A la gran pregunta ¿cuál es la verdadera naturaleza humana?, la historia mundial ha presentado muchas respuestas incompatibles, es decir, se detecta fácilmente que no son semejantes las respuestas de la antigua Grecia esclavista, del catolicismo feudal y estamental de la Edad Media, de la Ilustración individualista y liberal, del comunismo y del fascismo. Todos estos enfoques entran a la categoría del iusnaturalismo, aunque solo poco de lo señalado es cercano a la ética predominante de hoy. La figura del derecho natural puede justificar tanto el mejor como el peor régimen.

Sexta lección, el debate filosófico general no puede reducirse a una pregunta antitética tan simple como o positivismo o iusnaturalismo, sino que es indispensable diseñar una combinación adecuada entre ambos conceptos. Tanto se considera peligroso un positivismo agudo, tecnocéntrico y cuadriculado sin retroalimentación ética, como un iusnaturalismo que no sabe diferenciar entre principios éticos generales e ideologías más o menos extravagantes. En los últimos decenios, casi todas las asambleas constituyentes occidentales han preferido una fundamentación ética en el *pluralismo tridimensional* que combina *valores liberales, sociales y ambientales*, lo que también el autor de este texto ha defendido. No obstante,

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

con esta visión del siglo XXI tampoco es compatible el citado liberalismo contraculturalista de Rawls, que vuelve prácticamente a los antiguos debates fundadores de las revoluciones ilustradas. En los estados con un poder legislativo constitucional y democrático –que no fue el caso en la dictadura nazi–, no deben quedar dudas sobre el hecho de que los jueces civiles, penales y administrativos tienen que aplicar las leyes positivas, pero bajo el autocontrol y el control constitucional que velan que éstas no violen los principios fundamentales de justicia que hoy en día están constitucionalizados.

Séptima lección, se observa con preocupación las tendencias contemporáneas a un *neo ius barbarum*, bajo la fórmula de combate al terrorismo. El derecho anti-terrorista de nuestros días pertenece a la misma familia jurídica que el derecho contra enemigos públicos de la época nazi. La experiencia histórica debería ser entendida como una advertencia seria en cuanto a los riesgos enormes de la perdida de moderación en este ámbito.

Octava lección, la solución más adecuada para superar los problemas de la justicia material descritos en este artículo es el Estado constitucional exigente y eficaz, que precisa sus valores básicos en forma de derechos fundamentales de varias generaciones y en una norma de normas mucho más fuerte que la weimariana: bajo el control de constitucionalidad, en manos de un consejo particular de sabios compuesto por altos jueces, dedicados al control constitucional de las normas y al amparo iusfundamental. La *Ley fundamental* de la RF Alemana de 1949, pretendió evitar las debilidades de la carta de Weimar y ha servido como una de las constituciones modelo en la ola de profundización del constitucionalismo moderno después de la Segunda Guerra Mundial. La respectiva cultura jurídica requiere del juez crítico y activo, con autoestima, que ha superado el papel clásico del súbdito obediente y sabe asumir la función responsable de la *tercera rama* del poder estatal frente a los demás poderes.

Novena lección, los crímenes del Estado nazi han fortalecido el concepto de los *derechos humanos* en el mundo, pues representaron la antítesis acentuada que subrayó la necesidad de los mismos. No es ninguna casualidad que el concepto de la *dignidad humana* entró, a partir de la Constitución bávara de 1946, al constitucionalismo alemán y después al mundo. Bajo la fórmula del *Nunca más*, el *judeocidio* sirvió como el mito fundador para la mundialización de los derechos fundamentales liberales y sociales en el marco de las Naciones Unidas desde 1948.

Décima lección, los métodos jurídicos de los jueces nazis no fueron abandonados en 1945, por ejemplo la interpretación *teleológica* todavía hoy en día es considerada la reina de la mixtura metodológica. No han cambiado tanto los métodos, sino los contenidos materiales. Pero también las preguntas sobre los métodos deben considerarse inmediatamente preguntas relevantes para la calidad constitucional. De igual forma, si bien la teoría jurídica de la RF Alemana ha retomado elementos de un neo-iusnaturalismo bajo la fórmula solemne de no repetición de un drama

de injusticia como el de 1933 a 1945, esta justificación verbaliza solo la mitad de la verdad, pues se prolonga un antipositivismo ya dominante en los años de la dictadura. Hay que constatar una falta de conciencia para estas continuidades incómodas.

Undécima lección, para prevenir futuros *jueces horrorosos* es inevitable una buena educación jurídica en las universidades. Se observa con preocupación las tendencias actuales al neotecnocentrismo jurídico. En común con los jueces nazis, todavía hoy en día muchos juristas no son conscientes de los métodos que usan. Al lado del perfeccionamiento técnico debería profundizarse, al estilo de un verdadero segundo pilar formativo, los fundamentos del derecho que transmiten valores y desarrollan la capacidad del jurista para reflexionar autocriticamente su actuación en contextos complejos: la filosofía del derecho, la sociología jurídica, la teoría del derecho y la historia del derecho. Eventualmente, la última es la más importante, porque reúne los enfoques de los otros fundamentos con la base empírica de experiencias reales, es decir, el observador puede reconocer los efectos, tanto en lo bueno como en lo malo, de los sistemas jurídicos.

Duodécima lección, debería reconocerse que la *historiografía del derecho* de Alemania ha cumplido con su tarea de investigar el pasado difícil de la época nacionalsocialista. Eventualmente, lo hizo tarde, pero desde los años 80, en formas muy amplias y autocriticas, lo que entra en el patrón general del *Vergangenheitsbewältigung* (manejo crítico del pasado) de forma exigente. Estos estudios podrían servir como un modelo para otros países con un pasado anticonstitucional difícil, por ejemplo España (1936/39-1975), Chile (1973-1990) o Colombia (1949-1990), pues en cuanto a la respectiva involucración de los jueces y demás juristas se sabe todavía muy poco.

Decimotercera lección, para el caso colombiano se pretende motivar a estudios más profundos sobre la larga fase anticonstitucional de 1949 a 1990. La vaciación sistemática de la Constitución de 1886 en 1945 bajo la apariencia de lo seudo-legal, mostró similitudes con el caso weimariano. Independiente de la ausencia del dictador personificado, después del primer decenio señalado, también Colombia tendió al estado-de-sitismo duro, a normas antiterroristas radicales, a la destrucción de la calidad material de los derechos humanos y a la pérdida de la separación de poderes. También en este caso puede comprobarse un fundamento ideológico sobrepositivo: el anticomunismo de la Guerra Fría.

Decimocuarta lección, en el contexto de América Latina se recomienda no citar tan acríticamente a juristas del Estado nazi, como por ejemplo Carl Schmitt o Karl Larenz. Dichas citas de supuestos “grandes expertos” pueden ser interpretadas como ofensivas para la dignidad humana. Además, las terminologías pueden ser seductoras si no se saben contextualizar. Parece que muchos latinoamericanos no son conscientes de en qué medida los textos traducidos de Schmitt

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

han servido como *libros de enseñanza* para las propias dictaduras y excesos de estado-de-sitismo.

Decimoquinta lección, en el enfrentamiento crítico y doloroso con el pasado nazi, los alemanes han aprendido algunas virtudes cívicas, inclusive el deber ético de contradecir activa, abierta y transparentemente a la injusticia de cualquier autoridad, mientras que han internalizado que son contraportátivos los comportamientos pasivos, sumisos y sobre-amables del tipo súbdito. Abrirse un poco más a una *cultura de la crítica directa* de este tipo, puede ser sano también en el contexto de América Latina.

Bibliografía

Fuentes Primarias

a) Normatividad

- (1872) *Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, en *Reichsgesetzblatt*, 1872, pp. 174-204.
- (1878) *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie*, en *Reichsgesetzblatt*, 1878, pp. 351 y ss.
- (1896) *Bürgerliches Gesetzbuch*, en *Reichsgesetzblatt*, 1896, pp. 195 y ss.
- (1918) *Gesetz über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich*, en *Staatsgesetzblatt*, núm. 5, 1918.
- (1919) *Verfassung des Deutschen Reiches*, en *Reichsgesetzblatt*, 1919, pp. 1383 y ss.
- (1919) *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne, Traité de Versailles, le 28 juin 1919*, ed. por Grewe, Wilhelm G. (Ed.): *Fontes Historiae Iuris Gentium*, tomo 3-2, 1815-1945, Berlín, De Gruyter, 1992, pp. 683-700.
- (1920) *Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird*, en *Bundesgesetzblatt*, 1920, pp. 1 y ss.
- (1922) *Gesetz zum Schutze der Republik*, en *Reichsgesetzblatt* I, 1922, pp. 585-590.
- (1923) *Mieterschutzgesetz*, en *Reichsgesetzblatt* I, 1923, pp. 353 y ss.
- (1930) *Gesetz zum Schutze der Republik*, en *Reichsgesetzblatt* I, 1930, pp. 91-93.
- (1932) *Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet des Landes Preußen* de 1932, en *Reichsgesetzblatt* I, 1932, p. 377.
- (1933) *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des Deutschen Volkes*, en *Reichsgesetzblatt* I, 1933, pp. 35-40.
- (1933) *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*, en *Reichsgesetzblatt* I, 1933, p. 83.
- (1933) *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, Ermächtigungsgesetz*, en *Reichsgesetzblatt* I, 1933, pp. 141 y ss.
- (1933) *Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe, Lex van der Lubbe*, en *Reichsgesetzblatt* 1933 I, p. 151.

- (1933) *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtenstums*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933 p. 175.
- (1933) *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933 p. 479.
- (1933) *Schriftleitergesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933, pp. 713-717.
- (1933) *Reichstierschutzgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933, p. 987.
- (1933) *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933, p. 995.
- (1933) *Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1933 p. 1016.
- (1933) *Gesetz über die Errichtung eines Geheimen Staatspolizeiamts*, en *Preußische Gesetzesammlung*, 1933, pp. 122-123.
- (1933) *Gesetz über die Geheime Staatspolizei*, en *Preußische Gesetzesammlung*, 1933, p. 413.
- (1934) *Gesetz über den Neuaufbau des Reichs*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 75.
- (1934) *Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, pp. 341-348.
- (1934) *Reichs-Straßenverkehrs-Ordnung nebst Einführungsverordnung*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 455.
- (1934) *Gesetz über die Maßnahmen der Staatsnotwehr*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 529.
- (1934) *Reichsjagdgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 549
- (1934) *Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, p. 747.
- (1934) *Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1934, pp. 1269-1271.
- (1934) *Lagerordnung Dachau*, ed. por Zámečník, Stanislav. *Das war Dachau*, 3^a ed., Fráncfort, Fischer, 2007, pp. 406-411.
- (1935) *Reichsnaturschutzgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, núm. 68, pp. 821-825.
- (1935) *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, pp. 839-843.

- (1935) *Reichsbürgergesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, p. 1146.
- (1935) *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, Blutschutzgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, pp. 1146-1147.
- (1935) *Energiewirtschaftsgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1935, p. 1451.
- (1936) *Erlass über die Einsetzung eines Chefs der Dt. Polizei im Reichsministerium des Innern*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1936, pp. 487 y ss.
- (1936) 3. *Gestapo-Gesetz*, en *Preußische Gesetzsammlung*, 1937, pp. 21-22.
- (1937) *Deutsches Beamten gesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1937, pp. 39 y ss.
- (1938) *Gesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, pp. 237-238.
- (1938) *Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, pp. 807 y ss.
- (1938) *Testamentsgesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, p. 973.
- (1938) 2. *Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, p. 1044.
- (1938) 5. *Verordnung zum Reichsbürgergesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, pp. 1403-1406.
- (1938) *Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, núm. 137, pp. 1455-1457.
- (1938) *Verordnung über das militärische Strafverfahren im Kriege*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1938, núm. 137, p. 1457.
- (1938) *Eisenbahn-Verkehrsordnung*, en *Reichsgesetzblatt II*, 1938, p. 663.
- (1939) *Gesetz über Mietverhältnisse mit Juden*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1939, p. 864.
- (1939) *Verordnung gegen Volksschädlinge*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1939, p. 1679.
- (1939) *Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1939, p. 1683.
- (1941) *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten*, ep. por Moll, Martin (Ed.): *Führer-Erlasse 1939-1945*, Stuttgart, Steiner, 1997, pp. 125-126.
- (1941) *Reichsautobahngesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1941, p. 313.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- (1941) *Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuchs*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1941, pp. 549-550.
- (1941) *II. Verordnung zum Reichsbürgergesetz*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1941, p. 722.
- (1941) *Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1941, pp. 759 y ss.
- (1941) *Erlass über die Ausübung der Kriegsgerichtsbarkeit im Gebiet Barbarossa und über besondere Maßnahmen der Truppe*, en Münchener Digitalisierungszentrum (Ed.): 100(o) *Schlüsseldokumente zur deutschen Geschichte im 20. Jahrhundert*, publicación digital en: http://www.100odokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0093_kgs&l=de (31.03.2015).
- (1941) *Richtlinien für die Behandlung politischer Kommissare*, en Münchener Digitalisierungszentrum (Ed.): 100(o) *Schlüsseldokumente zur deutschen Geschichte im 20. Jahrhundert*, publicación digital en: http://www.100odokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0088_kbe&l=de (31.03.2015).
- (1943) *Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue*, en *Reichsgesetzblatt I*, 1943, pp. 339-342.
- (1949) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, en *Bundesgesetzblatt I*, 1949, pp. 1 y ss.
- (1950) *Convención Europea de Derechos Humanos*, ed. por Tribunal Europeo de Derechos Humanos, publicación digital en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (31.03.2015).
- (1953) *3. Strafrechtsänderungsgesetz*, en *Bundesgesetzblatt I*, 1953, pp. 735-750.
- (1954) *Bekanntmachung über das Inkrafttreten der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, en *Bundesgesetzblatt II*, 1954, p. 14.
- (1998) *Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege*, en *Bundesgesetzblatt I*, 1998, pp. 2501-2502.
- (2002) *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile*, en *Bundesgesetzblatt I*, 2002, p. 2174.
- (2005) *Anerkennungsgesetz, Bundesgesetz über die Anerkennung der Leistungen im österreichischen Widerstand sowie zur abschließenden Beseitigung nationalsozialistischer Unrechtsakte*, en *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich I*, 2005, núm. 86.
- (2009) *2. Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile*, en *Bundesgesetzblatt I*, 2009, p. 3150.

- (2009) *Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz*, en *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich I*, 2005, núm. 110.
- b) *Jurisprudencia*
- (1932) *Staatsgerichtshof: Preußen contra Reich*, sentencia de 25 de octubre 1932, en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ), tomo 138, 1932, anexo, pp. 1-43.
- (1933) *Landgericht Köln*, 5. Zivilkammer: sentencia 5 R 66/33, en revista *Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege*, Berlín, Decker, 1933, pp. 819 y ss.
- (1933) *Reichsgericht*, 4. Strafsenat: *Sentencia XII H 42/33 de 23 de diciembre de 1933, Reichstagsbrandprozeß*, ed. por *OpinioIuris, Die freie juristische Bibliothek*, publicación digital en: <http://opiniojuris.de/entscheidung/1668> (31.03.2015).
- (1934) *Reichsgericht*, 4. Zivilsenat: *Sentencias IV 89/34, IV 94/34 y 104/34 de 12 de julio de 1934*, en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ), tomo 145, 1934, pp. 1 y ss.
- (1936) *Reichsgericht*, Zivilsenat: *Sentencia Die Heimkehr des Odysseus de 1936*, en revista *Juristische Wochenschrift (JW)*, Leipzig, Moeser, 1936, pp. 2537 y ss.
- (1938) *Amtsgericht Halle*: *Sentencia de 18 de agosto de 1938*, en revista *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, Moeser, 1938, pp. 2975 y ss.
- (1938) *Amtsgericht Schöneberg*: *Sentencia de 16 de septiembre de 1938*, en revista *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, Moeser, 1938, ppágs. 3045 y ss.
- (1938) *Reichsgericht*, Strafsenat: *sentencia de 22 de septiembre de 1938*, en revista *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, Moeser, 1938, p. 2957.
- (1938) *Landgericht Berlin*: 48. Zivilkammer, *Sentencia de 7 de noviembre de 1938*, en *Juristische Wochenschrift*, Leipzig, Moeser, 1938, pp. 3342 y ss.
- (1938) *Amtsgericht Nürnberg*: *Sentencia de 26 de noviembre de 1938*, en revista *Juristische Wochenschrift*, 1938, Leipzig, Moeser, pp. 3243 y ss.
- (1939) *Reichsgericht*, 2. Strafsenat: *Sentencia de 2 de febrero de 1939*, en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* (RGSt), tomo 73, pp. 94 y ss.
- (1942) *Sondergericht Leslau*: *Sentencia Sd 4 Kls 108/42 de 22 de julio de 1942*.
- (1945) *Landgericht Wien*: *Vg 12 Vr 1181, 1945*, *Das Wiener Volksgerichtsverfahren gegen Viktor Reindl und Johann Karl Stich*, publicación digital en: http://www.nachkriegsjustiz.at/prozesse/volksg/stich_index.php (31.03.2015).

- (1947) US Military Tribunal, Nuremberg: *Judgment of 4 December 1947, The United States of America vs. Josef Altstötter, et al.*, ed. por Humboldt-Universität Berlin, publicación digital en: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/Justice%20Case%20Judgment.pdf> (31.03.2015).
- (1948) Landgericht Wien: *Vg 1f Vr 2731*, 1948, publicación digital en: <http://www.tenhubergreinhard.de/taeter-und-mitlaeufer/gerichtsverfahren-nach-1945/lg-wien-vg-1f-vr-2731-48.html> (31.03.2015).
- (1950) Landgericht Kassel: *Sentencia Schw 3/50, 3A Ks/50 Gr de 28 de junio de 1950*, en Löwenstein, Frank (Ed.): *Dokumentation das Todesurteil des Sondergerichts Kassel gegen Werner Holländer und der Prozess gegen seine Richter*, Baunatal 2009/ 2010, publicación digital en: http://www.recht21.com/urteile/Dokumentation_Werner_Hollaender.pdf (31.03.2015).
- (1953) Bundesverfassungsgericht: *BVerfGE 3 Beamtenverhältnisse*, pp. 58 y ss.
- (1956) Bundesgerichtshof: *Sentencia 1 StR 50/56 de 19 de junio de 1956, Beihilfe zum Mord durch Richter eines Standgerichts der SS*, en revista *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, Múnich, C.H. Beck, 1996, pp. 485 y ss, y publicación digital en: <http://opinioiuris.de/entscheidung/1665> (31.03.2015).
- (1956) Bundesgerichtshof, *Sentencia del 7 de diciembre de 1956, 1 StR 56/56, Rechtsbeugung*, en revista *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich, C.H. Beck, 1957, pp. 1158 y ss.
- (1968) Bundesverfassungsgericht: *BVerfGE 23 Ausbürgerung*, pp. 98 y ss.
- (1985) Bundesverfassungsgericht: *BVerfGE 69 Brokdorf* de 1985, pp. 315 y ss.
- (1995) Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Sentencia 7/1994/454/535, Vogt vs. Alemania* de 1995, en revista *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Múnich, C.H. Beck, 1996, p. 375.
- c) *Textos administrativos*
- (1941) *Ermächtigungsschreiben von Hermann Göring an Heydrich vom 31. Juli 1941*, en Latvijas Valsts Vestures Archivs, Riga, P1026, opis 1, B 3, p. 164, ed. por Haus der Wannsee-Konferenz, publicación digital en: http://www.ghwk.de/fileadmin/user_upload/pdf-wannsee/dokumente/goerings_beauftragung_heydrich_juli1941_barrierefrei.pdf (31.03.2015).
- (1942) *Protokoll der Besprechung über die Endlösung der Judenfrage vom 20. Januar 1942*, en Politisches Archiv des Auswärtigen Amtes, Berlin, R 100857, pp. 166-180, ed. por Haus der Wannsee-Konferenz, publicación digital en: http://www.ghwk.de/fileadmin/user_upload/pdf-wannsee/dokumente/protokoll-januar1942_barrierefrei.pdf (31.03.2015).

- (1943) *Rede des Reichsführers SS bei der SS-Gruppenführertagung in Posen am 4. Oktober 1943*, en 1000 Schlüsseldokumente zur deutschen Geschichte, publicación digital en: http://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0008_pos&object=abstract&st=REDE%20DES%20REICHSF%C3%BCHRERS%20SS&l=de (31.03.2015).
- d) Autores históricos
- (1798) Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*, 2^a ed., Königsberg, 1798.
- (1895) Meyer, Georg: *Der Staat und die erworbenen Rechte*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895.
- (1897) Anschütz, Gerhard: *Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt*, Berlin, C. Heymanns, 1897.
- (1914) Mann, Heinrich: *Der Untertan*, nueva ed., Fráncfort del Meno, Fischer, 2012.
- (1919) Kern, Fritz: *Recht und Verfassung im Mittelalter*, nueva ed., Darmstadt, WBG, 1952.
- (1922) Gumbel, Emil Julius: *Vier Jahre politischer Mord*, Berlín, Neue Gesellschaft, 1922.
- (1922) Schmitt, Carl: *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 8^a ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2004.
- (1932) Radbruch, Gustav: *Rechtsphilosophie*, 3^a ed., Leipzig, Quelle & Meyer, 1932.
- (1933) Schmitt, Carl: *Staat, Bewegung, Volk, Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburgo, Hanseat. Verlagsanstalt, 1933.
- (1933) Forsthoff, Ernst: *Der totale Staat*, Hamburgo, Hanseat. Verlagsanstalt, 1933.
- (1934) Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig & Viena, Deuticke, 1934. Traducción española de la 2^a ed. revisada de 1960: *Teoría pura del Derecho*, 14^a ed., México, Porrúa, 2005.
- (1934) Schmitt, Carl: “Der Führer schützt das Recht, Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934”, en revista *Deutsche Juristen-Zeitung*, núm. 15, Múnich, C.H. Beck, 1934, pp. 945-950; traducción en español: *El Führer defiende el derecho*, en Íd. & Orestes, Héctor: *Teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- (1935) Larenz, Karl: “Rechtsperson und subjektives Recht”, en Íd. et al. (Eds.): *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlín, Junker & Dünnhaupt, 1935, pp. 225-260.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- (1938) Forsthoff, Ernst: *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, Kohlhammer, 1938.
- (1939) Huber, Ernst R.: *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2^a ed., Hamburg, Hanseat. Verlagsanstalt, 1939.
- (1941) Fraenkel, Ernst: *The Dual State, A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Nueva York, Oxford Univ. Press, 1941.
- (1946) Radbruch, Gustav: "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en revista *Süddeutsche Juristenzeitung*, tomo 1, Tübingen, Mohr, 1946, pp. 105-108, 105.
- (1946) Hippel, Fritz von: *Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, Eine juristische Betrachtung*, Tübingen, Mohr, 1946.
- (1954) Forsthoff, Ernst: *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, Münster, Aschen-dorff, 1954.
- (1957) Huber, Ernst R.: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 tomos, Stuttgart, Kohlhammer, 1957-1991.
- (1958) Maunz, Theodor & Dürig, Günter (Eds.): *Grundgesetz, Kommentar*, 73 ediciones, Múnich, C.H. Beck, 1958-2015.
- (1959) Schorn, Hubert: *Der Richter im Dritten Reich, Geschichte und Dokumente*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1959.

e) *Prensa histórica*

- (1933) *Das Verbot der SPD, Wohlverdientes Ende der marxistischen Landesverrätspartei*, en periódico *Völkischer Beobachter*, Norddeutsche Ausgabe, de 24 de junio de 1933, publicación digital en: <http://www.demokratiegeschichte.eu/index.php?id=207> (31.03.2015).
- (1978) Redacción Der Spiegel: "Affäre Filbinger, Was Rechtens war", en *Der Spiegel*, núm. 20, de 15 de mayo de 1978, publicación digital en: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-40615419.html> (31.03.2015).

Bibliografía secundaria

Alexy, Robert: "Una defensa de la fórmula de Radbruch", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, Coruña, Universidade da Coruña, 2001, pp. 75-95.

Álvarez, Leonardo: "La Constitución de Weimar ¿Una República sin republicanos?" en revista *Historia Constitucional*, núm. 12, Madrid & Oviedo, Centro de

- Estudios Políticos y Constitucionales & Universidad de Oviedo, 2011, pp. 443-459.
- Aly, Götz: *Hitlers Volksstaat, Raub, Rassekrieg und nationaler Sozialismus*, Fráncfort del Meno, Fischer, 2005. Traducción: *La utopía nazi, Cómo Hitler compró a los alemanes*, 2^a ed., Barcelona, Crítica, 2008.
- Angermund, Ralph: *Deutsche Richterschaft 1919-1945, Kriegserfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung*, Fráncfort del Meno, Fischer, 1990.
- Arendt, Hannah: *Eichmann en Jerusalén, Un estudio sobre la banalidad del mal*, nueva ed., Barcelona, Lumen, 2003 (1967). Versión en alemán: *Eichmann in Jerusalem*, nueva ed., Múnich, Piper, 2011 (1964).
- Asmuss, Burkhard (Ed.): *Holocaust, Der nationalsozialistische Völkermord und die Motive seiner Erinnerung*, Berlín, Deutsches Historisches Museum, 2002.
- Benavides Vanegas, Farid S.: “Continuidades y discontinuidad en Carl Schmitt”, en Múnica Ruiz, Leopoldo (Ed.): *Normalidad y excepcionalidad en la política*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 51-84.
- Benz, Wolfgang: *A Concise History of the Third Reich*, Berkeley, University of California Press, 2006. Título original en alemán: *Geschichte des Dritten Reiches*, Bonn, Múnich, C.H. Beck, 2000.
- *Der Holocaust*, 8^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2014. Traducción inglesa: *The Holocaust*, Nueva York, Columbia University Press, 1999.
- Bobbio, Norberto: *Teoría General del Derecho*, 4^a ed., Bogotá, Temis, 2013.
- Boldt, Hans: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, tomo 2, *Von 1806 bis zur Gegenwart*, 2^a ed., Múnich, DTV, 1993.
- Brauneder, Wilhelm: *Österreichische Verfassungsgeschichte*, 10^a ed., Viena, Manz, 2005.
- Brenner, Michael: *A short History of the Jews*, Princeton, University Press, 2010. Título original en alemán: *Kleine Jüdische Geschichte*, Múnich, C.H. Beck, 2008.
- Bruckmüller, Ernst et al.: *Putzger, Atlas und Chronik zur Weltgeschichte, Große Ausgabe*, Berlín, Cornelsen, 2002.
- Brümmer-Pauly, Kristina: *Desertion im Recht des Nationalsozialismus*, Berlín, BWV, 2006.
- Butterweck, Hellmut: “Gnade für die Mörder?” en *Die Presse*, de 13 de junio de 2008, publicación digital en: <http://diepresse.com/home/spectrum/zeichenderzeit/390836/Gnade-für-die-Mörder> (31.03.2015).

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- Büttner, Ursula: *Weimar, Die überforderte Republik, 1918-1933*, Bonn, BPB, 2010.
- Clark, Christopher: *The Sleepwalkers, How Europe went to War in 1914*, Londres, Penguin Books, 2013.
- Cristi, Renato: "La lección de Schmitt, Poder constituyente, soberanía y principio monárquico", en revista *Ciencia Política*, vol. 28, núm. 2, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica, 2008, pp. 17- 31.
- Darnstädt, Thomas: "Mephisto als Untertan", en *Der Spiegel Special, Hitlers Machtergreifung*, de 29 de enero de 2008, publicación digital en: [http://www.spiegel.de/spiegelspecialgeschichte/d-55573687.html](http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelspecialgeschichte/d-55573687.html) (31.03.2015).
- Deiseroth, Dieter: "War der Positivismus schuld? Anmerkungen zum Thema Juristen und NS-Regime achtzig Jahre nach dem 30. Januar 1933", en revista *Betrifft Justiz*, núm. 113, Mühlthal, Verein Betrifft Justiz, 2013, pp. 5-10.
- Deutscher Bundestag (Ed.): *Deutscher Parlamentarismus, Nationalsozialismus (1933-1945)*, publicación digital en: http://www.bundestag.de/kulturundgeschichte/geschichte/parlamentarismus/dritten_reich/ (31.03.2015).
- Dreier, Ralf & Sellert, Wolfgang (Ed.): *Recht und Justiz im Dritten Reich*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1989.
- Dyzenhaus, David: "Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?", en revista *American Political Science Review*, tomo 9, núm. 1, New Hampshire, American Political Science Association 1997, pp. 121-134.
- Eichmüller, Andreas: "Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen durch westdeutsche Justizbehörden seit 1945, Eine Zahlenbilanz", en revista *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, vol. 56, núm. 4, Múnich, Oldenbourg, 2008, pp. 621-640.
- Eisenhardt, Ulrich: *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2013.
- Frassek, Ralf: "Karl Larenz (1903-1993), especialista en derecho privado durante el nacionalsocialismo y en la Alemania de posguerra", en revista *Academia*, año 5, núm. 9, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2007, pp. 55-75.
- Freudiger, Kerstin: *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
- Friedländer, Saul: *Nachdenken über den Holocaust*, Múnich, C.H. Beck, 2007.
- Friedrich, Jörg: *Die kalte Amnesty, NS-Täter in der Bundesrepublik*, nueva ed., Berlín, List, 2007.
- Frotscher, Werner & Pieroth, Bodo: *Verfassungsgeschichte*, 13^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2014.

- García Amado, Juan Antonio: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, Madrid, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1991.
- Giordano, Ralph: *Der perfekte Mord, Die deutsche Justiz und die NS-Vergangenheit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2013.
- Giordano, Ralph: *Die zweite Schuld, oder, Von der Last Deutscher zu sein*, Hamburg, Rasch & Röhrling, 1987.
- Glienke, Stephan A.: "Nachkriegsskandal, Studenten gegen Nazi-Richter", en *Der Spiegel*, de 24 de febrero de 2010, publicación digital en: <http://www.spiegel.de/einestages/nachkriegsskandal-a-948742.html> (31.03.2015).
- Godau-Schüttke, Klaus-Detlev: "Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung der Justiz in Westdeutschland", en revista electrónica *Forum Historiae Iuris, Erste Internet-Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, de 6 de junio de 2001, publicación digital en: <http://www.forhistiur.de/2001-06-godau-schuttke/> (31.03.2015).
- Goñi, Uki: *La autentica Odessa, Fuga nazi a Argentina*, nueva ed., Buenos Aires, Paidós, 2009.
- Gössner, Rolf: *Die vergessenen Justizopfer des Kalten Krieges*, Hamburg, Konkret, 1994.
- Gross, Raphael: *Anständig geblieben, Nationalsozialistische Moral*, Bonn, BPB, 2010:
- Gruchmann, Lothar: *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*, 3^a ed., Múnich, Oldenbourg, 2001.
- "Generalangriff gegen die Justiz?", en revista *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, año 51, núm. 4, Múnich, Oldenbourg, 2003, pp. 509-520.
 - "Nacht- und Nebel-Justiz", en revista *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, año 29, núm. 3, Múnich, Oldenbourg, 1981, pp. 342-396.
- Grüttner, Michael & Kinas, Sven: "Die Vertreibung von Wissenschaftlern aus den deutschen Universitäten 1933-1945", en revista *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, vol. 55, núm. 1, Múnich, Oldenbourg, 2007, pp. 123-187.
- Haferkamp, Hans-Peter: *Das Bürgerliche Gesetzbuch während des Nationalsozialismus und in der DDR*, Colonia, Schmidt, 2005.
- Hannover, Heinrich & Hannover-Drück, Elisabeth: *Politische Justiz 1918-1933*, Fráncfort del Meno, Fischer, 1966.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- Hehl, Ulrich: *Nationalsozialistische Herrschaft*, 2^a ed., Múnich, Oldenbourg, 2001.
- Herbert, Ulrich: "Justiz und NS-Vergangenheit in der BRD 1945-1970", en Görtemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.): *Die Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit*, Bonn, BPB, 2013, pp. 43-59.
- Hermann, Hans-Georg et al. (Eds.): *Von den Leges Barbarorum bis zum ius barbarum des Nationalsozialismus*, Colonia, Viena & Weimar, Böhlau, 2008.
- Hetzel, Marius: *Die Anfechtung der Rassenmischehe in den Jahren 1933-1939, Die Entwicklung der Rechtsprechung im Dritten Reich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997.
- Hilberg, Raul: *The Destruction of the European Jews*, 3^a ed., Yale, University Press, 2003 (1961).
- Hoke, Rudolf: *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, Colonia, Viena & Weimar, Böhlau, 1992.
- Hüpers, Bernd: *Karl Larenz, Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, Berlin, BWV, 2008.
- Jüdisches Museum Berlin & Haus der Geschichte der BRD (Eds.): *Heimat und Exil, Emigration der deutschen Juden nach 1933*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2006.
- Jureit, Ulrike et al.: *Verbrechen der Wehrmacht, Dimensionen des Vernichtungskrieges 1941-1944*, Hamburgo, Institut für Sozialforschung, 2002.
- Korb, Axel-Johannes: *Kelsens Kritiker, Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911-1934)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- Kramer, Helmut: "Richter vor Gericht, Die juristische Aufarbeitung der Sondergerichtsbarkeit", en Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (Ed.): *Juristische Zeitgeschichte*, tomo 15, Düsseldorf, Justizministerium, 2007, pp. 121-172.
- Kroeschell, Karl: *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 3, *Seit 1650*, 3^a ed., Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2001.
- Linz, Juan José: *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Boulder, Lynne Rienner Publ., 2000.
- Llinás A., David E.: "Anti-constitucionalismo y dictadura soberana, La responsabilidad de la ciencia jurídica", en Marquardt, Bernd (Ed.): *Constitucionalismo Científico II*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 199-249.

- Loewenstein, Karl: *Verfassungslehre*, 4^a ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2000. Traducción: *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.
- Löffelsender, Michael: *Strafjustiz an der Heimatfront, Die strafrechtliche Verfolgung von Frauen und Jugendlichen im Oberlandesgerichtsbezirk Köln 1939-1945*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- Losurdo, Domenico: *Kampf um die Geschichte, Der historische Revisionismus und seine Mythen*, 3^a ed., Colonia, Papyrossa, 2013.
- Mai, Gunther: *Die Weimarer Republik*, Múnich, C.H. Beck, 2009.
- Mallmann, Klaus-Michael & Angrick, Andrej (Eds.): *Die Gestapo nach 1945, Karrieren, Konflikte, Konstruktionen*, Darmstadt, WBG, 2009.
- Marquardt, Bernd: *Derechos humanos y fundamentales, Una historia del derecho*, Bogotá, Ibáñez, 2015.
- Marquardt, Bernd: "200 años del Congreso de Viena (1814/1815) y 100 años de la Primera Guerra Mundial (1914/1918), Dos transformaciones del Derecho Internacional Público y de la política internacional", en revista *Pensamiento Jurídico*, núm. 40, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014, pp. 15-68.
- Marquardt, Bernd: *Historia mundial del Estado*, tomo 1, *Sociedades preestatales y Reinos dinásticos*, Bogotá, Temis, 2012.
- Marquardt, Bernd: *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Bogotá, Temis, 2013.
- Marquardt, Bernd: *Historia mundial del Estado*, tomo 4, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, Ecoe, 2014.
- Marquardt, Bernd: "Historia constitucional de la monarquía autocrática moderna y parlamentaria: reflexiones sobre dos modelos de Estado en el bicentenario del constitucionalismo moderno", en Íd (Ed.): *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio, Anuario IV*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2015, pp. 19-130.
- Marquardt, Bernd: *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010), Historia constitucional comparada*, tomo 1, *Metodología y 1810-1880*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- Mauthausen Memorial (Ed.): *Mühlviertler Hasenjagd*, publicación digital en: http://www.mauthausen-memorial.at/db/admin/de/index_main.php?cbereich=1&ctheme=366&carticle=50&fromlist=1 (31.03.2015).
- Meder, Stephan: *Rechtsgeschichte, Eine Einführung*, 2^a ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2005.

LOS JUECES DEL ESTADO ANTI-CONSTITUCIONAL: ¿ES CIERTA LA HIPÓTESIS DE RADBRUCH SEGÚN LA CUAL EL POSITIVISMO JURÍDICO HUBIERA CEGADO ÉTICAMENTE A LOS JUECES ALEMANES DE LA ÉPOCA NAZI?

- Mehring, Reinhard: *Carl Schmitt, Aufstieg und Fall*, Múnich, C.H. Beck, 2009.
- Mejía Quintana, Oscar: *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Temis, 1998.
- Meyer, Beate: "Ausgrenzung und Vernichtung der deutschen Juden 1933-1945", en Herzig, Arno & Rademacher, Cay (Eds.): *Die Geschichte der Juden in Deutschland*, Bonn, BPB, 2008, pp. 196-217.
- Möller, Horst: *Die Weimarer Republik, Eine unvollendete Demokratie*, 10^a ed., Múnich, DTV, 2012.
- Mommsen, Hans: *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1996. Título original en alemán: *Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar 1918-1933*, nueva ed., Múnich, DTV, 2004.
- Müller, Ingo: *Furchtbare Juristen, Die unbewältigte Vergangenheit der deutschen Justiz*, nueva ed., Berlín, Tiamat, 2014. Traducción española: *Los juristas del horror*, Bogotá, Librería Jurídica Álvaro Nora, 2009.
- Ogorek, Regina: *Aufklärung über Justiz*, tomo 2, *Richterkönig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 2^a ed., Fráncfort del Meno, Klostermann, 2008.
- Ossa Henao, Mario: "El derecho natural", en Botero Bernal, Andrés (Ed.): *Filosofía del Derecho*, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 85-160.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo: *Historia general del derecho*, Oxford, University Press, 2008.
- Pauler-Studer, Herlinde: "Jenseits von Chaos und Interessenkonflikten' Aspekte und Rechtsentwicklung im NS-System der 1930er Jahre", en Konitzer, Werner & Foljanty, Lena (Eds.): *Moralisierung des Rechts, Kontinuitäten und Diskontinuitäten nationalsozialistischer Kontinuität*, Fráncfort del Meno, Campus, 2014, pp. 11-35.
- Pauli, Gerhard: *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Berlín, De Gruyter, 1992.
- Plazas Vega, Mauricio Alfredo: *Historia de las ideas políticas y jurídicas*, tomo 4, Bogotá, Temis, 2014.
- Przyrembel, Alexandra: *Rassenschande, Reinheitsmythos und Vernichtungslegitimation im Nationalsozialismus*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2003.
- Radkau, Joachim & Uekötter, Frank (Eds.): *Naturschutz und Nationalsozialismus*, Fráncfort del Meno, Campus, 2003.

- Röder, Matthias: "Wien erinnert prominent an Wehrmachtsdeserteure", en *Die Welt*, de 23.10.2014, publicación digital en: <http://www.welt.de/geschichte/zweiter-weltkrieg/article133589425/Wien-erinnert-prominent-an-Wehrmachtsdeserteure.html> (31.03.2015).
- Römer, Felix: *Der Kommissarbefehl, Wehrmacht und NS-Verbrechen an der Ostfront 1941/42*, Paderborn, Schöningh, 2008.
- Rössler, Ruth-Kristin: *Justizpolitik in der SBZ/DDR 1945-1956*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2000.
- Rückert, Joachim: "Mitläufer, Weiterläufer und andere Läufer im Bundesministerium der Justiz", en Görtemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.): *Die Rosenburg*, Bonn, BPB, 2013, pp. 60-87.
- Rüthers, Bernd: "Die Gesetzgebung, Vom Dritten Reich zur BR Deutschland", en Görtemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.): *Die Rosenburg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit*, Bonn, BPB, 2013, pp. 119-141.
- Rüthers, Bernd: *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7^a ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- Rüthers, Bernd: *Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 2^a ed., Múnich, C.H. Beck, 1989.
- Rüthers, Bernd: *Rechtstheorie*, 2^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2005. Traducción: *Teoría del Derecho*, México, Ubijus, 2009.
- Schädler, Sarah: *Justizkrise und Justizreform im Nationalsozialismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- Schlosser, Hans: *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 9^a ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2001.
- Schmidt, Eberhard: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtfspflege*, 3^a ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995.
- Schönehoven, Klaus: "Republik ohne Rechtsschutz, Politische Justiz in der Weimarer Republik", en Hutter, Franz-J. & Tessmer, Carsten (Ed.): *Die Menschenrechte in Deutschland, Geschichte und Gegenwart*, Múnich, C.H. Beck, 1997, pp. 73-88.
- Scriba, Arnulf: *Emigration aus dem NS-Staat*, Berlín, Deutsches Historisches Museum, 2006, publicación digital en: <https://www.dhm.de/lemo/kapitel/ns-regime/etablierung/paris/> (31.03.2015).
- Senn, Marcel: *Rechtsgeschichte, Ein kulturhistorischer Grundriss*, 4^a ed., Zúrich, Schulthess, 2007.

- Senn, Marcel, & Gschwend, Lukas: *Rechtsgeschichte II, Juristische Zeitgeschichte*, 3^a ed., Zürich, Schulthess, 2010.
- Sosa Wagner, Francisco: *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff, Coincidencias y diferencias*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Spendel, Günter: *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, Sechs strafrechtliche Studien*, Berlin, De Gruyter, 1984.
- Stolleis, Michael: *A history of Public Law in Germany*, tomo 3, 1914-1945, Oxford, University Press, 2004. Título original en alemán: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, tomo 3, 1914-1945, Múnich, C.H. Beck, 2002.
- Stolleis, Michael: *The Law under the Swastika*, Chicago, University Press, 1998. Título original: *Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994.
- Stolleis, Michael: "Theodor Maunz, Ein Staatsrechtslehrerleben", en Redaktion Kritische Justiz (Ed.): *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staates*, Baden Baden, Nomos, 1998, pp. 323-331.
- Traverso, Enzo: *La Violencia Nazi, Una Genealogía Europea*, Madrid, FCE, 2003.
- Uekötter, Frank: *Umweltgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, Múnich, Oldenbourg, 2007.
- Ullrich, Volker: "Furchtbare Nachkriegsjustiz", en *Die Zeit*, núm. 14, 1995, publicación digital en: http://www.zeit.de/1995/14/Furchtbare_Nachkriegsjustiz (31.03.2015).
- Vogel, Joachim: "Fortwirkende Einflüsse aus nationalsozialistischer Zeit auf das Strafrecht als Ausdruck übergreifender Entwicklungslinien im Strafrecht des 20. Jahrhunderts", en Konitzer, Werner & Foljanty, Lena (Eds.): *Moralisierung des Rechts, Kontinuitäten und Diskontinuitäten nationalsozialistischer Kontinuität*, Fráncfort del Meno, Campus, 2014, pp. 87-126.
- Vormbaum, Thomas: "Die strafrechtliche Aufarbeitung der NS-Justizverbrechen", en Görtemaker, Manfred & Safeering, Christoph (Eds.): *Die Rosenburg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit*, Bonn, BPB, 2013, pp. 142-168.
- Vormbaum, Thomas: *Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943*, Berlín, Lit, 2011.
- Vormbaum, Thomas: *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2^a ed., Berlín, Springer, 2011.

- Wagner, Walter: *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat*, Múnich, Oldenbourg, 2011.
- Walther, Manfred: "Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?", en revista *Kritische Justiz*, núm. 21, Baden Baden, Nomos, 1988, pp. 263-280.
- Wehler, Hans U.: *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, tomo 4, 1914-1949, Múnich, C.H. Beck, 2003.
- Wesel, Uwe: *Ein Staat vor Gericht, Der Honecker-Prozeß*, Francfort del Meno, Eichborn, 1994.
- Wesel, Uwe: *Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 4^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2014.
- Wesel, Uwe: *Juristische Weltkunde*, 5^a ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1990.
- Wette, Wolfram: "Deserteure der Wehrmacht rehabilitiert, Ein exemplarischer Meinungswandel in Deutschland (1980-2002)", en revista *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft*, núm. 52, Berlín, Metropol, 2004, pp. 505-527.
- Willowweit, Dietmar: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 7^a ed., Múnich, C.H. Beck, 2013.
- Wittreck, Fabian: *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- Wolf, Gerhard: "Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?", en revista *Humboldt Forum Recht*, Berlín, Humboldt Universität, 1996, publicación digital en: <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/9-1996/index.html> (31.03.2015), pp. 52-63.

El concepto interpretativo del derecho

The Interpretative Concept of Law

Alejandro Matta Herrera*

Fecha de recepción: 16 de septiembre del 2014

Fecha de aceptación: 10 de enero del 2015

RESUMEN

El artículo argumenta que de las reflexiones críticas de Ronald Dworkin y John Finnis se pueden obtener importantes conclusiones que permiten explicar cómo una aproximación empírica al derecho, puede ofrecer un modelo descriptivo que dé cuenta de las fuentes de motivación de la conducta más relevantes para predecir las decisiones judiciales. Para ello, se parte de un concepto interpretativo del derecho.

Palabras Clave: argumento del contraste, imparcialidad, análisis conceptual, reglas sociales, fuentes de motivación de las conductas, modelo descriptivo.

ABSTRACT

The present article provides several important conclusions about the critical reflections of Ronald Dworkin and John Finnis. The conclusions explain how an empirical approach to law can provide a descriptive model that accounts for sources of motivation for behaviors that are relevant for predicting court decisions. An interpretive concept of law provides a basis for this account.

Keywords: contrast argument, impartiality, conceptual analysis, social rules, sources of motivation of behaviors, descriptive model.

* Abogado (U de M), Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional (Universidad del Rosario), estudiante de la Maestría en Derecho-Perfil investigativo- (UNAL) y de la Maestría en Filosofía del Derecho (UBA). Correo alemattaherrera@gmail.com.

“Incluso para discrepar, necesitamos algún acuerdo. Si rechazo lo que usted dice sin entenderlo, tendremos la ilusión de un desacuerdo. Usted estará afirmando una cosa y yo estaré negando otra. Incluso para discrepar necesitamos un acuerdo”¹

T.A.O. Endicott.

Introducción

En el presente escrito se quiere explicar en qué consiste el *concepto interpretativo del derecho*. Dicho propósito, se enmarca en una discusión presente en la *filosofía del derecho* respecto a los distintos caminos que pueden emprenderse para describir y explicar esa cosa que llamamos derecho. En este sentido, este artículo se inscribe en la corriente de pensamiento que se asocia al *realismo jurídico*, y de forma más general, al concepto de *naturalización de la epistemología*.

Respecto al realismo jurídico, convendría destacar que los aportes más relevantes sobre sus presupuestos epistemológicos, y por ende, metodológicos, son ofrecidos por Brian Leiter (2012). El autor referido, señala que el realismo jurídico es un enfoque que se preocupa por describir y explicar cómo, en efecto, operan las reglas sociales en la práctica social que llamamos *derecho*. Para lograrlo, acude a la idea de *naturalización de la epistemología* sugerida por Quine (1986).

Aun cuando las afirmaciones precedentes pueden parecer lejanas al propósito del presente artículo, su importancia radica en que sirven para trazar distancia frente a otras orientaciones epistemológicas contemporáneas que pretenden, para explicar el derecho, construir mapas conceptuales ideales, previos y ajenos a la experiencia –formales o materiales–, para luego dar cuenta de la práctica jurídica; muchas veces a costa de la práctica misma. Ello sucede debido a que es probable que estén más preocupadas porque la realidad se ajuste a su modelo y no su modelo a la realidad, como lo hacen los conocimientos que se pretenden científicos –dirección de ajuste–. Lo anterior se debe, posiblemente, a que dichos modelos y conceptos no se presentan con el propósito de explicar la práctica jurídica, sino que centran su preocupación en *justificar* o *prescribir* como les gustaría que fuera la misma; dos actitudes disímiles e incommensurables en el conocimiento científico.

Al respecto, se pueden ofrecer dos ejemplos: (i) Es reiterado, desde la revolución francesa, usar los conceptos de poder constituyente primario y derivado, para explicar y de paso justificar, las transformaciones constitucionales. (ii) También hay quienes proponen un esquema formal –lógico– para interpretar las conductas asociadas a las normas, muchas veces distanciándose del papel explicativo y predictivo que se le asigna a los sistemas deductivos.

¹ Endicott, T.A.O. “Herbert Hart y el agujón semántico”. En *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2002.

Sobre las (i) transformaciones constitucionales y los mencionados conceptos conviene preguntar, ¿Realmente estos conceptos explican la práctica constituyente? (Matta H & Doncel, 2013), ¿Es posible explicar y predecir las transformaciones constitucionales desde los mencionados conceptos?, ¿No será prudente primero observar la realidad y luego si ofrecer un concepto operativo y explicativo que dé cuenta de las transformaciones constitucionales y de las conductas desplegadas por los participantes de esa práctica social que llamamos derecho?, ¿No serán acaso un uso *sin sentido* del lenguaje normativo? (Carrió, 2008)

Ahora, sobre los (ii) esquemas formales y sistemas deductivos convendría preguntarse: ¿La formalización no se presenta luego de una aguda y detallada observación de la realidad?, ¿Es posible la formalización sin estipular premisas o axiomas más certeros?², ¿Existe una determinación causal entre formulación normativa y decisión judicial que permita la construcción de esquemas formales?, ¿No es acaso dicha certeza y determinación causal la que permite la postulación de cierto isomorfismo entre la realidad y el esquema formal y deductivo?

Para evitar, en palabras de Ross (2005), la idealización material del *iustnaturalismo* o la idealización formal del *positivismo normativista*, la *epistemología naturalizada* sirve como base al realismo jurídico precisamente porque asume que para entender el derecho no se debe partir de conceptos formulados de forma inconexa a la observación de las conductas –motivadas a partir de las formulaciones normativas y demás fuentes–, sino por conceptos que expliquen la práctica social que llamamos derecho. Es decir, una *dirección de ajuste* que va del mundo a las palabras y no de las palabras al mundo (Anscombe, 1957).

Según lo mencionado, la orientación realista que subyace al presente artículo, se nutre de ciertas ideas de las corrientes *naturalistas de la filosofía analítica*. Naturalismo, entendido no en los términos tradicionales y metafísicos de la filosofía del derecho sino en los términos comunes de la filosofía de las ciencias. Esta corriente, asociada al análisis conceptual, estima que el análisis filosófico debe tener una relación íntima con las ciencias empíricas o naturales, tal y como acontece con la naturalización de la epistemología. De esta forma, el naturalismo sugiere que el análisis conceptual debe tener como fin facilitar la comprensión de la realidad, y por ende, no admite ningún fin especulativo o intuitivo en el conocimiento.

El naturalismo es un desarrollo de la filosofía analítica reciente que centra su preocupación en la cuestión metodológica. Retomando las reflexiones de Quine (1986): la filosofía no estaría destinada a reflexionar sobre cuestiones *a priori* a las condiciones del conocimiento, sino sobre la forma como en efecto conocemos. En consecuencia, la filosofía del derecho estaría encaminada a investigar los

² No me refiero, con la palabra “certeza”, a una afirmación probabilística del 100%, como suele creerse sucede con las ciencias formales. Sólo quiero hacer referencia a la postulación de una regularidad en la realidad que permite construir esquemas formales a partir de ciertos axiomas más o menos confiables, sin que ello implique la afirmación de una verdad analítica, independiente de la experiencia.

diferentes *caminos* o formas como conocemos esa práctica social que llamamos derecho. Por su parte, la ciencia del derecho, tendría como propósito describir, explicar y predecir las conductas desplegadas en la práctica jurídica.

Al respecto, es preciso afirmar que gracias a la naturalización de la epistemología, la común distinción que suele trazarse entre teoría y observación práctica –teoría-práctica– se diluye en la medida que las teorías son entendidas como elaboraciones mentales originadas en la observación de la práctica jurídica, y que son construidas para facilitar la comprensión de la misma (Quine, 1986). En la ciencia, las teorías que no cumplen con el fin de explicar una práctica social, no tienen relación con el conocimiento científico. Teoría y práctica son *dos caras de una misma moneda* (Guibourg R., 1999, p. 159).

En este punto, es prudente exponer que el tema de este artículo parte de una pregunta sugerida por la lectura de dos importantes autores contemporáneos: ¿Qué precauciones pueden ofrecer las reflexiones de *Finnis* (2000) y *Dworkin* (2002) para una aproximación empírica a la aplicación del Derecho?

Al respecto, puede recordarse que *Dworkin* (2002) cuestionó la tesis positivista de las fuentes sociales. Sostenía que este postulado se veía refutado por la práctica jurídica, en la medida que bastaba con observar las decisiones judiciales para concluir que los jueces usan argumentos morales en sus sentencias, superando lo dispuesto en las reglas jurídicas. A esta situación la llamaba *el argumento del contraste con la práctica*. Vale recordar que la tesis positivista postula, en síntesis, que la *definición informativa* de la denominación *derecho* y los criterios de designación que suelen asociarse al mismo, dependen únicamente de hechos sociales, de tal forma que no es necesario para definirlo acudir a argumentos de orden moral. (Hospers, 1962, p. 60)

Por su parte, *Finnis* (2000) dirigió su crítica a la metodología descriptiva del positivismo. Por este camino, manifestó que la práctica jurídica está sumergida en actitudes evaluativas sobre la corrección moral del derecho como institución social. En este orden de cosas, no es posible que el observador del derecho prescinda en su descripción de dichas actitudes prescriptivas o valorativas. Afirmó que como consecuencia de las actitudes valorativas, se debe, desde la razonabilidad práctica, construir un concepto normativo del derecho.

De acuerdo con las breves opiniones expuestas anteriormente, es aconsejable señalar que la idea de resaltar las reflexiones de los citados autores, de forma alguna tiene como fin reivindicar algún tipo de ontología y epistemología moral, pues simplemente se quiere observar en su mejor luz, si acaso lo necesitan estos brillantes autores, sus importantes ideas.

Frente al interrogante planteado en párrafos anteriores, el interés de los siguientes renglones es sugerir como respuesta, que las reflexiones ofrecidas por *Ronald*

Dworkin y *Jhon Finnis*, permiten concluir importantes precauciones para una aproximación empírica a la aplicación del derecho y la teoría naturalizada del derecho que la acompaña, pues advierten sobre la importancia de otras fuentes de motivación de las conductas, diferentes a las reglas jurídicas, al momento de tomarse decisiones judiciales; y nos permite así, afianzar la idea de un concepto interpretativo del derecho.

Es comprensible que para el lector se genere interferencia en el mensaje contenido en el párrafo anterior. Esto es entendible, pues tradicionalmente, y con acierto, se suelen presentar las reflexiones teóricas de los citados autores en orillas antagónicas a la aproximación empírica o realista del derecho. En consecuencia, uno de los objetivos del artículo es mostrar con claridad que si bien los autores mencionados ofrecen una explicación de la práctica jurídica con serios obstáculos epistemológicos, también sus reflexiones pueden servir para advertir algunas falencias de las propuestas teóricas positivistas.

Otro de los propósitos del presente escrito es ofrecer un puente de comunicación entre propuestas que parten de presupuestos ontológicos y epistemológicos totalmente opuestos, esto es, una de vocación *no positivista* y otra *positivista*. Luego tratará de extraer algunas ideas relevantes para una comprensión empírica del papel adjudicativo del derecho.

1. RONALD DWORKIN: EL ARGUMENTO DEL CONTRASTE CON LA PRÁCTICA

Para hablar de los aportes de tan renombrado autor, es preciso realizar una breve contextualización de su debate con otro relevante teórico del derecho, el británico Herbert Hart. Esto permitirá describir con mayor precisión sus presupuestos y sugerencias. En efecto, Dworkin toma superlativa importancia, mayor a la que ya tenía, desde la famosa deliberación que llevó con Hart sobre el concepto del derecho, los criterios que debían reunir las reglas sociales para ser consideradas normas jurídicas y la discrecionalidad del juez.

El célebre debate se inicia con la crítica que Dworkin dirigió hacia las ideas ofrecidas por Hart en el año 1961 en su libro *El concepto de derecho* (Hart, 1963). Precisamente en 1967, Dworkin en su libro *Los derechos en serio* (2002) sostiene que la regla de reconocimiento *hartiana* no daba suficiente relevancia a los criterios morales para determinar cuándo una norma era jurídicamente válida. Por ello, al momento de trasladar este problema conceptual a la descripción de cómo resolvían los jueces los *casos difíciles*, el positivismo se quedaba corto en su propósito de describir el uso de la denominación derecho.

Dworkin (2002, p. 31) pretendía en dicho debate desvirtuar los presupuestos del positivismo jurídico que representaba Hart (1963). Es pertinente, entonces, hablar sobre algunas de las reflexiones de este último. Su propósito principal era realizar una

sociología descriptiva del concepto de derecho. Reconocer su influencia analítica y su vocación por la supresión de la metafísica en la reflexión sobre el derecho es esencial para entender su obra. El profesor británico, pretendía en su obra *The concept of law*, establecer el uso que los operadores jurídicos, desde un punto de vista interno, le suelen asignar a la palabra *derecho*.

Hart (1963, pp. 6-7) no obstante su orientación analítica, no parece haberse dejado tentar por la creencia en verdades *a priori* en virtud del significado, pues no consideraba que una teoría conceptual del derecho debía situarse en una faceta eminentemente semántica. Por el contrario, estimaba que el análisis conceptual debía ser un vehículo o instrumento que sirviera para llevar a cabo la *sociología descriptiva* del concepto de derecho.

Su sociología descriptiva parte de una consideración inicial según la cual una *regla social* existe cuando ésta determina un estándar de comportamiento. Para que esto suceda es necesario que se presenten patrones de comportamiento convergentes que pretendan adecuarse a dicha regla, logrando que los participantes en la práctica la vean como referente de su conducta, al que acuden tanto para justificar su adecuación, como para criticar a aquellos que se desvían de ella. En este sentido, pueden existir reglas sociales morales y otras jurídicas. (Hart, 1963, pp. 71, 171 y 172)

En este camino, sugiere que su teoría sobre el concepto del derecho trata de criterios sociales usados para definir la juridicidad, criterios que permiten determinar cuándo una norma puede contar o ser tenida en cuenta como norma jurídica³. Para lograr dicho fin sostiene que es posible distinguir entre reglas primarias y secundarias. Mientras las reglas primarias se relacionan directamente con lo que los individuos deben o no hacer, las secundarias (adjudicación, cambio y reconocimiento) se refieren a las condiciones de uso de las primarias. (Hart, 1963, pp. 116-117)

Respecto a las reglas sociales de carácter jurídico, agrega en el libro referenciado, que en toda sociedad donde hay una práctica social como el derecho, existe un hecho social complejo que puede ser llamado *regla de reconocimiento*. Dicha regla determina los criterios que cualquier norma debe satisfacer para contar como jurídica. La regla de reconocimiento es una especie de regla social, que determina cuando una norma es o no válida jurídicamente. (Hart, 1963, p. 129)

Según Hart, si bien es cierto que la regla de reconocimiento suele hacer referencia a ciertos criterios mínimos morales, ello no significa que el juez, al momento de tomar una decisión en caso de que las normas sean vagas en su significado, tenga en cuenta criterios morales objetivos, precisamente porque debido a su vocación

³ Un debate interesante sobre si la autoridad hace parte de los criterios que la regla reconocimiento impone a las reglas primarias, se presenta en el debate Hart/Raz. Al respecto, puede consultarse, de forma específica, el capítulo VI del libro de Brian Leiter, *Mas allá del debate Hart/Dworkin: El problema de la metodología en la teoría del derecho*, (2012). Páginas 209-243.

analítica y positivista, posee una *metaética* de vocación escéptica. Afirmaba que cuando el juez se enfrentaba ante una regla que estaba cargada de cierta vaguedad -zona de penumbra-, discrecionalmente delimita el contenido de dicha norma de acuerdo con sus preferencias morales (1963, p. 159). Como se explicará en párrafos posteriores, para un aproximación empírica, desde este concepto de derecho, sería casi imposible predecir la forma como podría ser tomada una decisión en estos casos.

Enunciado lo anterior, se hace necesario volver al profesor norteamericano y su relevante reflexión. Dworkin, desde la introducción del libro señalado, respondió con vehemencia a todas estas sugerencias. Algunas veces con mucha claridad, otras con cierta complejidad, pues las reflexiones entre los autores se presentaron desde propósitos diferentes. (2002, pp. 32,33)

En primer término, recordemos que el profesor norteamericano no pretendía realizar una sociología descriptiva del fenómeno jurídico, pues según puede inferirse en varios de sus escritos, su propósito era encontrar los *valores* que justificaran la práctica jurídica anglosajona. Su idea no era describir el derecho, sino buscar la forma de como éste debía justificarse. (Dworkin, 2002, p. 32)

Sobre estas actitudes disímiles y la confusión en los temas sobre los cuales disutían, puede leerse como en el *Postscript to the Concept of Law* (HART, 2000), Hart le endilga a Dworkin, parece que con cierta razón, que estaban hablando de aspectos diferentes. Como ya se mencionó, mientras que Hart quería dar cuenta de cómo se usaba la denominación derecho desde una faceta descriptiva, Dworkin estaba preocupado en buscar los fundamentos para establecer en qué casos se justificaba la coacción del estado, se encontraba en una faceta prescriptiva.

A pesar de la confusión señalada, Dworkin (2002, p. Cap. II) lanza una importante crítica al positivismo y a la labor emprendida por Hart, que quizá sea pertinente tener presente para desarrollar una aproximación empírica al derecho. Sostenía que desde la *teoría iuspositivista* no podía darse cuenta u ofrecer una explicación satisfactoria sobre los desacuerdos⁴ existentes en la práctica judicial. Sostenía que las reglas jurídicas, como referentes objetivos, no servían como explicación de las decisiones judiciales que superaban el texto normativo. Mientras que Hart sugirió que el juez enfrentado a una vaguedad del texto normativo actúa con discrecionalidad, Dworkin defendió que el juez se arroja a la construcción de la respuesta correcta usando los principios jurídicos que se "encuentran" en el sistema jurídico norteamericano. En definitiva, mientras que Hart remite a la discrecionalidad en los casos difíciles (1963, p. 159), Dworkin (2002, p. Cap. IV) resta tal actitud, y sugiere que los jueces aplican principios jurídicos que limitan su discrecionalidad.

⁴ La palabra *desacuerdo* se usa por Dworkin para explicar cómo, ante prescripciones jurídicas similares pero con sentidos ambiguos, los jueces resuelven de forma distinta el contenido de las mismas.

De acuerdo con lo anterior, Dworkin sostenía que si se trataba de describir la forma como se toman las decisiones por parte de los jueces, no se podía pensar exclusivamente en las reglas jurídicas y seguir afirmando que existía una relación necesaria entre las reglas jurídicas y las decisiones judiciales, pues los jueces suelen distanciarse de los criterios contenidos en las reglas, lo que necesariamente los conducía a la aplicación de algo más, esto es, de los principios. En este camino, el *argumento del contraste con la práctica* de Dworkin (2002), consiste en afirmar que si se trata de dar cuenta desde un punto de vista descriptivo de la labor de los jueces, el positivismo hartiano no puede explicar por qué muchas veces los jueces utilizan otros criterios normativos distintos a los que establecen las reglas jurídicas. Si el propósito del positivismo era describir, el modelo sugerido por Hart, no lo logra con precisión.

Pues bien, todo este relato guarda relación con una aproximación empírica a la aplicación del derecho. En este sentido, desde una perspectiva empirista, podría preguntarse lo siguiente:

¿Es cierto que los jueces cuando toman una decisión judicial, se ven motivados por algo más que las reglas jurídicas?, ¿Ese algo más, impide que pueda predecirse como serán resueltos los casos judiciales, incluso en los eventos en que parece que la discrecionalidad del juez toma importancia?, ¿No será posible por medio de la reconstrucción de la *ideología normativa* (Ross, 2005, p. 105)⁵, predecir hipotéticamente, incluso en los casos difíciles, como será resuelta una decisión judicial?

En este momento, toma notable importancia tener en cuenta que el *realismo jurídico* o *aproximación empírica al derecho*, sugiere que las únicas razones que motivan una decisión judicial no son los criterios establecidos en las normas jurídicas, sino que también toman importancia los criterios que conforman la *ideología normativa* del juez, esto es, su tradición cultural, sus concepciones de justicia y el contexto en que se desenvuelve. Por ello, si se quiere dar cuenta de cómo un juez resolverá un caso judicial, tiene razón Dworkin al afirmar que no basta con tener en cuenta las reglas jurídicas, sino también es necesario observar otros aspectos que superan el texto normativo.

El aporte superlativo de Dworkin (2002) es ratificar que no existe una conexión necesaria entre la regla jurídica y la decisión tomada por el juez, pues existen otros elementos que influyen en las decisiones judiciales. Sin embargo, es preciso resaltar que mientras Dworkin, de forma confusa, parece asignarle cierta ontología y posibilidad epistemológica a dichos criterios, la corriente empírica los toma como un estado mental o actitud proposicional del juez, que puede ser reconstruida por medio de diversas técnicas científicas como lo son la psicología cognitiva y las ciencias

⁵ El autor citado entiende por *ideología normativa* aquellas "...directivas que no se refieren directamente al modo como ha de ser resuelta una controversia jurídica sino que indican la manera como debe proceder el juez para descubrir la directiva o directivas que son decisivas para la cuestión en debate"

cias cognitivas; finalmente, mediante el conocimiento científico. De esta forma, el estudio descriptivo y empírica del derecho reconoce la presencia de criterios morales en la práctica jurídica, en la *ideología normativa* de los diversos operadores jurídicos, pero sin ningún tipo de ontología o propuesta epistemológica.

Estas reflexiones amplían los elementos a tener en cuenta en la construcción del modelo descriptivo que permita explicar la práctica jurídica, pues sugieren tener en cuenta que las conductas relevantes jurídicamente son motivadas por el cumplimiento de las normas jurídicas, y además, por todas las demás fuentes de motivación de las conductas que afectan la aplicación de las mismas. En este sentido, es preciso también tener en cuenta la *ideología normativa* del juez, que lo conduce a asignarle un determinado sentido a las normas jurídicas desde sus propias concepciones de justicia.

Retomando la fina distinción entre teoría y práctica, puede concluirse que lo anterior obliga a establecer en la teoría del derecho un *concepto* ampliado del mismo, en aras de poder dar cuenta con mayor precisión, desde una aproximación empírica, de la aplicación de las distintas reglas que usa el juez al momento de resolver los conflictos jurídicos. En este sentido, se tiene entonces, algo como una teoría y un concepto de derecho en el que concurren proposiciones descriptivas sobre conductas, proposiciones descriptivas sobre normas jurídicas, proposiciones descriptivas sobre las evaluaciones que hacen los participantes en dicha práctica de esas normas y las conductas que se realizan en virtud de ellas. Gracias a este último elemento, el resultado parece ser un *concepto interpretativo del derecho*.

Las anteriores consideraciones, son el paso previo, para sumergirnos en las reflexiones de John Finnis.

2. JOHN FINNIS: SU DESAFÍO METODOLÓGICO

91

La reflexión propuesta por este autor contra el positivismo hartiano, intenta refutar la pretensión de científicidad no sólo de las aproximaciones empíricas que parten del concepto de derecho del profesor Hart, sino de toda idea de una ciencia social descriptiva y analítica. En este contexto, toman vital importancia sus reflexiones. Finnis centra su atención en un aspecto fundamental, esto es, en la metodología descriptiva. En este sentido, bifurca en dos temas este aspecto metodológico: uno que hace referencia a la imposibilidad de imparcialidad del observador para conocer la práctica social jurídica; y el otro que es consecuencia del primero, el carácter complejo del concepto de derecho.

Respecto al primer punto, señala que un teórico no puede ofrecer un análisis conceptual de una práctica social que reiteradamente evalúa o cuestiona, a menos que participe también, de forma concurrente, con la actitud de evaluar, captando lo que se supone es “verdaderamente” bueno para los seres humanos y lo que es de “verdad” querido por la *razonabilidad práctica*. Sostiene que esta situación se

presenta porque el teórico que se propone describir el derecho no está escindido de los rasgos de la vida y las prácticas sociales, entre ellas la práctica jurídica. (Finnis, 2000, p. 37)

De las anteriores consideraciones y críticas vertidas contra el concepto de derecho de autores como Austin, Bentham, Kelsen, Hart y Raz, se puede concluir que Finnis sugiere que para dar cuenta de la práctica jurídica debe presuponerse un concepto complejo de derecho, que logre definir dicha práctica social como la evaluación que hacen los participantes de la corrección moral de las conductas y de las normas jurídicas que las motivan (2000, p. 40). Como se argumentará, muchos positivistas estarían de acuerdo con estas afirmaciones.

La dificultad radica en que el autor australiano, en similar sentido a Dworkin (2005, pp. 288-290), no se limita a advertir que el derecho es una práctica evaluativa, sino además afirma que debido a ello, se puede establecer de forma ideal un *concepto normativo del derecho*, que permita evaluar desde *la razonabilidad práctica*, la corrección moral de las evaluaciones que realizan los participantes en esa práctica social que llamamos derecho. Sostiene que si el derecho ofrece razones para la acción, desde dicha perspectiva es que debe realizarse una aproximación al mismo, evaluando desde la razonabilidad práctica esas razones. (Finnis, 2000, pp. 48-50)

En síntesis, su crítica apunta a señalar que no es posible la neutralidad del observador, pues él está inmerso en una práctica social que no es sólo reiteración de conductas, sino de acciones que la evalúan con base a sus concepciones de justicia. En consecuencia, como el observador se encuentra evaluando, el análisis conceptual también debe dar cuenta de su actitud evaluativa. Concluye que como dicha práctica consiste en la evaluación de comportamientos y el trazado de finalidades, ésta solo puede ser comprendida si se entienden las dos últimas. Estas afirmaciones, como se expondrá más adelante, no están muy lejanas a lo postulado por algunos autores positivistas, y son de vital importancia para la construcción del concepto de derecho que presupone una aproximación empírica del derecho.

Se recuerda que Finnis sugiere, de forma confusa⁶, que como la práctica jurídica es evaluativa, el concepto del derecho debe ser *normativo*, logrando esto, a través de la idea de *razonabilidad práctica*. La confusión que se encuentra en esta deliberación, se presenta al sostener que debido al carácter evaluativo de una práctica se puede justificar una actividad prescriptiva (Finnis, 2000, p. 49). Es pues, una expresión de la tradicional falacia *iusti naturalista*. Ciertamente las reflexiones de Finnis (2000) deben ser resueltas con total precisión, si de conservar los pos-

⁶ La confusión radica en que el autor confunde dos aspectos diferenciados. Parece tener razón, *descriptivamente*, al señalar que la práctica jurídica es evaluativa, en la medida que quienes concurren a ella, realizan juicios morales. Sin embargo, se confunde al afirmar que a partir de ese hecho se puede concluir una actividad justificativa de esa realidad. No parece una necesidad lógica afirmar que al ser descriptivamente el derecho una práctica evaluativa, se pueda hacer un salto a construir un concepto prescriptivo que censure dicha práctica.

tulados científicos del positivismo se trata. Para una aproximación empírica al derecho, dichas observaciones adquieren importancia en dos aspectos.

En primer lugar, permiten resaltar, sobre la afirmación acerca de la supuesta imposibilidad de una ciencia social descriptiva, las diferencias que se pueden postular entre *valores epistémicos* y *valores morales* (Leiter, 2012, p. 226). En segundo lugar, facilita recordar que la descripción que pretende una aproximación empírica, presupone una teoría del derecho que en su análisis conceptual admite la denominación *derecho* para designar una práctica evaluativa, por lo cual, su concepto debe también corresponderse con tal hecho. Como se mencionó en las reflexiones sobre Dworkin, dicha situación impone que el modelo descriptivo deba contener las proposiciones que hacen los participantes y no sólo las proposiciones acerca de las normas jurídicas.

Sobre la imparcialidad del observador, sugiere Finnis (2000, pp. 50,51) que los participantes de la práctica social están cargados de todas sus ideas sobre la justicia, y también están mediados por los modelos descriptivos de las ciencias, por lo cual, no es posible una descripción que no esté cargada de subjetividad. En este sentido, se presenta en el autor presenta una confusión entre los *valores epistémicos* y *morales*.

Ningún científico asiste a la observación de la realidad de forma libre de presuposiciones o sin tener en cuenta que los hechos vienen presentados o cargados de teoría. Sin embargo, ello no significa que pueda darse el salto a confundir ciertas valoraciones epistémicas con otras evaluaciones sobre la justicia de las prácticas sociales. Los *valores epistémicos* son juicios realizados por los científicos, dirigidos a lograr que un modelo descriptivo sea explicativo y predictivo de una porción de la realidad, tienen como fin, garantizar el carácter explicativo de las ciencias empíricas. Los *valores morales* evalúan, con bastante subjetividad, las conductas humanas. Operan pues, en ámbitos totalmente diferentes.

En este sentido, bien valdría la pena recordar, como diría Hart en *Post scriptum al concepto de derecho*, que "...la descripción puede seguir siendo descripción aun cuando lo que se describa sea una evaluación" (2000), sin que ello imponga que la ciencia deba evaluar la moralidad del derecho. En el último capítulo, se ahondará en la importancia del concepto interpretativo del derecho para el empirismo, propuesto como aproximación a la aplicación del derecho.

3. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA APROXIMACIÓN EMPÍRICA A LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Parece aconsejable, de conformidad con lo expuesto anteriormente, ahondar un poco sobre lo que se postula como *aproximación empírica al derecho*, para luego responder con mayor precisión a cada una de las reflexiones de los precitados autores. Brevemente se puede decir que el empirismo, como aproximación al derecho, se

nutre de los métodos de descripción y explicación de las ciencias naturales para dar cuenta de las conductas motivadas por las normas jurídicas y las demás fuentes de motivación de las mismas; por ello afirma la indeterminación⁷ causal entre las formulaciones jurídicas y la decisión judicial, ya que tiene en cuenta otros criterios que superan el texto normativo, como la *ideología normativa* de los operadores jurídicos. De esta manera, el empirismo sugiere ampliar el modelo descriptivo, remitiéndose también a los aspectos sicológicos del juez, relacionados con sus sesgos cognitivos y concepciones sobre la justicia.

En primer término, es interesante recordar que existen distintas escuelas geográficas que se han inclinado por el mencionado sendero, entre ellas, el *realismo jurídico escandinavo* (Ross, 1961), el *realismo genovés* (Ferrer Beltrán & Ratti, 2011) y el *norteamericano*, retomado este último con mucha precisión por Brian Leiter (2012). De cierta forma, todas ellas procuran seguir las precauciones sugeridas por el enfoque analítico contemporáneo.

Ahora, en una línea que podría postularse como tributaria, con sus propios matices, del acercamiento empírista al “fenómeno jurídico” y que sigue decididamente la misma metodología analítica, se encuentra el profesor Ricardo Guibourg (2013), quien en diversos libros (Mendonca & Guibourg, 2004) deja entrever que el fenómeno normativo está asociado a la facticidad (Guibourg R., 2010), por lo que el método de la observación y los modelos descriptivos son el camino para comprender ese segmento tan relevante para el interés de un sujeto que vive en comunidad.

Respecto al enfoque analítico y conceptual del que se nutre la aproximación empírica, quizás sea prudente resaltar que en dicho enfoque se propone, para facilitar la intersubjetividad del modelo empírico o descriptivo trazado, que el lenguaje en que sea expresado debe ser cuidadoso, en aras de que no se le agreguen palabras emotivas o valorativas (prescriptivas-justicia) dificultando la aprehensión de la realidad y la comunicación de la misma. En consecuencia, la estrategia destinada a reflexionar sobre los usos del lenguaje distinguiendo entre lenguaje descriptivo, prescriptivo y emotivo, es una de las decisiones que se adoptan en dicha corriente de aproximación.

Retomando algunas premisas de la aproximación empírica, ella se propone un acercamiento al derecho, en el cual se resalte cómo las conductas responden ante los estímulos normativos, otorgándole, sin pretensión ontológica o epistemológica, atención a las proposiciones prescriptivas contenidas en las discusiones dogmáticas, a las ideas iusnaturalistas que proponen un deber ser del derecho o a la idea sobre la validez formal, en la medida que influyen en la *ideología normativa* de los

⁷ Mientras que Hart sostiene que la indeterminación proviene únicamente de la *textura abierta del lenguaje*, una *aproximación empírica* le agrega a este elemento, que la indeterminación también se produce por los distintos y disímiles métodos de interpretación que concurren en la práctica judicial. En su momento algo similar afirmó Karl Lewellyn. Ver capítulo II. *Una nueva consideración del realismo jurídico y del positivismo jurídico*. En Leiter, B. (2012).

operadores jurídicos. Por este camino, asume un acercamiento a lo que acontece en torno a las conductas que se despliegan con ocasión de la aplicación de las normas jurídicas (Ross, 1961, pp. 18-23).

Las escuelas enunciadas parecen limitar su aproximación a la faceta adjudicativa, sin embargo ello no es óbice para que se extienda la reflexión a la forma como el diseño de las normas jurídicas, bien sean constitucionales o legislativas, motiva determinadas conductas promovidas por grupos de influencia (Matta H & Doncel, 2013). Por este sendero, una ciencia empírica del derecho podría reflexionar sobre la influencia que ejercen ciertos grupos con mayor predominio que otros, en la asignación de sentido a los enunciados normativos.

Lo anterior quiere decir que una aproximación empírica al derecho, podría comprender la relación entre los grupos de presión y la forma como se establecen las formulaciones normativas plasmadas en los texto legales para motivar determinados comportamientos. En otras palabras, esta aproximación puede señalar cómo las normas muestran la apuesta por una determinada concepción de los derechos de las personas; por ejemplo, en cuanto a la diversidad sexual, la eutanasia, el consumo recreativo de sustancias psicoactivas, o incluso en la forma como se entiende la discapacidad. De igual forma, podría comprenderse la influencia de los sectores jurídicos influyentes y la promoción de una *ideología normativa* que otorga mayor actividad a los jueces en los asuntos que ante ellos se presentan, en desmedro del poder legislativo.

En este contexto, la *aproximación empírica*, retomando lo anterior, propone que el estudio del fenómeno normativo debe dirigirse a la observación de las conductas de las personas desplegadas con ocasión de las prescripciones contenidas en las normas jurídicas y demás fuentes de motivación de las mismas. En este sentido el realismo jurídico del cual trata este escrito, no renuncia al estudio del aspecto jurídico-normativo, pero lo ubica como una fuente de motivación del comportamiento humano, evitando caer en el idealismo del *positivismo normativista* o en cualquier realismo profundo que prescinda de la norma como aspecto de análisis científico.

Por este camino, la propuesta empírica parte de la hipótesis de que el derecho es racionalmente indeterminado, de igual forma que la decisión judicial, en muchos casos, es causalmente indeterminada respecto a las reglas jurídicas. (Leiter, 2012, pp. 35-46). Concretamente, una visión empírica permitiría entender cuáles son las motivaciones aprehensibles que dan origen a las decisiones, cuáles ideas fueron las que mayor influencia ejercieron en su texto, y de paso, la construcción de su sentido, del que se impregna y se permea en la práctica judicial.

4. RESPUESTA A LAS REFLEXIONES DE DWORKIN Y FINNIS

Expuestas brevemente algunas premisas de la aproximación empírica al derecho, retomemos las precauciones sugeridas por los profesores Ronald Dworkin y Jhon Finnis.

En primer lugar, las críticas vertidas por los citados autores guardan íntima relación. Como expresaré con mayor profundidad en los próximos renglones, puede proponerse que una de las razones por las cuales se presenta una indeterminación causal entre las reglas y las decisiones judiciales, es que los participantes de la práctica jurídica acuden a ella evaluando de forma permanente las normas y las conductas que los demás realizan. Por ello, en no pocas ocasiones se presenta una permeabilidad en las reglas jurídicas de las demás reglas sociales-morales- con las que los participantes evalúan sus prácticas, entre ellos, los jueces.

En consecuencia, si una aproximación empírica quiere lograr explicar la forma como la práctica jurídica, y específicamente, la judicial, se despliega, debe proponer un modelo descriptivo que permita dar cuenta el por qué los jueces, en reiteradas ocasiones, no derivan sus decisiones judiciales de las reglas jurídicas, sino de otras reglas sociales. Como se mencionó, de las reflexiones de Dworkin (2002) pueden obtenerse interesantes observaciones. Ello permitiría explicar por qué las fuentes de motivación de la conducta no se reducen al texto normativo, logrando superar el *argumento del contraste con la práctica* de Dworkin.

Como se señaló anteriormente, la aproximación empírica o realista entiende las normas jurídicas como fuentes de motivación de las conductas, entre ellas, la de los jueces al momento de tomar sus decisiones judiciales. Sin embargo, no estima que las fuentes de motivación de dichas conductas se reduzca a las fuentes formales, sino que a ellas se suman otros factores tales como la tradición cultural en la que está inmerso el juez, que incluye su concepción sobre el derecho, sus lecturas políticas y todos aquellos elementos que puedan determinar la *ideología normativa* del juez. Por ello, esta perspectiva sigue abrigando la tesis de las fuentes sociales.

Esta aproximación empírica busca ofrecer una respuesta coherente a la objeción formulada por Dworkin sobre el *argumento del contraste en la práctica*. Para ello reconoce que no existe una relación necesaria o natural entre las normas jurídicas y la decisión judicial, como afirma Hart (1963) y cierto positivismo normativista (Alchourrón & Bulygin, 1975).

Es preciso resaltar que la orientación analítica normativista, al enfocar el estudio del fenómeno jurídico en las normas y su validez, deposita su confianza en la capacidad de proponer un sistema formal que sirva para interpretar las conductas en torno al derecho (Alchourrón & Bulygin, 1975). Esta apuesta sería útil, en la medida que exista un isomorfismo entre el esquema formal y las conductas a interpretar. Pero como supone la existencia de una relación necesaria entre la regla jurídica y

la decisión judicial, no permite dar cuenta de las decisiones que no se derivan del texto jurídico, remitiendo por exclusión a la discrecionalidad judicial, lo que hace que el *argumento del contraste con la práctica* propuesto por Dworkin resalte su incapacidad para explicar estas situaciones.

Por eso, si una propuesta empírica quiere lograr dar cuenta de la decisión judicial, debe separarse del camino formal o exclusivamente normativo, para poder construir un modelo que permita describir los casos en los cuales el juez apela a criterios que superan el texto normativo. Modelo que deberá poder explicar y predecir como los jueces usan esos otros criterios que median su forma de entender el derecho.

De conformidad con todo lo expuesto sobre la perspectiva realista y los aportes de Dworkin, es pertinente retomar la reflexión de Finnis. Si el primero resaltó la presencia, en la adjudicación judicial, de otras fuentes de motivación de las conductas que superan el texto normativo; el segundo autor, como se señaló, animó el debate en torno al concepto de derecho, lo que acarreó, como se explicó, el aumento de los criterios de designación del mismo presupuestados por esta aproximación empírica. Pues bien, si una propuesta empírica quiere lograr dar respuesta a las reflexiones expuestas por Finnis (2000), debe en primer lugar, esclarecer y ahondar en el carácter interpretativo de la práctica social denominada derecho. Para ello debe, en el análisis conceptual que presupone, lograr definir el concepto de derecho, teniendo presente que uno de sus criterios relevantes de designación es que consiste en una práctica donde los enunciados evaluativos son permanentes.

Finnis cuestionó la posibilidad de que un observador pudiera ofrecer un modelo descriptivo imparcial de la práctica social que llamamos *derecho*, en la medida que éste se encuentra sumergido en ella, evaluando las normas y las conductas realizadas en cumplimiento de las mismas. Dicha situación le impediría realizar una descripción objetiva de la misma. La respuesta a Finnis podría ser la siguiente.

Retomando a Leiter (2012), se puede contestar al profesor australiano señalando que es un lugar común afirmar que ningún científico acude a la observación del objeto libre de un esquema teórico, ya que se encuentra delimitado por su modelo. El modelo descriptivo es construido desde *decisiones metodológicas* (Guibourg R., 2006), basado en *valores epistemológicos* que se miden no por instancias superiores de supuesta objetividad, sino en la utilidad para describir y predecir ciertos acontecimientos que le interesan al sujeto (Quine, 1986). Ello no quiere decir que para describir ese segmento de la realidad, se postule que el conocimiento debe evaluar su moralidad.

Sin embargo, es relevante la mención que hace Finnis (2000) sobre la necesidad de recordar que la práctica jurídica cuenta con un elemento especial: el carácter evaluativo de las conductas relacionadas con el derecho. Al respecto, quisiera retomar cierta sugerencia del ya citado autor, Leiter (2012), cuando tratando de explicar el concepto de derecho implícito en Raz, realiza la distinción entre *conceptos que*

denotan tipos naturales y conceptos hermenéuticos. Mientras que los primeros se relacionan con las proposiciones descriptivas que suelen encontrarse en las ciencias naturales; los segundos se asocian exclusivamente con ámbitos de observación de las conductas humanas.

Los conceptos hermenéuticos, según el citado autor, deben reunir dos características: "i) juegan un papel hermenéutico, esto es, figuran en las explicaciones mediante las cuales los seres humanos se hacen a sí mismos y a sus prácticas inteligibles para ellos mismos; y ii) su extensión está determinada por ese rol hermenéutico" (Leiter, 2012).

Sobre esto último, Joseph Raz (1982), afirma que el concepto de derecho es un concepto interpretativo, pues juega un papel hermenéutico, esto es, permite explicar la práctica a la que hace referencia, y las valoraciones que los humanos hacen de sí mismos. En este sentido, la extensión del concepto de derecho estaría determinada por ese rol hermenéutico o interpretativo que permite explicar esas conductas de la práctica jurídica en las que habitualmente se evalúan las normas.

Finnis, en primer lugar, reconoce que los conceptos sirven como herramienta para explicar el acontecimiento que pretende señalar. En este sentido, todo concepto es interpretativo. Sin embargo, agrega que tratándose del concepto de derecho, si se pretende explicar la práctica que designa, debe tener presente, entre muchas otras cosas que ya se señalaron, las conductas de los participantes que constantemente realizan expresiones prescriptivas o evaluativas sobre las conductas de quienes asisten a la práctica y sobre las normas que motivan los comportamientos.

Hart, en similar sentido, manifestaba que si no se entiende el concepto de derecho de forma hermenéutica o interpretativa de las conductas de las personas, no podremos distinguir la práctica jurídica de las demás prácticas sociales. Solo la asignación de relevancia al carácter evaluativo o prescriptivo permite construir una teoría descriptiva del concepto interpretativo del derecho.

De lo anterior se concluye que para una aproximación empírica debe tenerse presente que al ser el derecho un concepto interpretativo, el modelo descriptivo debe poder integrar en él, las proposiciones prescriptivas y evaluativas que hacen los participantes de esa práctica.

Conclusiones

Apunta en buena dirección Dworkin cuando afirma que no existe una relación necesaria entre reglas jurídicas y decisión judicial. Si como lo afirma Hart, el propósito es ofrecer una descripción del fenómeno jurídico, no puede desconocerse que si dicho modelo no da cuenta de cómo opera el juez cuando se enfrenta a normas ambiguas y vagas, parece ser que algo falla en su descripción.

Por ello, es pertinente que una aproximación empírica tome nota de dicha observación para que en su modelo descriptivo, tome los recaudos necesarios para contestar de forma científica a las objeciones de Dworkin.

Una aproximación empírica del derecho podría decirle a Dworkin que no es cierto que exista una cosa tal como principios que el juez puede establecer, pero si es cierto que el juez se enfrenta al material normativo desde toda una tradición cultural, que una vez reconstruida, permite predecir cómo podrían ser resueltas las decisiones judiciales, incluso en los casos en que se encuentra una zona de penumbra. Pues en ese momento, entrará a operar con mayor fuerza la conciencia material del juez.

Por su parte, Finnis, facilita la delimitación, que ya se venía dando, de la teoría del derecho que supone una aproximación empírica al mismo, pues recuerda que los criterios de designación que se asocian a esa práctica que llamamos derecho, se asocian a acciones que además de verse motivadas por las conductas, se ven motivadas por sus propias concepciones de justicia, desde las cuales se evalúan las reglas jurídicas. Al respecto conviene destacar que una forma descriptiva de dar cuenta de esos criterios morales o concepciones de la justicia, puede ser por medio de una *aproximación metaética* (Matta, 2013).

En este sentido, el concepto de derecho que asume esta aproximación realista es interpretativo, y por ello el modelo descriptivo que permite comprender la práctica jurídica en que está inmerso el sujeto que realiza la observación, no debe limitarse a describir las normas, las conductas motivadas por estas y las demás fuentes de motivación, sino que también debe describir las proposiciones interpretativas o evaluativas que realizan sus participantes.

En consecuencia, como el concepto que acompaña la explicación de la práctica jurídica que denominamos “derecho” debe estar asociado a la realidad que pretende designar, habría que afirmar, luego de una delimitación e identificación por medio de algunos *juicios de relevancia*, que éste *designa una práctica social compleja*. En este sentido, el carácter complejo puede advertirse luego de observar la presencia y mutua relación de diversos elementos en esta práctica: i) pautas y reglas jurídicas creadas por los participantes de la misma, ii) encaminadas a motivar determinados comportamientos humanos, iii) de acuerdo con el sentido que es asignado por los participantes a ese conjunto de normas.

En otras palabras, la denominación *derecho* designa conductas humanas que son motivadas por prácticas comunicativas prescriptivas y descriptivas. Las prácticas comunicativas prescriptivas o normativas son entendidas, principalmente, de dos formas: (i) son vividas como obligatorias por sus participantes debido a su carácter institucionalizado y (ii) son utilizadas mayoritariamente como referentes para evaluar las conductas realizadas, de donde se deriva el carácter interpretativo del concepto de derecho. De forma un poco más sucinta, el derecho es una práctica

en la que las conductas son realizadas debido a que las normas jurídicas vigentes o efectivas son interpretadas, *preponderantemente*, como obligatorias por parte de las personas sujetas a ellas y también como estándares de corrección de dichas conductas (Ross, 2005, pp. 38,39).

Como puede observarse, podría resumirse que la práctica jurídica integra un componente normativo relacionado con las proposiciones prescriptivas; uno fáctico que se asocia a las conductas de los participantes de la práctica; y finalmente una dimensión valorativa que hace referencia a la *situación mental* de los participantes, que inclina el comportamiento hacia la obediencia o no de las normas, reglas y pautas. Establecer cuál elemento tiene mayor preponderancia en la práctica jurídica, entre las *formulaciones normativas* y las *preferencias morales*, es una cuestión que no puede resolverse conceptualmente, sino a partir de la observación de dicha práctica.

100

Bibliografía

- Anscombe, G. (1957). *Intention*. Oxford: Basil Blackwell.
- Alchourrón, C. E. & Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Ayer, J. (1984). *Lenguaje, verdad y lógica*. Alicante, Universidad de Alicante.
- Barbarosch, E. (2007). *Teoría de la Justicia y la Metaética Contemporánea*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y La Ley.
- Borges, J. (1974). "Del Rigor en la Ciencia", "El Hacedor". In J. L. Borges, en *Obras Completas*. Buenos Aires: Emecé Editores.
- Bouvier, H., Gaido, P. & Sanchez Brigido, R. (2007). Teoría del derecho y análisis conceptual. Estudio Preliminar. In R. Alexy, E. Bulygin, & J. Raz, *Una discusión sobre la teoría del derecho* (pp. 9-45). Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Carcova, C. (2009). *Las teorías jurídicas postpositivistas* (2ª Edición ed.). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Carrió, G. (2008). *Sobre los límites del lenguaje normativo* (Vol. 2ª reimpresión. 1ª Edición en 1973.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Ciuro Caldani, M. Á. (2000). *La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*. Rosario . Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio* (5a reimpresión. Primera edición 1984 ed.). (M. Guastavino, Trans.) Barcelona, España: Ariel.
- Dworkin, R. (2005). *El imperio de la justicia* (2ª Edición ed.). (C. Ferrari, Trans.) Barcelona: Gedisa.
- Ferrer Beltrán, J., & Ratti, G. B. (2011). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.
- Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot.
- Guibourg, R. A., Ghigliani, A. M. & Guarinoni, R. V. ((1985)). *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA. Mendonca, D., & Guibourg, R. (2004). *La odisea Constitucional*. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Guibourg, R. (1999). *Pensar en las normas*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Guibourg, R. (2006). *Decisiones metodológicas*. Buenos Aires, COLIHUE.

- Guibourg, R. (2010). *Derecho, sistema y realidad*. Madrid, Astrea.
- Guibourg, R. (2013). *Saber Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Hart, H. L. (1963). *El concepto de derecho*. (T. d. Carrió, Trans.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hart, H. L. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. (T. d. Salmoran, Trans.) México: UNAM.
- Hospers, J. (1962). *Introducción al análisis filosófico*. Buenos Aires, Macchi.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría Pura del Derecho*. (R. Vernengo, Trans.) México: UNAM.
- Leiter, B. (2012). *Naturalismo y teoría del derecho*. (T. y. Ratti., Trans.) Buenos Aires: Editorial Marcial Pons.
- Losano, M. (1985). “La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo”, U. d. Alicante, Ed., en *Revista DOXA*, N°2, pp. 55-85.
- Mackie, J. (2000). *Ética: La invención de lo bueno y lo malo*. (T. Fernandez Aúz, Trans.) Barcelona: Editorial Gedisa.
- Matta H, A., & Doncel, L. Á. (2013). “Una ruta para desmitificar el poder constituyente colombiano de 1991”, en *Revista Ces Derecho*, Bogotá, Universidad de los Andes, pp 101 - 114.
- Matta, A. (2013). “Aproximación a la metaética de la Corte Constitucional Colombiana: Influencia de la filosofía práctica de corte aristotélico en su jurisprudencia constitucional”, en *Revista Pensamiento jurídico. Universidad Nacional de Colombia*. Vol. No 38, 31-63.
- Navarro, P., & Redondo, M. (2002). *Problemas contemporáneos de filosofía del derecho*. In m. y. *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica*, (p. 17 a 31), Barcelona: Editorial Gedisa.
- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Paulson, S. (2003). “La distinción entre hecho y valor: La doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente”, en *Revista Doxa N. 26*, pp. 547-582.
- Quine, W. (1986). “Naturalización de la epistemología”, en *La relatividad ontológica y otros ensayos*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Quine, W. (1962). “Dos dogmas del empirismo”, en *Desde un punto de vista lógico* (M. Traducción de SACRISTAN, Trans.). Barcelona: Editorial Ariel.

- Raz, J. (1982). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral.* (T. d. Salmoirán, Trans.) México: UNAM.
- Reale, M. (1968). *Teoria tridimensional do direito.* São Paulo: Saraiva.
- Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia.* Buenos Aires: EUDEBA.
- Ross, A. (1961). *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho.* (J. Barboza, Trans.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

N°
41

104

Crisis en la legitimidad del Estado, del derecho y de la democracia liberal

Crisis of legitimacy of the state, law and liberal democracy

Julio Armando Rodríguez Ortega*

Fecha de Recepción: 8 de septiembre del 2014

Fecha de aceptación: 26 de septiembre del 2014

RESUMEN

Este artículo identifica los componentes de la crisis que afecta la legitimidad del Estado, del derecho y de la democracia liberal. En este sentido se hace notar la crisis de sus paradigmas, que han demostrado su incapacidad para atender las demandas de la sociedad contemporánea y han evidenciado ser un mecanismo inadecuado para regular los sistemas democráticos y las funciones básicas del Estado liberal de Derecho, por cuanto se han tornado ineficaces, ilegítimos y con frecuencia injustos. Se evidencian en este artículo los procesos jurídicos y políticos que han dado lugar a una crisis del derecho, como consecuencia de la crisis de su racionalidad bajo condiciones objetivas en las que se constata la insuficiencia de la vieja forma racional frente a las necesidades de la sociedad moderna o la falta de creencia en su capacidad para resolver los conflictos.

Palabras Clave: Legitimidad, Eficacia, Estado liberal, Democracia liberal, Sistema jurídico, Paradigmas jurídicos, Paradigmas políticos, Constitucionalismo, Racionalidad.

ABSTRACT

This article identifies the elements and components of the crisis that affects the legitimacy of the state, the law and liberal democracy. In this regard, several paradigms are described that have demonstrated their inability to meet the legitimacy demands of contemporary society. These paradigms have been shown to be inadequate mechanisms for regulating the democratic systems and basic functions of the liberal state of law. Thus, these paradigms have become ineffective, illegitimate and often unfair. The article describes the legal and political processes that lead to a crisis of law as a result of a crisis of the rationality of law under objective conditions. These processes are characterized by the failure of the old form of rationality at meeting the needs of modern society or the lack of faith in society's ability to resolve conflicts.

Keywords: legitimacy, efficiency, liberal state, liberal democracy, legal system, legal paradigms, political paradigms, constitutionalism, rationality.

* Docente Investigador, Universidad Manuela Beltrán. Candidato al Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, en septiembre del año 2014. E-mail: julioarmando07@gmail.com.

Introducción

Los modelos culturales y normativos, y los criterios científicos, que justificaron la organización social, se volvieron insatisfactorios y limitados, abriendo un espacio para repensar sociológicamente nuevas normas de referencia y legitimidad. La estructura normativa del derecho positivo formal moderno es poco eficaz y no consigue atender las necesidades de las actuales sociedades periféricas, como las de América Latina, que atraviezan por distintas especies de reproducción del capital, por acentuadas contradicciones sociales y por flujos que reflejan crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia. Este artículo revisa los paradigmas formales del Estado de Derecho para observar que ya no son operativos, coherentes ni funcionales, debido a su incapacidad para articular la legitimidad política con la eficacia social y la práctica democrática.

El derecho y el constitucionalismo evidencian una crisis generalizada como consecuencia de las tendencias globalizadoras, y se observa una ruptura epistemológica, es decir un punto de no retorno, que marca el surgimiento y la necesidad de un nuevo paradigma y de nuevos modelos teóricos del derecho, aplicables en la sociedad global. Se observa un cambio en la localización del poder, el cual se ha transferido de los sujetos estatales que conforman el ámbito político-constitucional, a sujetos económicos y políticos supranacionales.

Se observa como los poderes constituidos han modificado sustancialmente las reglas de juego con mecanismos formales e informales, y en esas constantes reformas, están demostrando que entre la sociedad civil y el Estado no se han logrado los acuerdos básicos en torno a una existencia en condiciones de libertad e igualdad, como tampoco la realización de la justicia y la equidad social.

106

1. CRISIS DE LEGITIMIDAD Y DE GOBERNABILIDAD

La crisis de legitimidad y gobernabilidad está ligada a la insuficiencia del modelo de racionalidad que exige mecanismos nuevos, mecanismos reflexivos de resolución de conflictos. Esta crisis se puede ver en la ineeficacia del Estado en América Latina y su reiterada corrupción, la caricatura de democracia, la violencia, las desigualdades económicas, las exigencias actuales de reconocimiento y redistribución, y en la hegemonía de las élites políticas con posición privilegiada, que monopolizan las altas jerarquías. El distanciamiento de las instituciones sociales respecto a las demandas de la sociedad, y la legalidad de la propiedad, constituyen el mayor cuestionamiento a la legitimidad del Estado, la democracia y el derecho, conformando la situación de crisis en las sociedades actuales.

El modelo kelseniano del derecho, como coexistencia de sistemas jurídico-normativos estatales, independientes y completos, se derrumbó por el efecto de la globalización de las relaciones jurídicas; y en la esfera mundial emergen de manera espontánea multiplicidad de subconstituciones, vínculos de derecho global con

otros subsistemas globales que hasta ahora han escapado al gobierno constitucional, dominado por la política de los Estados nacionales. No ha sido posible la materialización de la democracia y la justiciabilidad de los derechos sociales, a pesar de que en el contexto internacional se busca promover la exigibilidad jurídica de tales derechos y la viabilidad de la democracia, dando paso a una estrecha relación entre justicia constitucional y justicia internacional. Se evidencia la crisis en los paradigmas convencionales del derecho, que no se basan ya en decisiones estatales, sino en procesos sociales más o menos organizados que caracterizan su propia deconstrucción.

Paschukanis pretendía realizar una crítica al derecho burgués neokantiano, analizando los presupuestos formales del derecho junto con una crítica a la ideología burguesa. Él considera que el derecho es un problema de regulación de las relaciones sociales, y que el derecho es eficaz, ya que efectivamente impacta en las relaciones humanas favoreciendo al *statu quo*. Precisamente, esto impide que el derecho sea una herramienta para el cambio social, pues se trata de un fenómeno contingente, objetivo, y que al existir la negación de su validez no queda otro camino que la superación del derecho como fetiche, del mismo modo en que se puede superar el fetiche de las mercancías¹.

Si el fetiche de la legalidad fue atacado certeramente a finales del siglo XIX, hoy los críticos del derecho siguen observando sus disfuncionalidades y sus efectos contraproducentes, lo mismo que la hipocresía moral y política que a veces allí anida². El derecho, por otra parte, no siempre tiene éxito en su esfuerzo de limitar la violencia y la brutalidad, y en cambio, esconde siempre el poder del más fuerte, como consecuencia de instalar la identidad politizada en el discurso universalista de la teoría jurídica liberal.

Se pone en duda el carácter emancipatorio del derecho, y con frecuencia se evi- dencian sus limitaciones y la forma como en él se expresa la impotencia del deber ser. Es precisamente en este contexto, cuando hace su aparición el garantismo universal y objetivo a manera de una teoría jurídica autónoma que se predica como una alternativa seria. Esta es la razón por la cual los ciudadanos se aferran al derecho, en cualquiera de sus manifestaciones, para mantener la ilusión de que la vida entre humanos puede ser coordinada razonablemente, que los conflictos pueden ser resueltos y que, en últimas, todos tendrán oportunidades de florecimiento y realización.

La racionalidad formal del derecho aparece como un simple instrumento a través del cual los valores de igualdad y libertad se imponen en la sociedad, favoreciendo intereses privados y contractuales como medios de organización. Se ha producido un

¹ Paschukanis, Eugen. "Finalidad de la Teoría General del Derecho". En: *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Bogotá. La Pulga. 1960. Pág. 57.

² Brown, Wendy. "Lo que se pierde con los derechos". En: *La Crítica de los Derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2003, pp 9-10.

acelerado proceso de interdependencia política y globalización económica, lo que ha derivado en una comunidad mundial donde se traman aspectos culturales, sociales, políticos, económico-financieros y procesos de integración en marcha, que junto con los cambios globales, están dando lugar al surgimiento de una sociedad civil trasnacional, con demandas específicas y diferencias, y con distintas estrategias de manifestación y participación pública.

Wendy Brown³ critica los derechos burgueses en el sentido de que son egoístas, basados en la sociedad capitalista, confundiendo derechos y fines del poder. Son una política ilusoria de igualdad, libertad, comunidad, en el dominio del Estado, una política que es contradicha por la inequidad, la falta de libertad y el individualismo en el dominio de la sociedad civil. Los derechos legitiman al naturalizarlos diversos poderes estratificantes de la sociedad civil y disfrazan la colusión del Estado con este poder social, legitimando también al Estado como un representante neutral y universal.

Boaventura de Souza Santos afirma que los derechos presentan una carga grande de retórica, sustentada en la institucionalización del derecho, pero además plantea su tendencia actual en los fenómenos de transnacionalización y de globalización económica del derecho, especialmente del privado, a través de la *lex mercatoria* o derecho mercantil⁴. Para la observación de estos fenómenos jurídicos, Souza Santos propone el estudio de la Cartografía Simbólica de los Derechos, el cual se convierte en un método por excelencia para la comprensión del derecho. Considera que las variadas formas jurídicas tienen en común el hecho de ser mapas sociales y, tal como los mapas cartográficos, se puede recurrir a los mecanismos de la escala, de la proyección o de la simbolización para representar y distorsionar la realidad.

108

Una teoría de los procedimientos de decisiones legítimas, que funciona bajo el presupuesto de una preocupación por la justicia y los derechos, puede, de todas maneras, discrepar acerca de lo que estos implican⁵. Una sociedad en la que la mayoría muestra desdén por las necesidades y expectativas de alguna minoría, es ilegítima e injusta, y sus decisiones carecen de legitimidad política en dicha sociedad. El desdén de la mayoría destruye el fundamento de la comunidad política, pues no se puede hablar en nombre de la sociedad en su conjunto⁶.

Lo que está en discusión es la legitimidad del mayoritarismo popular, porque puede producir un impacto injusto sobre determinados individuos o grupos cuando toma decisiones sobre los derechos de millones de personas, sobre la base de las voces y los votos de unos pocos. El modelo social y económico imperante en la globalización supone una democracia avanzada, sin embargo, no se evidencia

³ Ibid. Op. Cit. Pag. 12-14.

⁴ Santos, Boaventura de Souza. "Estado, Derecho y luchas sociales". En *La globalización del derecho*. Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 1998.

⁵ Ibid. Página 37 y 364 365.

⁶ Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons, Madrid. pp 356-357

una activa participación ciudadana como base y sustento del sistema jurídico y en su lugar, queda claro el déficit de legitimidad.

La legitimidad del derecho y del Estado está hoy cuestionada, y aunque por muchos años la estructura interna del derecho ha permanecido inamovible frente a las demandas externas, esta situación sólo se ha quebrado mediante revoluciones o cambios políticos drásticos; y está tomando en la actualidad nuevos rumbos y adquiere un particular protagonismo. Gunther Teubner, afirma que la legitimación de las normas depende solo de la capacidad de adaptarse a las demandas sociales y, por tanto, los problemas de legitimación externa de la racionalidad jurídica tienen que ver con la insuficiencia del derecho para atender las necesidades o demandas de justicia al interior de la sociedad⁷.

En pleno siglo XXI persiste la barbarie, la guerra y la reiterada violación de los derechos humanos. La legalidad y el respeto al Estado de Derecho parecen carecer de sentido, la ilusión democrática de los gobernantes y los gobernados, que reconstruye simbólicamente el valor de la vida y la dignidad humana, no se espanta con el horror de la guerra y le apuesta a la Constitución y la ley, permitiendo así el uso de las normas como mecanismo de legitimación del poder de los gobernantes, para perpetuarse en él y obtener ventajas reales, lo que no es otra cosa que la denominada por Bourdieu, violencia simbólica –se asume que la violencia material está excluida del campo del derecho–⁸.

Los activistas de los movimientos sociales quieren redefinir y cambiar la realidad social a través del derecho, presumiendo su legitimidad, mediante reformas legales, a sabiendas de que el derecho es solo un instrumento que aparece más como una amenaza, pues siempre está de lado del más fuerte. Pero tampoco deja de ser una esperanza para obtener beneficios reales, re-significar identidades y dar sentido al sufrimiento del cual han sido testigos y han sobrevivido⁹.

La apelación al consenso tiene lugar siempre sobre la base del poder, como muestra el hecho de que solo lo apela quien tiene el poder de imponer sus decisiones sobre la voluntad de quienes no las consienten. Cuanto más racional, diferenciado y autónomo es un sistema jurídico, tanto menor será la necesidad de recurrir a la coacción física manifiesta, y tanto más dispondrá de ese recurso de coacción velada que es la legitimidad.

El poder ilegítimo es, para Luhmann, el poder violento; y el poder legítimo es violencia velada, sólo sugerida. El ejercicio del poder legítimo es únicamente una forma más elegante de ejercer la violencia. El derecho supone la legitimidad, la cual

⁷ Bourdieu, Pierre & Teubner, Gunther *La fuerza del Derecho*. Siglo del hombre, Editores, Bogotá, 2000, pp. 21-58.

⁸ Fraser, Nancy. *Justicia Interrupta*. Siglo del hombre editores, Bogotá, 2007 pp. 1 y 5.

⁹ Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Colombia, 2009, p. 392.

es despojada de sus fundamentos racionales y queda reducida al arte de imponer decisiones vinculantes sin provocar resistencias¹⁰. Los derechos de las minorías, por ejemplo, tienen inadecuada o insuficiente representación en el parlamento y esto contribuye a reafirmar su precaria legitimidad, pues no se la ha ganado debido a su poca o inexistente actuación frente a éstos.

Sin embargo, la legitimidad y la eficacia en la protección de los derechos fundamentales lo mismo que los principios rectores y la legalidad¹¹, fundamentan la información desalentadora que proporciona la realidad política y la realidad jurídica en un claro deterioro de la legitimidad y su función social. La Constitución es elevada a norma jurídica fundamental y ella misma determina los límites y alcances legítimos del poder en situaciones de normalidad. Según Heller, el Estado está dotado de medios coercitivos que le permiten ostentar el monopolio de la fuerza legítima, y dentro de la racionalidad jurídica y política del Estado constitucional, se establecen mecanismos para ejercer la autoridad política¹². También señala Heller, que el poder político legitimado constitucionalmente busca el consenso racional en el marco de la democracia, lo cual supone el ejercicio del pluralismo de los valores y la legitimidad de la lucha o el disenso de aquellos que defienden un modelo distinto de organización social.

2. CRISIS EN LA LEGITIMIDAD DEL CONGRESO

Jeremy Waldron,¹³en su libro *Derecho y desacuerdos*, identifica las disputas, los disensos y la civilidad de las decisiones políticas en el parlamento moderno y la autoridad de su producto, la legislación. En otras palabras, examina la legitimidad democrática. Discute si la legislación es legítima porque es el resultado de un proceso democrático, pero cuestiona la legitimidad del parlamento en su carácter de organismo representativo en un contexto de desacuerdos, por su incapacidad de poner en común perspectivas y experiencias diversas.

Heller¹⁴ se refiere a la legitimidad de la existencia del Estado, en una teoría de carácter científico real. En ésta reconoce al Estado como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad general, no sólo por el carácter necesario de su función social, sino porque todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser un poder jurídico; a pesar de que muchos autores particularmente marxistas, como es el caso de Engels, combaten la legitimidad de este instrumento de explotación.

Habermas menciona las condiciones de aceptabilidad del derecho y del poder político, y también las condiciones de legitimidad que se transforman en condiciones

¹⁰ Luhmann, Niclas. *El Derecho de la Sociedad*, México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 157.

¹¹ Prieto Sanchis, Luis. *Estudios sobre derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 12.

¹² Heller, Op. Cit. Página XIV.

¹³ Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Madrid Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, 2005, p. 356.

¹⁴ Heller, Herman. *Teoría del Estado. La formación de los conceptos*. Estudio Preliminar de José Luis Menere. Editorial Comares. Granada España, 2004 p. 251.

de estabilidad materializada en una fe en el sistema político de la dominación. Las prácticas democráticas pueden legitimarse bajo la premisa de la pretensión de validez de la política y del derecho. Las reglas de una democracia caracterizada por las competencias entre partidos obtienen su legitimidad del voto mayoritario, en elecciones libres, iguales y secretas¹⁵.

La corriente voluntarista recurre a la historia e instituye como principio de legitimación la fuerza de la tradición. En tal sentido, el soberano legítimo es quien ejerce el poder desde tiempos inmemorables, un poder que se transmite con el tiempo, como se transmite la propiedad o cualquier otro derecho adquirido. El revolucionario, en sentido contrario, piensa que está legitimado hacia el futuro, en virtud del nuevo ordenamiento que pretende imponer, por tratarse de una nueva etapa necesaria, inevitable y más avanzada axiológicamente¹⁶.

Luhmann considera que la legitimidad no es el efecto de referirse a valores sino que es el producto de la aplicación de ciertos procedimientos, establecidos para producir decisiones vinculantes¹⁷. En las sociedades complejas que han incluido el proceso de positivización del derecho, la legitimidad resulta de la celebración de elecciones políticas y de la separación de poderes, en las que los individuos participan dentro de los límites de las reglas establecidas. En tal caso, todas las formas de legitimidad están representadas como una prestación del mismo sistema¹⁸.

Esta legitimación procedural es un espejismo que hace creer que el procedimiento garantiza la racionalidad de los resultados. Los procedimientos cumplen la función de producir la ficción de una legitimación racional, allí donde ya sólo queda el recurso al decisionismo. La teoría de sistemas ofrece una concepción de legitimación que hace depender a ésta de las operaciones del propio sistema político. En la terminología de Luhmann, diríamos que la legitimación es enteramente un *rendimiento del sistema*. La teoría de sistemas la reduce a la autorregulación eficaz del sistema político; y éste podrá considerarse legítimo en la medida en que sea capaz de cumplir sus tareas, produciendo también la aceptación del público y el acatamiento.

En este sentido, la legitimidad democrática basada en el consentimiento de la población es sin duda un rendimiento del sistema, una construcción de las propias instituciones políticas y administrativas. La teoría luhmanniana de los medios afirma que el poder no descansa en el consentimiento, sino en el recurso siempre posible a la violencia física, que es la clave del funcionamiento y la cohesión del sistema político; es el mecanismo que garantiza la circulación de la comunicación entre las distintas instancias del sistema.

¹⁵ Habermas, Jurgen. *Factualidad y Validez*, Madrid, Trotta 2005 pp. 365-367.

¹⁶ Op. cit. Pág. 120-123.

¹⁷ Luhmann, Niclas. *El Derecho de la Sociedad*, México: Universidad Iberoamericana, 2002. P 57.

¹⁸ Bobbio, Norberto. Op. Cit p 127.

Esta tendencial ilegitimidad del poder es objeto de la crítica del derecho positivo, no sólo interna si no externa, puesto que va dirigida a sus aspectos de inefficiencia y de invalidez. Este análisis se denomina positivismo crítico, pues significa, por ejemplo, que una norma contenida en un texto legislativo no anulado, puede ser aplicada mediante decisiones válidas respecto a ella, pero puede también no ser aplicada cuando el juez la considere inválida, porque formalmente así se ha declarado, análisis que es posible cuando el principio de legitimidad constitucional de las leyes no puede satisfacer la regla semántica, contenida en la presunción de legalidad¹⁹.

3. CRISIS EN LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO

Robert Alexei, considera que un sistema de normas coactivas solo se transforma en un orden jurídico cuando en su base se encuentra una pretensión de corrección o de legitimidad. Sin embargo, un orden jurídico puede ser ostensiblemente injusto y violento como un régimen de dominación; y no obstante, lo único que lo mantiene como un orden jurídico es la apelación a un fin superior. La pretensión de legitimidad del ejercicio de la dominación establece lo que se podría llamar umbral de la juridicidad, en él se demuestra que el derecho está conceptual e internamente referido a la legitimación.²⁰

El concepto y el problema de la legitimidad es indisociable del concepto de derecho, señala Alexy. Este autor desarrolla una caracterización somera de las respuestas que el ius naturalismo y el positivismo han planteado al problema, y sostiene que un rasgo definitorio de los sistemas jurídicos es su referencia interna a la legitimidad, o por decirlo en la terminología de Habermas, su pretensión de corrección normativa. De acuerdo con estos autores, los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección.

Al comenzar el siglo XXI, el modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y enmarcado en los valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento que alcanza sus propios fundamentos, su objetivo y sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimar desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica capitalista, propicia la discusión acerca de las condiciones de ruptura con la misma, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador, sin idealizaciones formales ni rigidez técnica, construido bajo los supuestos de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales.

Habermas aborda el marco de legitimidad, discursivo procedimental de toda ley, definiendo primero dos paradigmas: primero, el paradigma burgués del derecho formal que reduce la ley a la formalidad legal y justicia a la igual distribución de

¹⁹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid Trotta 2001 pp. 872-875

²⁰ Alexei, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*, op. cit., p. 38.

derechos; y el segundo es el paradigma del Estado benefactor de Derecho o paradigma del bienestar social, que reduce la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva. El paradigma de los estatutos legales es garantizado por la legitimidad de la ley, con una cualificación deliberativa que proporciona la solución y el contenido mínimo, para consolidar la integración social y fundamentar una visión de la legitimidad legal²¹.

El derecho en la sociedad democrática ha perdido su legitimidad, pues ciertas figuras dogmáticas como el principio de las mayorías, la representación, la participación, la consulta, las asambleas, la soberanía y la declaración de la voluntad popular, son ilusorias y no captan su real dimensión ni el problema que plantean desde el punto de vista social. En realidad lo que se está imponiendo es una concepción universalista del derecho y la justicia, que le ha restado validez jurídica y política al constitucionalismo local. Se evidencia una crisis en la legitimidad, crisis en la validez y en la eficacia del derecho. Sobre este particular, la Carta Constitucional de 1991 consagra normas abiertamente contradictorias, como por ejemplo el Estado social y el Estado neoliberal o la primacía del interés general sobre el interés particular, que rara vez tiene aplicación.

El Estado social o de bienestar no es otra cosa que la evidencia de un giro social del derecho, adquiriendo una concepción instrumental sobre la idea de justicia, con la perspectiva de convertirse en una alternativa frente al modelo liberal del derecho, que dejaba ver claros síntomas de su crisis debido a la insensibilidad que muestran las crecientes burocracias estatales; y en general, la ceguera social del derecho formal burgués²².

Esta comprensión paradigmática del derecho dio lugar a la utilización de términos como “ideal social”, “modelo social” o “teoría social”, apoyados en una sociología del conocimiento, y una construcción social de la realidad. Efectivamente, el modelo de producción jurídica está amenazado por la emergencia de un nuevo orden, porque son los paradigmas jurídicos tradicionales los que han entrado en crisis, y con ellos, el modelo jurídico-político del Estado liberal sobre el que históricamente se han sustentado²³. Se ha pasado de la irrelevancia y facilidad de la actividad judicial a su complejidad y trascendencia; de la soberanía nacional al derecho globalizado supranacional; del saber jurídico como saber teórico al saber jurídico práctico; de la enciclopedia a la unidad del derecho; haciendo hincapié en el sustantivo derecho y no en el adjetivo que lo accede, en el derecho como fin y no en el derecho como medio.

²¹ Habermas, Jurgen. *Facticidad y validez*, Op.Cit pp. 269 - 280.

²² Habermas, Jurgen. *Facticidad y validez*, Op. Cit p. 471.

²³ Scheuerman, W.E., “Globalization and the Fate of Law” En Dyzenhaus, *The Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford, Recrafting Editorial 1999, pp. 243-24

4. CRISIS DE LEGITIMIDAD EN LA DEMOCRACIA

Son evidentes las dificultades, las debilidades y los fracasos de la democracia formal frente a la democracia real, incluyendo los vistos por tópicos como la teoría de las élites, la gobernabilidad, la transparencia, los intereses y la legitimidad del principio mayoritario. Son numerosas las contradicciones en las que se mueve una sociedad democrática, que en última instancia, está reducida a procesos de dominación y de retórica por sus vicios congénitos, por sus cuestionamientos, sus limitaciones, pero sobre todo por las dificultades para dirimir el choque de intereses y las lagunas de las teorías convencionales. La participación de los ciudadanos en la mal llamada democracia, que se ampara en el derecho, queda reducida a la simple actividad electorera; y los elegidos, por su parte, detentan el poder como si fuera su propio patrimonio.

Se vive en la actualidad en un mundo de grandes e impredecibles cambios, particularmente en los ámbitos económico y político. La economía global está generando presiones y el creciente desempleo aumenta, las desigualdades sociales y la falta de oportunidades se hacen cada vez más notorias, y el planeta tiene un gran reto para disminuir los altos índices de pobreza y de miseria, que requieren de una urgente redistribución de la riqueza.

El gobierno de las mayorías es en realidad una sutil modalidad de despotismo, pues conseguir mayorías no es difícil en la era de la comunicación, y más aún cuando el poder cuenta con recursos tan valiosos y eficientes como la propaganda y el apoyo de los medios masivos de comunicación. El problema es que gobernar basados en el concepto de mayoría es una frívola y deshonesta interpretación de las reglas de la democracia, que conduce al enfrentamiento social y al descrédito del sistema.

114

El conjunto de normas que estatuyen la democracia no son respetadas por los partidos políticos, que han infiltrado y controlado los poderes básicos del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y han ocupado espacios que les están vedados en la sociedad civil y en las grandes instituciones de la sociedad. El respeto a las minorías es desconocido en la democracia, donde simplemente se practica el dominio de las mayorías y en la que los partidos que gobiernan, amparados en sus mayorías parlamentarias, se consideran legitimados para gobernar en contra de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos, y hasta se atreven a aprobar leyes fundamentales con porcentajes ridículos que ni siquiera alcanzan la mayoría.

Los gobiernos en la democracia no son libremente elegidos, ya que los partidos han pervertido el sistema al arrebatar a los ciudadanos el sagrado derecho a elegir sus representantes, imponiendo listas cerradas y bloqueadas, elaboradas por las élites de los partidos, que son en realidad las que eligen. Los poderes del gobierno no están lo suficientemente limitados, no existen poderes capaces de contrarrestar el inmenso poder de los partidos, y sumado a esto, tampoco existe una sociedad civil con capacidad para que los ciudadanos, a través de sus instituciones

y asociaciones, controlen al gobierno y hagan contrapeso a las mayorías que se convierten en una verdadera dictadura. El gobierno de las mayorías es uno de los peores tipos de dictadura.

No sólo las grandes leyes deben ponerse a salvo de esa dictadura de las mayorías, sino también los grandes principios y creencias. Las décadas finales del siglo anterior se caracterizaron, en la mayor parte de las denominadas democracias liberales, por el enfrentamiento entre un autoritarismo casi siempre originado en el gobierno de una élite tecnocrática y una democracia respetuosa de las garantías constitucionales fundada en una mayor participación de los ciudadanos. En síntesis, por un enfrentamiento entre democracia elitista y democracia participativa, sin evidenciar una cultura generalizada y formas de expresión y comunicación adecuadas.

Es necesario replantear o reconstruir el concepto de democracia, que siempre se ha mencionado en forma genérica o acompañado de alguna especificación. Dicho en forma general tiene connotaciones conceptuales muy diversas, de las cuales la más conocida es la que se denomina democracia liberal, casi siempre identificada con cuestiones electorales. Particularmente, se le acompaña de adjetivos o sustantivos tales como regímenes democráticos, democracia occidental, democracia socialista, popular, directa, indirecta, pluralista, consensual, estados democráticos, orden democrático, etc. Así hay muchas otras denominaciones que por su carácter equívoco, pueden referirse indistintamente a varias formas de gobierno, casi siempre identificadas con el manejo de elecciones y las formas pluralistas o corporativas de tomar decisiones, pero que no se corresponden en la práctica al verdadero significado de este vocablo. Las grandes desigualdades económicas y sociales, los conflictos que desgarran a sociedades avanzadas y atrasadas, en diferentes dimensiones, prueban lo contrario y demuestran que está lejos la sociedad humana de haber resuelto sus problemas más acuciantes.

Los parlamentos y las instancias de decisión política echan mano frecuentemente de recursos no racionales de legitimación, como son las apelaciones retóricas, la manipulación de la opinión pública o la imposición pura y simple de las mayorías parlamentarias. En esto el sistema político se diferencia del sistema jurídico, pues un juez siempre está obligado a argumentar sus sentencias, en cambio las apelaciones retóricas o las arbitrariedades injustificadas suelen verse como perversiones del sistema jurídico. El déficit de racionalidad en las resoluciones formalmente legítimas del sistema político tiene que ver con la crisis de legitimación, que en la teoría de la legitimidad democrática de Habermas, se señala como la existencia de sus límites empíricos.

La doctrina política y los académicos, con mucha preocupación se preguntan si es compatible el sistema democrático, cuyas premisas son la libertad y la igualdad, con una organización social fundada en la técnica; o en palabras de Helmut Dubiel, “en un orden social –cibernético– que, finalmente, no tuviese la necesidad

de una legítima democracia y de una identificación cultural²⁴. ¿Es posible un sistema jurídico justo y una sociedad democrática en las condiciones económicas, sociales y culturales del tercer mundo? Existe sin duda una tensión entre los principios democráticos y el sistema jurídico tal como se expresa normativamente, y las realidades en los sistemas de gobierno de países desarrollados y en vía de desarrollo.

Algunos autores identifican numerosas incompatibilidades con la regla de la mayoría democrática, anotándose como principales tres: 1) la extensión de ámbitos de la vida social cobijados por poderes administrativos – estatales. 2) la globalización de las decisiones en muchos campos, lo que sustrae a muchas de ellas del conocimiento y decisión de los ciudadanos de un Estado nacional individual, y por consiguiente, del control democrático. 3) la complejidad de las decisiones sobre infraestructura a las que atrás se hacía mención, y sus efectos irreversibles²⁵.

Todo esto lleva a Dubiel a concluir: la no diferenciación entre el Estado y la sociedad en el capitalismo tardío, los efectos de decisiones que van más allá de las fronteras del Estado nacional y la irreversibilidad de las medidas infraestructurales modernas, al mismo tiempo, justifican la tesis de Huntington sobre el “vacío de credibilidad” creciente, de la tensión cada vez más acentuada entre normas democráticas creadoras de legitimidad y realidad institucional de la democracia de masas modernas.

Lo que podría llamarse en este contexto cultura democrática ha dependido del control del saber y del acceso a la educación, esto es, de la democratización de los conocimientos, pues una democracia edificada sobre la ignorancia del mayor número solo es democracia en apariencia, una fachada que inevitablemente conduce a la decadencia del sistema político. La abstención de los electores es una de las más claras y preocupantes manifestaciones de este fenómeno. ¿Cómo neutralizar el inmenso poder de los complejos técnico – industriales y los conglomerados del capital financiero? De ahí, que sea esencial la existencia de una sólida sociedad civil que pueda expresarse a través de partidos, grupos y movimientos cívicos, fuertes agremiaciones sindicales, profesionales y culturales²⁶.

La democracia moderna ha presentado una demostración de su insuficiencia, y el descrédito en que han caído en muchos países los partidos políticos y la institución parlamentaria, ha robustecido el concepto de democracia participativa, que no excluye a la primera, pero permite una presencia más activa de los ciudadanos en la toma de decisiones, tanto a nivel nacional como regional y local. En la misma medida en que aumenta la desconfianza en las formas políticas tradicionales, flore-

²⁴ Helmut, Dubiel. *¿Qué es el Neoconservadurismo?*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1993, p.7.

²⁵ Kaufmann, Arthur. *La filosofía del derecho en la postmodernidad*, Temis, Bogotá, 1992 p. 103.

²⁶ Ibid., pp. 47 a 62.

cen asociaciones, comités cívicos, núcleos de vecinos, centros de estudio, y en fin, multitud de formas de canalización de intereses y propuestas de los ciudadanos.

La democracia se encuentra en la actualidad estrechamente asociada al clientelismo. Los cargos públicos son un botín antes que una responsabilidad, y la participación en la administración del Estado es buena oportunidad para formar un patrimonio antes que para servir a la comunidad. El clientelismo, además de hacer imposible el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado, convierte la participación política en una burda parodia de la democracia, cuyo más claro ejemplo es la negociación de votos y la pérdida de la autonomía.

Un importante concepto asociado a la democracia es el pluralismo. El pluralismo exige la presentación de partidos políticos, los cuales eran considerados por Tocqueville²⁷ como un mal inherente a los gobiernos libres, pues sin partidos políticos no pueden funcionar los gobiernos representativos o participativos. El funcionamiento de las instituciones democráticas está en tela de juicio en todas partes del mundo y una combinación de inconformismo y escepticismo ha generado un clamor general por cambiar las cosas. No importa para qué, con tal de cambiar. La primera consecuencia de este fenómeno fue la caída de la mayoría de gobiernos que han estado durante algún tiempo en el poder. La segunda consecuencia es la avalancha de propuestas para reformar los marcos legales y las reglas de juego que rigen la política.

La democracia exige la constitución de un orden económico, con cierta homogeneidad social, entendida como un estándar de derechos sociales que garantice un mínimo de igualdad sustancial, para que sean viables los derechos de participación y se deslegitimén las políticas de exclusión social. Esta homogeneidad social involucra exigencias concretas del particular frente al poder público, pues el llamado Estado Social de Derecho solo tiene sentido, si todas las clases sociales tienen las mismas oportunidades²⁸.

5. CRISIS EN LA LEGITIMIDAD DEL ESTADO

Se ha dejado en evidencia la quiebra de los denominados Estados de Derecho y la necesidad de un orden económico mundial, teniendo en cuenta que se ha cuestionado la legitimidad de muchos de los régimes actuales. El capitalismo global y las especulaciones financieras han sembrado en el mundo el desempleo y la miseria, por lo cual se demanda la redistribución, el reconocimiento y la democratización económica. El viejo aforismo que dice que el Estado capitalista es el comité ejecutivo de la burguesía pareciera cobrar hoy más que nunca vigencia, ante la insensibilidad de los intereses privados frente a las grandes desigualdades y la pobreza, que no es otra cosa que la negación de un sistema jurídico justo y de

²⁷ Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. Tomo I, Alianza editorial, Madrid pp. 110 a 114.

²⁸ Heller, Op. cit. pag.6.

una democracia fundada en él.²⁹ Las funciones del Estado liberal de Derecho se han tornado cada vez más complejas, las sociedades más diferenciadas y heterogéneas, las instituciones han dejado de ser eficaces, incapaces de dar respuesta a las demandas y necesidades, evidenciándose de esta forma la crisis de su legitimidad.

Esta pérdida de legitimidad cuestiona con palabras y hechos el monopolio de la fuerza que debe corresponder al Estado³⁰. El carácter arbitrario de toda decisión política no es exclusivo de los sistemas democráticos modernos, dotados de una forma de legitimación racional-legal, sino que toda decisión política establece ciertas pautas para la acción futura, núcleo de la concepción luhmanniana de la legitimación procedural, pues son los procedimientos los que resuelven el problema de la necesidad de tomar decisiones en condiciones democráticas cuando no es posible apelar a las tradiciones carismáticas, populistas, religiosas o iusnaturalistas. La legitimación procedural es un espejismo, hace creer que el procedimiento es democrático y garantiza la racionalidad de los resultados³¹.

Uno de los retos más grandes del Estado moderno es la lucha frontal contra la corrupción, que ha destruido la confianza pública del Estado en todo el mundo. Será necesario erradicar las clases políticas, las élites que se incrustan en el poder, lo mismo que el patrimonialismo, esto es, la costumbre de los gobernantes de manejar el Estado como si fuera su propio patrimonio. Igualmente, es necesaria la intervención en la actividad económica y financiera, cuando éstas abandonen su función social, el interés colectivo y el bienestar general.

La concepción neo-contractualista de Rawls, permitirá evitar la creación de nuevos contratos sociales, y es una fundamentación consensual adecuada, que integra a las minorías,³² evita la democracia de élites, lo mismo que los conflictos y patologías sociales que siempre carecen de modelos alternativos. En la medida en que las funciones del Estado se van tornando más complejas y las sociedades más numerosas y heterogéneas, las instituciones, particularmente las instituciones jurídicas, dejan de ser eficientes, incapaces de dar respuesta a las demandas sociales, agudizándose de esta forma la crisis de la legitimidad y de los demás paradigmas jurídicos tanto del Estado liberal como del Estado social.

El Estado debe involucrar seriamente la participación de los ciudadanos, más allá de la simple actividad “electorera”, de tal manera que sean los electores y no los elegidos quienes detenten el poder. Para tal finalidad, el Estado debe reconocer la existencia y el protagonismo de las comunidades, abriendo espacios de participación y autorregulación, para que puedan tomar parte efectivamente de las

²⁹ Evans, Peter. *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*. ILSA, Bogotá, 2011, p. 60.

³⁰ Gonzalez, Fernán. *Modernidad, democracia y partidos políticos*. Fescol, Bogotá 1993, pp. 57 – 68.

³¹ Luhmann, Niclas. *El Derecho de la Sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 130.

³² Rodriguez P., María Luisa. *Minorías, Acción pública de Inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 24.

políticas y las decisiones que las afectan, contribuyendo así a fijar su destino de acuerdo con las sanas reglas del principio de la subsidiariedad.

Con estos procedimientos no solo se estaría reconstruyendo al Estado sino también la sociedad, con lo cual serían posibles las grandes transformaciones sociales y se podrían corregir las fallas en las instituciones, dejando que las comunidades ocupen ciertos espacios antes ocupados por el Estado. Así aumentaría la capacidad de participación en la toma de decisiones y en la realización de acciones orientadas a la autogestión social. Todo lo anterior podría conducir directamente al empoderamiento comunitario y a la conquista de espacios de participación política, pero fundamentalmente a la radicalización de la democracia, gracias al surgimiento de una nueva relación entre el Estado y la sociedad que permite la reflexión y la acción, es decir, las posibilidades reales de la democracia deliberativa y radical.

El Estado de Derecho debe asumir un nuevo formato político en el que los privilegios y las fuerzas autoritarias de quienes insisten en su permanencia en el poder, sean excluidos por quienes tienen una mentalidad participativa, altruista y solidaria. En este contexto, es importante el protagonismo de las organizaciones y movimientos sociales, y los partidos políticos en los que tenga cabida el pluralismo, el reconocimiento y la redistribución. Precisamente, estos últimos son los procesos en los cuales se han de formalizar los avances, acuerdos, reglas y principios, a que se someten las organizaciones, asociaciones y partidos.

En la actualidad, la capacidad de conducción política de la sociedad debe hacer frente a dos fenómenos emergentes: el desarrollo de una sociedad mundial y la creciente importancia del conocimiento en ella³³. Es necesario reconstruir el Estado, con su horizonte de complejidad, utilizando recursos materiales y humanos que aseguren la convivencia ordenada, democrática y justa de la sociedad; devolviendo a las instituciones políticas su eficacia para lograr un mundo de pluralidad, participación y convivencia, en el marco de la solidaridad y la igualdad de oportunidades, tanto económicas como culturales, sociales y políticas. La reconstrucción del Estado involucra cambios socioeconómicos y políticos, propios de una democracia radical, aunque su costo sea de largos y contradictorios procesos en los que se privilegie la acción comunicativa sobre la acción estratégica³⁴. La solución para la crisis del Estado no se encuentra en su desmantelamiento, sino en su reconstrucción, en la disminución de su tamaño y en el fortalecimiento de la sociedad civil. Debe ser una reconstrucción que se exprese en la búsqueda del equilibrio institucional, con adecuadas formas de representación y participación, para resolver los problemas sociales; y a través de instituciones estables y eficientes en la formulación, diseño, implementación y evaluación de políticas públicas con

³³ Helmut, Willke. "Capacidad de rendimiento del Estado". En: *Revista Persona y Sociedad* / U. Alberto Hurtado, Chile. Vol. XXI / N° 2 / 2007 / 9-16.

³⁴ Habermas, Op. cit. p 467

la concurrencia de los afectados o beneficiarios, y bajo la conducción de grupos, asociaciones y partidos con intereses diferenciales.

La tesis de la “ingobernabilidad” ha sido una manera de legitimar los recortes en los derechos humanos, y en no pocos casos, la eliminación de las libertades fundamentales. Por otra parte, la tendencia contrapuesta, pero igualmente dañina, fue la de menospreciar las conquistas de la democracia pacífica, calificadas de formales, en aras de la seguridad en los derechos de contenido material. Se evidencia que a la primera pertenecen las dictaduras latinoamericanas, y a las segundas, los regímenes estalinistas, cuyo fracaso en gran parte se atribuye a la falta de libertades³⁵.

La democracia, por otro lado, pareciera no ser el camino, pues coexiste con situaciones verdaderamente alarmantes de violencia y pobreza,³⁶ una realidad que golpea todos los días con nuevos dramas y espantosas noticias de genocidios, asesinatos, asaltos, secuestros y toda suerte de crímenes perpetrados por bandas de diversa índole o por los mismos encargados de custodiar el orden y preservar la legalidad. Estos hechos empobrecen las perspectivas de la democracia y el Estado de Derecho, y en general, conducen a su inviabilidad. En la democracia conviven la modernidad y el atraso en una pugna de corrientes, entre lo viejo que no se resigna a morir y lo nuevo que apenas se perfila. Para decirlo en otras palabras, una pugna entre modernidad y tradición, pues aunque hayan cambios profundos, de acuerdo a la proporción en que se mezclan las dos tendencias, hay fuerzas y mentalidades que permanecen estancadas en la nostalgia del pasado.

Se observa que no bastan las actuaciones ajustadas a la legalidad, sino que es necesaria la realización efectiva de los fines sociales del Estado y del objetivo fundamental de su actividad: la solución de las necesidades insatisfechas, el eficaz ejercicio de los aquí llamados derechos sociales, es decir, la educación, la salud, la vivienda y las condiciones de vida acordes con la dignidad de la persona humana, que como prestaciones positivas propias del Estado Social de Derecho determinan su legitimidad³⁷.

La relación entre Estado, derecho y sociedad se ha vuelto problemática en las sociedades actuales. La creciente intervención estatal en la ordenación social ha generado mutaciones profundas en la propia estructura del Estado, en el modelo de producción jurídica y en los criterios de legitimidad. El fortalecimiento de la capacidad normativa de la burocracia administrativa ha redundado en un debilitamiento correlativo del poder legislativo, cuya potestad normativa en esta materia, se ha desplazado hacia la administración. El derecho de nuestras sociedades está aquejado de una crisis de legitimidad que alcanza de lleno al Estado democrático, pues la representación parlamentaria y la publicidad exterior del

³⁵ Wolfgang, Leonhard. *Das Kurze Leben der DDR*, Dva Auflage, Stuttgart, 1990.

³⁶ Watch, Americans. *La Violencia continua*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 2003.

³⁷ Rodriguez O., Julio. *La legitimidad en el Estado Social de Derecho*. Leyer, Bogotá, pp. 83-94.

parlamento han llegado a ser una fachada vacía. Los partidos no son, en realidad, grupos que persigan las reglas de racionalidad, sino coaliciones de poder en busca de intereses socioeconómicos.

El Estado y la democracia se fundamentan en una concepción activa de la ciudadanía, en el contexto de la soberanía popular como fuente plural y permanente de legitimación del Estado, y en consecuencia, bajo las banderas del republicanismo, buscando la construcción de consensos en un modelo de democracia deliberativa, como expresión del poder comunicativo de la sociedad civil y de la opinión pública.

Es necesario avanzar hacia la formulación de un paradigma que afronte los problemas más relevantes de la sociedad actual, relacionados con las diferentes concepciones de justicia, democracia y legitimidad; y éste no es otro sino el paradigma consensual discursivo basado en la democracia deliberativa, que imprima nuevos contenidos morales, procedimentales y discursivos, involucrando en estos procesos el reconocimiento de la diferencia, el multiculturalismo y la justicia distributiva.³⁸

El derecho como receptor de los grandes cambios, no por las causas, sino por los efectos de la globalización, está provocando un alto grado de obsolescencia de las instituciones jurídicas y políticas, particularmente de la democracia. El derecho supone la sujeción a la ley de todo poder en garantía de los derechos de todos y un sistema de vínculos y controles jurídicos idóneos, para impedir la formación de poderes absolutos, sean públicos o privados. Supone además, un conjunto de límites para impedir que la democracia coexista con poderes y privilegios ilimitados y personalizados, que no corresponden a la esencia del constitucionalismo³⁹. La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria⁴⁰, tiene que ser asumida libremente por las minorías mediante el equilibrio reflexivo que articula la dimensión política con la individual, dándole a la ciudadanía la posibilidad de replantear la democracia, los principios de justicia, la igualdad y la equidad social⁴¹.

La democracia conlleva la responsabilidad moral de los ciudadanos, para ser participativos en la construcción de una verdadera comunidad política, económica, social y humana, haciendo posible resolver la contradicción entre la democracia formal y la real. La construcción de la democracia es un proceso histórico social, sus puntos de partida son la educación, la organización y la movilización para democratizar el poder, la política, el trabajo y la economía. La educación debe ser integral y liberadora. Las escuelas comunitarias deben contribuir a la formación política, resaltando la necesidad de construir una verdadera democracia. La organización solidaria y participativa debe desarrollarse a partir de lo comunitario,

³⁸ Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 1997, pp. 107 108.

³⁹ Ibid p. 94.

⁴⁰ Wolkmer, Antonio Carlos. *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*. Ed. San Pablo, Saraiva, 2000.

⁴¹ Wolkmer, Antonio. Ibid.

para construir alianzas y coaliciones tanto en el plano local, como en el nacional e internacional.

A los conductores sociales o políticos incumbe la tarea de dar a la opinión pública, a través de la dirección y la educación, una forma firme y unitaria en las cuestiones vitales para el Estado⁴². Se argumenta permanentemente en favor de la democracia, la formulación de un sistema de Derechos Humanos consistente y un ordenamiento jurídico presumiblemente dotado de eficacia, donde los fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional y democrático no aparezcan como un invento del derecho positivo, sino como una amplia fundamentación ética y jurídica, encarnada en unos valores costosamente labrados en la filosofía del humanismo, es decir, respaldada en el deber moral de su reconocimiento jurídico.

La idea de democracia descansa, en última instancia, en la formación de la voluntad política; y en términos de teoría del discurso, las decisiones vinculantes, para ser legítimas, tienen que seguir flujos de comunicación que partan de la periferia y pasen por todos los procedimientos del Estado de Derecho. La democracia, al perseguir determinados fines colectivos y regular determinados conflictos, está haciendo frente, a la vez, a los problemas generales de la integración social que pueden perturbar o mermar la eficacia de sus procedimientos o la legitimidad de sus decisiones. El sistema político fracasa en sus competencias regulativas, cuando la normatividad permanece ineficaz o las operaciones de regulación y control provocan efectos desintegradores en los ámbitos de acción necesitados de regulación⁴³.

Conclusiones

El Estado, la democracia y el sistema jurídico que la sustenta, reciben en la actualidad el mayor número de cuestionamientos y preocupaciones sobre su legitimidad,⁴⁴ haciéndose objeto de comentarios en libros, artículos y tesis doctorales. Todo lo anterior se sustenta en la información desalentadora que proporciona la realidad política y jurídica, fundamentalmente por la evidencia del notable deterioro de sus procedimientos y del sustento filosófico que le atañe, pues la legitimidad es una especie de ideología sin ideas; y ésto ocurre, a pesar de que el modelo social y económico imperante suponen una democracia avanzada, con vigencia del pluralismo político y una activa participación ciudadana como base democrática.

Esta carencia de legitimidad de la democracia, del Estado y del derecho se materializa en el deficiente funcionamiento de las instituciones democráticas o en los intereses personales de quienes las encarnan, que hacen parte de un conjunto de valores y costumbres que dominan nuestras sociedades, donde lo corriente es la relación desigual, la negación del principio de igualdad sustancial e incluso de la

⁴² Heller Op. Cit. p. 211.

⁴³ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2005, p. 467.

⁴⁴ Prieto Sánchez, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990 p. 12.

solidaridad universal, arrinconada ante la ley del más fuerte. Y donde la integración del individuo con la comunidad pierde terreno ante las fórmulas de integración funcional, puesto que la libertad del individuo queda asfixiada bajo el peso del poder o del dinero en unas relaciones casi siempre asimétricas⁴⁵.

La viabilidad de cualquier régimen democrático está íntimamente ligada a la posibilidad de alcanzar un desarrollo compatible con la emancipación social, que preserve los derechos humanos, pondere la dinámica económica y la eficiencia del mercado con la justicia social, la incorporación de los progresos técnico-científicos con una ética humanista capaz de contrarrestar la violencia silenciosa que se materializa en la corrupción. En años recientes, ésta se ha vuelto más generalizada y desvergonzada por sus efectos corrosivos para las bases de la convivencia ciudadana, dado que la ganancia fácil y el enriquecimiento súbito han destruido la confiabilidad y la legitimidad del orden jurídico y de las instituciones, tanto privadas como públicas.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 14.

Bibliografía

- Aarnio, A. *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Ashgate, Dartmouth, 1997.
- Abramovich, Víctor & Courtis, Christian. *Los Derechos Sociales Como Derechos Exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- Alexei, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Madrid, 2004.
- Anton, A. Trabajo. *Derechos sociales y Globalización. Retos para el siglo XXI*, Madrid, 2000.
- Añon, María José. *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*. Madrid, CEC, 1994, pp. 266-267
- Añon, M. José. *El Test de la Inclusión. Los derechos sociales*. Icaria, Barcelona, 2000.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la constitución*, Alianza Universidad, Madrid, Alianza Universidad, 1994.
- Bobbio, Norberto. *Estado Gobierno y Sociedad*, FCE México, 1989.
- Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther *La fuerza del Derecho*. Siglo de los hombres, Bogotá, 2000.
- Brown, Wendy. *La Crítica de los Derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2003.
- Carcova, Carlos M. *Las teorías jurídicas pospositivista*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.
- Díaz Müller, Luis. *Manual de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, D. F. 1991.
- Evans, Peter. *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*. ILSA, Bogotá 2011.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta, Madrid, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999.
- Fraser, Nancy. *Justicia Interrupta*. Siglo del hombre editores, Bogotá, 2007.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*, Siglo XXI Editores, México, 2004.
- García De Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*. Civitas, Madrid, 2006.
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al Gobierno*. Barcelona, Ariel, 1996.

- González, Fernán. *Modernidad, democracia y partidos políticos*. Fescol, Bogotá, 1993.
- Gosta-Esping, Andersen. *Los tres mundos del Estado de Bienestar*. Ediciones Alfons el Magnanim, Valencia, 1993.
- Habermas, Jurgen. *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2005.
- Herman, Jurgen. *Teoría del Estado. La formación de los conceptos*. Comares, Granada España, 2004.
- Held, David. *Cosmopolitan Democracy*. Cambridge Polity Press, Cambridge, 1995.
- Helmut, Dubiel. *¿Qué es el Neoconservadurismo?*, Anthropos, Barcelona, 1993.
- Helmut, Willke. "Capacidad de rendimiento del Estado". En: *Revista Persona y Sociedad* Universidad Alberto Hurtado, Chile. Vol. XXI Nº 2 2007 pp 9-16.
- Kaufmann, Arthur. *La filosofía del Derecho en la postmodernidad*. Temis, Bogotá, 1992.
- Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*. Siglo del Hombre Editores-Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999.
- Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, Siglo del Hombre Editores, U.de los Andes, Bogotá, 2009.
- Lewin, Roger. *La complejidad: El caos como generador de orden*. Tusquets, Barcelona, 1995.
- Luhmann, Nicolás. *El Derecho de la Sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, 2002.
- Paschukanis, Eugeni. "Finalidad de la Teoría General del Derecho". En: *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Bogotá. La Pulga. 1960.
- Pérez Salazar, Mauricio. "La Colombia del siglo XXI". *Revista Externadista* vol 11 No 28, Bogotá, 2010.
- Prieto Sanchis, Luis. *Estudios sobre derechos Fundamentales*. Debate, Madrid, 1990.
- Rodríguez, O. Julio. *La legitimidad en el estado Social de Derecho*. Leyer, Bogotá, 2001.
- Rodríguez, P. María Luisa. *Minorías, Acción pública de Inconstitucionalidad, y Democracia deliberativa*, U. Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

- Santos, Boaventura de Souza. *La globalización del Derecho*. ILSA-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. Alianza editorial, Madrid, 2005.
- Uprimny, Rodrigo et al. *Los Derechos sociales en Serio*. De justicia, Bogotá, 2005.
- Vallefín, Carlos A. *La Legitimación en las Acciones de Interés Público*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- Waldron, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Marcial Ponds, Madrid, 2010.
- Watch, Americans. *La Violencia continua*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 2003.
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Editora Alfa Omega, Madrid, Sevilla, 2006.
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*. Colección En Clave de Sur. 1a ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, 2003

Las cortes super poderosas: ¿activismo o visibilidad?

The Super Powerful Courts: Activism or Visibility?

Marco Feoli*

Fecha de recepción: 15 de diciembre del 2014

Fecha de aceptación: 4 de febrero del 2015

RESUMEN

En los últimos años, los poderes judiciales se transformaron en espacios donde se resolvieron temas muy importantes. Hubo un cambio de modelo de judicatura. En América Latina, la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica son señaladas por su activismo. A partir de conceptos como judicialización de la política y activismo judicial, este artículo busca definir, por medio de un estudio jurisprudencial de más de 20 años, el trabajo de estos tribunales.

Palabras clave: jueces, activismo judicial, judicialización de la política, Corte Constitucional de Colombia, Sala Constitucional de Costa Rica.

ABSTRACT

In recent years, the judiciary powers have become places where important issues are resolved. There has been a transformation of the judiciary model. In Latin America, Colombia's Constitutional Court and Costa Rica's Constitutional Chamber are noted by their activism. In a jurisprudential study of more than 20 years, this article uses concepts such as the judicialization of politics and judicial activism to define the work of these courts.

Keywords: judges, judicial activism, judicialization of politics, Constitutional Court of Colombia, Constitutional Chamber of Costa Rica.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Doctor por el Programa Estado de Derecho y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: mfeoli@poder-judicial.go.cr.

“...El señor juez ensayó una sonrisita un poco molesta.
-Oiga usted ¿a qué llama malas costumbres? (...)
-Yo llamo malas costumbres a muchas cosas (...)
-¡Ya! Bien señores, muchas gracias. Retírense a sus cuartos, por favor; si
los necesito ya les requeriré -dijo el señor Juez-
Los vecinos, obedientemente, se fueron volviendo a sus cuartos...”
Camilo José Cela, La Colmena.

Introducción

El activismo de la justicia constitucional ha sido un concepto vinculado principalmente al desempeño de los tribunales estadounidenses. Luego, es también verdad, se fue generando un mayor interés por relacionarlo con el trabajo desarrollado por algunas cortes europeas. Sin embargo, el abordaje con respecto a otros países, como los latinoamericanos, ha sido bastante menor.

Durante mucho tiempo se aceptó que los jueces tenían un ámbito de acción distinto al de las otras instituciones públicas; sin embargo, en los últimos años esto se ha ido modificando. Se asiste a un progresivo desmantelamiento de aquella idea, hoy la visión del juez “boca de la ley”, aplicador mecánico de normas. En buena medida, ésto ocurre gracias al surgimiento de la justicia constitucional, que aleja al juez de las funciones mecánicas que desempeña. Este alejamiento ha contribuido a que se hayan ido instalando conceptos como judicialización de la política o activismo judicial.

Los tribunales constitucionales, con especial acento después de la Segunda Guerra Mundial, se han venido instaurando en casi todos los países con regímenes democráticos. La “moda” también llegó a América Latina. El establecimiento de estos órganos a partir de las décadas de los 70 y 80 coincide con el auge que anteriormente tuvieron en la Europa de la postguerra y, más importante aún, con el restablecimiento de las democracias electorales, luego de una larga etapa de autoritarismos, golpes de Estado y gobiernos militares.

Quienes se han ocupado del tema han coincidido en que hay dos países, al hilo de algunos fallos relevantes, Colombia y Costa Rica, en los cuales los tribunales constitucionales se fueron convirtiendo en actores políticos de primer orden. Han sido señalados, a veces para bien, a veces para mal, como tribunales activistas.

Este *paper* busca, sobre la base del marco conceptual que será sintetizado en el primer apartado, demostrar que los tribunales constitucionales de Colombia (1991) y Costa Rica (1989) no han ejercido un control de constitucionalidad activista. En consecuencia, muchas de las críticas, que también serán abordadas, no se corresponden con la realidad. Por último, se intentará explicar por qué razón, entonces, estos órganos son repetidamente acusados por sus excesos e hiperprotagonismo.

1. ACTIVISMO Y JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: ¿DE QUÉ SE ESTÁ HABLANDO?

Los jueces herederos de las tradiciones jurídicas romanistas, a diferencia de sus pares de influencia anglosajona, se distinguieron por un ejercicio de la judicatura bastante más discreto en términos de su incidencia política, de cara, por ejemplo, a los otros brazos del Estado. Señala Pásara (2010), luego de los procesos revolucionarios europeos del siglo XVIII, quedó anclada la teoría que entendió que el poder del Estado se divide en tres ramas. No obstante, esta noción fue configurando al aparato judicial como un ente apolítico, cuya apolitividad se garantizaba mediante el sometimiento textual y acrítico a las normas jurídicas expedidas por los otros poderes. Tal imagen del juez, creyendo ser apolítico y sin ideología, lo inmuniza de abordar los problemas de la sociedad de la que es parte, porque se sitúa como un simple aplicador de las reglas que le abastecen los poderes legislativo y ejecutivo (Martínez, 2009).

Cuando se habla de judicialización de la política o de activismo judicial, se está abordando un fenómeno que algunos autores (Tate, 1995; Guarnieri & Pederzoli, 2002) sitúan a partir de la Segunda Guerra Mundial, y que en resumen, responde a una serie de causas explicativas: la consolidación de estados de bienestar, el replanteamiento de teorías del derecho natural y de la existencia de principios superiores informadores de los ordenamientos jurídicos. Luego de casi dos siglos de prevalencia del pensamiento positivista más duro, el triunfo de Estados Unidos a nivel global como el modelo de super democracia –con particularidades que empezaron a llamar la atención, como la revisión judicial y la posición protagónica que tenían los jueces–, el resurgimiento de los tribunales constitucionales, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la aprobación de numerosos tratados internacionales en esta materia y la presión que diferentes organizaciones de derechos humanos han ejercido por su tutela y protección, son hechos que también ayudan a explicar este nuevo papel judicial.

Este fenómeno ha supuesto la aparición de temas de un hondo calado resolviéndose en la sede judicial, por ello, es visto como la ruptura, en palabras de Zaremba (2008), de un viejo y enquistado modelo de magistratura. En efecto, el prototipo de juez cambia en las últimas décadas. De Sousa y García (2001) resaltan que en este periodo se ha asistido a un aumento en la visibilidad del sistema judicial en prácticamente todo el mundo. Ello ha conducido, concluyen los autores, a un protagonismo cada vez mayor de los tribunales en la vida pública y en los medios de comunicación colectiva.

1.1. Judicialización de la política

De acuerdo a Pilar Domingo (2004), la judicialización de la política puede definirse siguiendo el análisis de cuatro niveles. En primer lugar, el aumento del impacto

de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales. En segundo lugar, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales. El tercer nivel, en un ámbito más discursivo, afirma la autora boliviana, se refiere a que en la opinión pública la legitimidad del Estado se construye cada vez más sobre la base de conceptos legales como *rule of law* o derechos fundamentales¹. Por último, la judicialización de la política supone también la utilización, que hacen ciertos grupos sociales, de los mecanismos legales para articular, a través de demandas judiciales, distintos intereses económicos, políticos o sociales.

Uprimny (2008pp. 81-82) indica que la judicialización de la política consiste en que “[...] ciertos asuntos que (...) habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces...”. El elemento clave es el desplazamiento hacia el poder judicial de algunos temas para que sean evaluados por los jueces. La judicialización de la política implica, en resumen, dar a las cortes un determinado papel de control sobre los otros órganos públicos y ser como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se ventilaban en el ámbito del poder legislativo o del ejecutivo. Este es un hecho generalizado en muchos países del mundo, cuyo ejemplo más claro en países sin fuerte tradición de modelos de *judicial review*, es la creación de cortes constitucionales (Fix, 2002). En el siguiente diagrama (figura 1) se sintetiza el desplazamiento de poderes que conlleva la judicialización de la política y cómo se manifiesta:

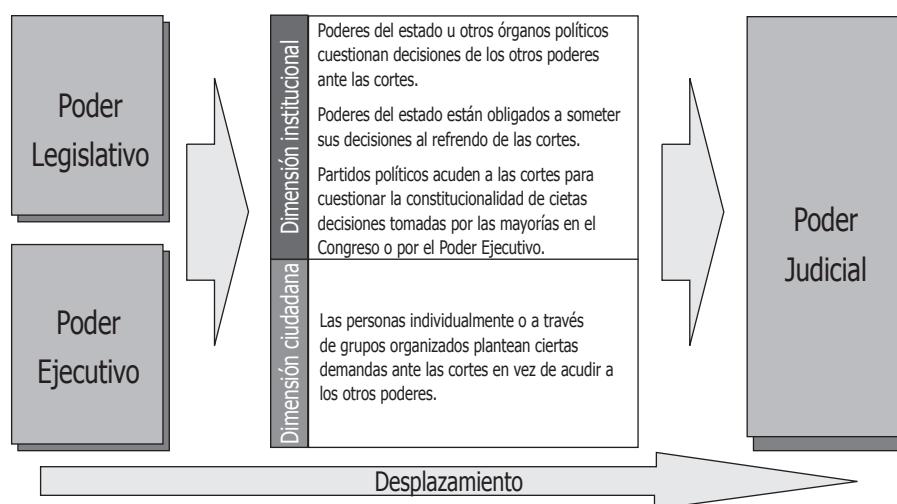


Figura 1. Judicialización de la política.

¹ Guillermo O'Donnell a esto lo llama “juridificación” y no judicialización. El matiz es oportuno en tanto estos discursos legales superan el ámbito judicial y se convierten en criterios legitimadores de la actuación estatal en general. Ver el análisis conclusivo que hace el recientemente fallecido profesor argentino a la obra de Sieder et al (2005). En igual dirección se pronuncia Nieto (2007).

El desplazamiento, puede concluirse, tiene fundamentalmente dos dimensiones. La primera de estas, que se llamará institucional, ocurre cuando algunas de las decisiones de los otros poderes del Estado pasan por el filtro del poder judicial. En esta dimensión habría que incluir los mecanismos que se crean, por ejemplo de justicia constitucional, para que los órganos estatales o partidos políticos puedan cuestionar las decisiones de los otros poderes ante jueces que las examinan; y también las decisiones que obligatoriamente, por mandato constitucional o legal, han de pasar por un examen jurisdiccional. La segunda dimensión, que se llamará dimensión ciudadana, se da cuando las personas, individualmente o por medio de grupos organizados, objetan también decisiones del Estado ante los jueces, o cuando articulan sus intereses a través de demandas que llevan ante las cortes, en distintas jurisdicciones, para que sean resueltas por la magistratura (Feoli, 2014).

1.2. Activismo judicial y selección de indicadores para el análisis

El activismo judicial, en cambio, atañe a una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos, mediando o no, la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del poder legislativo o del poder ejecutivo. Pese a no decirlo expresamente, Domingo (2007a) pareciera entender que judicialización de la política y activismo judicial no son lo mismo. Describiendo lo primero apostilla: “[...] la judicialización de la política requiere además que los jueces estén dispuestos a ejercer un papel más activo en términos de las consecuencias políticas y sociales de sus decisiones...”(p.159). No es suficiente el desplazamiento de funciones a los jueces, ni la concesión de más instrumentos de control en sus manos, ni articular un discurso legalista ante ellos. La judicialización de la política lleva a una redefinición de las relaciones entre los poderes; ahora bien, cómo influye en la sociedad, dependerá, amplía Domingo (2007b), de que haya jueces independientes, receptivos socialmente y dispuestos a ejercer un activismo judicial.

Todas las categorías que suelen citarse de activismo judicial, sostiene Young (2002), tienen algo en común: “[...] each judicial behavior (...) tends to increase the importance and freedom of action of the court making the present decision vis-à-vis the political branches, the Framers and ratifiers of the constitution, and the past and future courts...”(p. 1161). Los jueces se colocan frente a los otros poderes estatales e intervienen. Esta intervención no estaría sujeta a la voluntad del legislador, ni a la de las autoridades del ejecutivo, tampoco a la textualidad de una disposición normativa; ni siquiera a los precedentes jurisprudenciales de las propias cortes. La variedad de conductas que la literatura especializada ha denominado activismo judicial, sin embargo, dado los puntos en común, permite establecer una definición. Así, se propone en este trabajo el siguiente concepto de activismo judicial:

Activismo judicial es un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y con los otros órganos del Estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales. Hay, pues, un núcleo esencial referido a la delimitación interpretativa de los alcances de una norma jurídica, sin apegarse a su literalidad, y a ese núcleo pueden agregarse tanto la anulación de las decisiones adoptadas por otro órgano del Estado como la definición de políticas públicas por el propio juez.

El elemento nuclear del activismo judicial reside en que los jueces buscan imponer sus preferencias a los otros brazos del Estado, el *quid* descansa precisamente en que la visión judicial es la que prevalece a contramano de cualquiera otra.

Empero, existe un problema insoslayable que debe ser conjurado; con frecuencia quienes diagnostican el comportamiento activista o deferente de la judicatura no explicitan los criterios que fueron utilizados para estos diagnósticos (Cousu, 2004). Por lo dicho, es necesario establecer cuáles son los indicadores que permitirán definir cuándo se está en presencia de activismo judicial².

No obstante, esto no es posible porque, como se dijo al comienzo, el propósito de este *paper* descansa en examinar el desempeño de dos tribunales constitucionales, no encarar aquí el debate sobre el activismo judicial. Quienes se han arriesgado a proponer indicadores para analizar el comportamiento judicial, como no podría ser de otro modo, han debido recibir distintos cuestionamientos sobre la utilidad de sus propuestas (ver por ejemplo, la discusión entre Barak, 2006 y Courtis, 2004 sobre el planteamiento de Bradley Cannon). Sin embargo, esto no puede ser obstáculo para refrescar el estado de la cuestión y hacer nuevos ensayos que puedan, incluso, ajustarse mejor al contexto latinoamericano. Tampoco debe obviarse, como también se adelantó al comienzo, que el tema ha sido abordado tradicionalmente desde la perspectiva anglosajona. De allí la necesidad de actualizar el análisis para llevarlo a otras regiones e indagar así sobre el quehacer de la judicatura.

² Es lo que desde el punto de vista metodológico se denomina operacionalización de los conceptos. Una regla básica de cualquier investigación, incluidas las de las ciencias sociales, consiste en proporcionar la definición de los conceptos básicos que se han de utilizar. Es el camino que se sigue para simplificar y entender la complejidad de la realidad. La definición de un concepto obliga a seleccionar el objeto que se está estudiando e implica decidir qué propiedades de éste se van a investigar. Hay diferentes tipos de conceptos; muchos de ellos, por ejemplo, por ser conceptos teóricos o con un alto grado de abstracción, no son observables directamente. Por ello es necesario proceder a operacionalizarlos para su observación o para su medición. Medición quiere decir establecer criterios para su observación y clasificación de acuerdo con la presencia o ausencia de las propiedades que contenga cada concepto. Con el proceso de operacionalización se eligen uno o varios indicadores para cada variable. Es a través de los indicadores que se pueden observar y medir las variables, allí reside su trascendencia metodológica para cualquier investigación. (Anduiza Perea et al, 2009).

Tomando como base la definición sugerida en los párrafos anteriores, y apoyados en los desarrollos teóricos de varios de los autores consultados, es posible establecer una serie de supuestos según los cuales calificar una sentencia como activista.

1.2.1. Primer indicador: contestación a los actos de los otros poderes

El primer indicador de activismo judicial se llamará contestación a los actos de los otros poderes del Estado. En él lo que interesa especialmente es que los jueces revierten, más allá de las razones jurídicas que puedan esgrimirse, los actos de los otros poderes. La postura de la judicatura prevalece frente a las demás. Este posicionamiento, de cara a los otros actores políticos, asegura Young (2002), es probablemente la forma más simple de comprender el activismo judicial. El ejemplo típico sería la anulación de leyes y de otras disposiciones jurídicas mediante el control judicial de las normas.

1.2.2. Segundo indicador: reconocimiento o expansión de derechos

Al delimitar los alcances de las normas jurídicas, como se indica en la definición de activismo judicial que se sugirió, los jueces pueden establecer significados que no se encuentran en la literalidad de aquellas. En trabajos como los de Epp (1998) se asocia activismo judicial con el reconocimiento o la expansión de derechos que no aparecen en la textualidad de un precepto normativo. Por esta razón, se considera oportuno incluir el reconocimiento o expansión de derechos como segundo indicador.

1.2.3. Tercer indicador: uso de sentencias interpretativas

La sentencia constitucional, como la de cualquiera otra clase de procedimiento jurídico, es el acto por medio del cual se finaliza el proceso; en este caso, de control de constitucionalidad. Las sentencias pueden ser estimatorias y desestimatorias, las primeras acogen la demanda y las segundas la rechazan (Olano García, 2004). No obstante, esta división es muy simple, pues en la práctica los tribunales constitucionales, muchas veces, no solo se han limitado a acoger o a rechazar un recurso de inconstitucionalidad. Surgen así las llamadas sentencias interpretativas (Martínez Caballero, 2000).

Las sentencias interpretativas son aquellas en las que un tribunal constitucional modula los efectos de una disposición normativa examinada. Son sentencias en las que se estima la demanda, pero no se expulsa del ordenamiento jurídico la norma cuestionada, sino que a partir de un proceso hermenéutico, el juez constitucional echa mano a una serie de recursos interpretativos para, mediante ciertos ajustes, conservar la disposición normativa (Rubio Llorente y Jiménez Campo, 1997).

De acuerdo a Espinosa-Saldaña, este tipo de sentencias se divide en dos categorías: sentencia interpretativa propiamente dicha y sentencia interpretativa-manipulativa (Espinosa-Saldaña Barrera, 2009). La sentencia interpretativa propiamente dicha implica que entre varias interpretaciones posibles, el juez constitucional

se decanta por una y el resto lo juzga como inconstitucional. La sentencia interpretativa-manipulativa supone que el juez encuentra que dentro de la norma hay un contenido inconstitucional, y para resolverlo, decide incluir o excluir partes del texto en cuanto a su contenido o en cuanto a sus efectos temporales.

Posiblemente el rasgo decisivo de las sentencias interpretativas es que se supera la creencia de que el juez constitucional actúa, en una visión kelseniana –aunque debe decirse que Kelsen admitía la modulación temporal de las providencias de los tribunales constitucionales–, como legislador negativo. Es decir, que se limita a expulsar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales (Sánchez Sánchez, 2005).

Para Olano (2004), las sentencias interpretativas son la muestra más contundente de activismo judicial de parte de un tribunal constitucional. Con ellas manifiesta, el juez constitucional, que su papel no es simplemente el de expulsar normas del ordenamiento jurídico. Las sentencias interpretativas, escribe Sagües, son ejemplo del activismo judicial que “[...] transforma a un órgano represor, ‘legislador negativo’, en un cuasi legislador activo...” (2006, p. 201). Evidentemente un tribunal constitucional que utilice las sentencias interpretativas, en sus diversas modalidades, no estará haciendo, y por mucho, una interpretación literal de las normas. Se considera que las sentencias interpretativas ofrecen un mejor marco referencial para situar cuándo una corte se aleja de una aplicación textual. Por esta razón, el tercer indicador de activismo judicial propuesto es el uso de sentencias interpretativas.

1.2.4. Cuarto indicador: definición de políticas públicas

El siguiente indicador, a través del cual una sentencia judicial será categorizada como activista, es la definición de una política pública por parte del juez (Barak, 2006). Es necesario precisar de qué manera se entenderá en esta investigación el concepto política pública.

En los sistemas democráticos, recuerda Ferraro (2009), el Estado, y en particular la administración pública, está dirigido por autoridades que tienen la intención de “hacer algo”. Este “hacer algo” en términos ideales sería cumplir el programa con el que se ha ganado un proceso electoral. Normalmente se asocia política pública con las estrategias u acciones que implementan los gobiernos en su quehacer cotidiano para dar respuesta a una gran variedad de áreas, problemas y situaciones (Massé Narváe & Sandoval Forero, 1994). Aquí se entenderá simplemente como el conjunto de acciones o programas que el Estado procura ejecutar para lograr ciertos objetivos y cubrir ciertas necesidades en distintos ámbitos como salud, educación, cultura, seguridad, relaciones internacionales, etc. De esta forma, habrá definición de una política pública, por parte de un tribunal, cuando en sentencia se ordene a los otros poderes desarrollar acciones o programas, fijados por los jueces, tendientes a cubrir algunas de las necesidades de los ámbitos citados.

1.2.5. Quinto indicador: decisión *ultrapetita*

Puede entenderse también que una sentencia es activista cuando dentro del proceso, el juez no se restringe a las pretensiones de las partes, llegando, incluso, a gestionar pruebas o a decidir más allá de lo solicitado por los intervenientes (Parodi Remón, 2006).

Hay claramente una forma de activismo judicial, apunta Pásara (2007), cuando el juez resuelve más de lo que le ha sido planteado. Es la vieja causal civilista de nulidad “*ultrapetita*”, que aparece normalizada en ciertas decisiones de los tribunales. Al juez no solo le importa aplicar la ley, sino, además, hacer justicia. Por eso debe interesarse en asuntos que sobrepasan los términos que le han sido sometidos a su conocimiento. En procesos de control de constitucionalidad, un ejemplo sería cuando una corte al resolver no se resigna a declarar la inconstitucionalidad de una norma cuestionada, sino que extiende su declaratoria a otras, relacionadas, pero que no se encontraban dentro de las peticiones ni argumentaciones del recurrente.

Resumiendo, respecto al protagonismo judicial, que apunta la literatura especializada, se encuentran dos fenómenos distintos, aunque no es infrecuente que se les dé un tratamiento similar. Por un lado, está la judicialización de la política y por el otro, el activismo judicial. Se dirá que hay judicialización de la política si a un órgano judicial se le han dado prerrogativas de control sobre las decisiones de los otros poderes públicos o cuando las cortes son buscadas para dirimir conflictos que antes se resolvían en el ámbito de los otros órganos estatales. El activismo judicial es un tipo de comportamiento del juez.

La operacionalización del concepto activismo judicial puede sintetizarse diciendo que una decisión judicial es activista cuando contesta los actos de los poderes, reconoce o expande derechos, utiliza sentencias interpretativas para que prevalezca una forma de entender las normas, cuando define una política pública –o corrige u orienta la de algún órgano estatal- o si al resolver no se limita al criterio de las partes sino que, por contrario, toma decisiones más allá de lo pedido.

Habría que decir que el concepto de activismo judicial es lo que Colliery Mahon (1993) denominan un concepto radial. Los conceptos radiales, en oposición a los conceptos clásicos, no poseen un núcleo invariable y rígido de características indispensables. Para efectos de un análisis empírico podrían faltar una o más características que se incluyen en la definición paradigmática. Al realizar una revisión empírica, uno o algunos de sus elementos podrían no estar presentes, lo cual de ningún modo sería obstáculo para considerar que haya activismo judicial³. Lo anterior significa que

³ Un ejemplo para ilustrar el concepto radial es una tarta de cumpleaños, la cual se reconoce como tal aunque le falte una rebanada. Concepto clásico sería democracia. De acuerdo a Dahl (1989) la democracia debe poseer ocho condiciones -libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, derecho de los líderes políticos a buscar apoyo, diversidad de fuentes de información, elecciones libres e imparciales y, finalmente, instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y las otras formas de manifestación-. Si faltase una de esas condiciones no podría ya hablarse de democracia,

éste es una sucesión de comportamientos realizados por el juez que se acercan, más o menos, al concepto propuesto.

2. COLOMBIA Y COSTA RICA: CORTES SUPER PODEROSAS

En Colombia, la Corte Constitucional es fruto del proceso constituyente de 1991. En Costa Rica, mediante la ley número 7128 de 1989 se modificaron los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política. Con la reforma se creó una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia para conocer y declarar la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público.

La Sala Constitucional pertenece al poder judicial y forma, junto a otras tres Salas de Casación, la Corte Plena. La Corte Constitucional, a la par de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, integra la rama judicial, sin embargo, goza de independencia organizativa y no depende de ningún otro órgano ni administrativa, ni jurisdiccionalmente.

2.1. Diseño institucional

La Corte Constitucional está integrada por nueve magistrados escogidos por el Senado de ternas provenientes de la Presidencia de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. El periodo para el ejercicio del cargo es de ocho años, sin posibilidad de reelección (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 239). A la Sala Constitucional la forman siete magistrados elegidos por la Asamblea Legislativa, con posibilidad de reelección indefinida (Ley 7135 del 11 de octubre de 1989 –en adelante Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica–, artículo 4).

En relación al control de constitucionalidad, la Corte colombiana ha recibido el encargo de examinar las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra leyes, contra las reformas a la Constitución o contra los decretos con fuerza de ley emitidos por el poder ejecutivo⁴ y las objeciones presidenciales a proyectos de ley discutidos en el Congreso. De oficio, le corresponde examinar los proyectos de leyes estatutarias, la convocatoria a referendo, la expedición de decretos de emergencia del poder ejecutivo, así como la aprobación de tratados internacionales (Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 212 y 215).

La Sala costarricense, por su parte, conoce de las acciones de inconstitucionalidad presentadas contra leyes, reformas constitucionales por vicios en el procedimiento, decretos del poder ejecutivo y cualquiera otra norma administrativa, de las

cada condición es imprescindible que esté. Un concepto radial, en cambio, es *accountability* horizontal que supone la existencia de un deber de dar información, justificar ciertos actos y/o recibir sanciones en caso de conductas impropias. Con que se de uno de esos tres supuestos se podría hablar de formas de rendición de cuentas (Schedler, et al: 1999).

⁴ Los decretos con fuerza de ley son autorizados por el poder legislativo para ser proferidos por el presidente de la República, Ver: Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 150, numeral 10. 1.

consultas de constitucionalidad que realice un juez y de las consultas de constitucionalidad que realicen los legisladores. De oficio, deberá pronunciarse sobre proyectos de reforma constitucional, reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la aprobación de tratados internacionales⁵. Los tribunales ejercen funciones de control *a priori* y *a posteriori* (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 73)⁶.

En las demandas de inconstitucionalidad, tratándose de Colombia, se encuentra legitimado para participar cualquier ciudadano colombiano, quien puede incoarlas o coadyuvarlas, cumpliendo los requisitos formales de interposición. El Defensor del Pueblo está facultado expresamente para impugnar ante la Corte Constitucional, de oficio o a solicitud de parte, normas que violen o lesionen derechos fundamentales. No se exigen reglas sacramentales pues, al ser una acción ciudadana, se piden unos requisitos mínimos a partir de los cuales se pueda generar el debate constitucional sobre la validez de las leyes acusadas (Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 242 y 243 y Decreto 2067 de Colombia de 1991, artículo 2).

En Costa Rica, el principal requisito para instruir la acción de inconstitucionalidad es la existencia de un proceso pendiente en el que se esté discutiendo la aplicación de la norma cuestionada. Cualquier persona que tenga un proceso judicial o administrativo, incluso uno ante la propia Sala Constitucional, a través del amparo o *hábeas corpus*, puede presentar la acción. Existen algunos funcionarios que pueden acudir al tribunal eximiéndoseles de cumplir tal requisito, son el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República. También se encuentran dos supuestos en los que no es necesario el asunto previo, cuando por la naturaleza del asunto no haya lesión directa o individual, o cuando se traten de intereses de la colectividad, lo que le corresponderá, en cualquier caso, valorar a la Sala (Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 75).

El efecto de las sentencias se refiere a quiénes afecta la decisión del juez constitucional. Según el texto constitucional colombiano, las resoluciones de la Corte “[...] hacen tránsito a cosa juzgada constitucional...” (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 243). La consecuencia de esa declaración es que las autoridades quedan obligadas a acatar el pronunciamiento jurisdiccional en el que un acto jurídico se declara inconstitucional –inexequible, según la terminología de la legislación

⁵ Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículo 2.

⁶ Se incluyen aquí únicamente los procesos en los que los tribunales estudiados ejercen el control de constitucionalidad de las normas. No se describirán los procesos de protección de derechos fundamentales, por exceder los límites de la investigación, que también conocen la Corte Constitucional y la Sala Constitucional: la acción de tutela y el recurso de amparo –y el recurso de *hábeas corpus*– respectivamente. La principal característica del recurso de amparo de Costa Rica y de la acción de tutela de Colombia reside en que se trata de dos mecanismos de carácter constitucional creados para proteger los derechos fundamentales de las personas. En rigor, representan expresiones particulares de un instituto jurídico presente en muchos ordenamientos. Lo importante es subrayar que con estas figuras las personas son habilitadas para recurrir directamente a las instancias judiciales a reclamar el cumplimiento de aquello que el Estado, a través de la Constitución Política, garantiza. Sobre el recurso de amparo y la acción de tutela ver: Osuna Patiño (1998), Hernández Ramos (2008) y Cruz Villalón et al (1992).

colombiana-. Las sentencias que dicte la Corte Constitucional producto del examen de constitucionalidad de las normas legales serán de acatamiento obligatorio —efecto *erga omnes*— solo en su parte resolutiva⁷. Empero, los razonamientos esgrimidos por los jueces constitucionales constituirán un criterio auxiliar para la actividad jurisdiccional y para la aplicación de las normas de derecho en general.

A diferencia de la Corte de Colombia, las sentencias de la Sala Constitucional no plantean diferenciación alguna sobre sus efectos. Según lo define el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, las resoluciones que dicte son vinculantes *erga omnes*, de acatamiento obligatorio general, dice la norma, salvo para la propia Sala que puede variar sus posiciones. Empero, cabría una excepción relativa: en las consultas legislativas el pronunciamiento es vinculante solo por errores en el procedimiento (Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, artículos 97-101).

2.2. Valoración doctrinal de la justicia constitucional en Colombia y Costa Rica

Con el retrato de los procesos que se ventilan en la Corte Constitucional y en la Sala Constitucional, los sujetos legitimados para iniciarlos y los efectos de las sentencias que profieren, se sabe qué hacen los tribunales estudiados. El siguiente paso conduce a revisar los balances que, tras poco más de veinte años de existencia institucional, se han ido realizando acerca de su desempeño. En este acápite se presentarán los principales aportes que han hecho diferentes autores –sobre todo dentro de Colombia y Costa Rica– al momento de evaluar a ambas cámaras.

Lo que primero salta a la vista es la enorme cantidad de asuntos que anualmente se dilucidan ante la Corte Constitucional y la Sala Constitucional. Desde 1992 hasta 2011 en Colombia, se habían dictado cerca de 19.000 sentencias; en Costa Rica, en el periodo de 1989 a 2011, alrededor de 200.000 resoluciones (Wilson, 2009). Esto, unido a la celeridad con que la mayoría de expedientes son resueltos, habla de un intenso ritmo de trabajo (Osuna Patiño, 2003). Otro aspecto, también general, es que ambas cámaras cuentan con amplias facultades. Sus competencias, algunas de oficio, les permiten controlar actos emanados de los otros poderes del Estado (Feoli, 2011). El trabajo realizado ha estado lleno de alabanzas y, al mismo tiempo, de cuestionamientos. Lo llamativo es que desde dos diferentes trincheras, Colombia y Costa Rica, exista similitud en lo que se dice de uno y de otro tribunal constitucional.

Las dos principales virtudes recogidas por los autores son, por un lado, que la Corte Constitucional y la Sala Constitucional revolucionaron el valor de la juris-

⁷ En cambio, las resoluciones adoptadas en un proceso de acción de tutela tienen carácter obligatorio solo *inter partes*. Igualmente, la motivación debe ser tomada como un criterio auxiliar de interpretación, ver: Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia, número 270 de 1996, artículo 48 y Decreto 2067 de Colombia de 1991, artículos 21 y 23.

prudencia y, en consecuencia, variaron el involucramiento de la judicatura, o al menos de una parte de ella, en los grandes temas de la sociedad. Hay una reivindicación del rol judicial. Se apostó por un espíritu antiformalista que favorece una interpretación amplia de las cláusulas constitucionales. La orientación estaría dirigida más hacia valores materiales que a principios formales (Escobar Gil, 2004).

Por otro lado, el segundo gran mérito de los tribunales estudiados, está en que el repositionamiento de la justicia constitucional y el valor que se le dio a su jurisprudencia encaminó a una recolocación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. Aquellos dejaron de ser entendidos como principios o valores difusos. Su protección y su tutela encontraron una nueva sede donde reclamarlos (Fajardo Sánchez, 2010).

Empero, a la par, se señala un abuso de las competencias de la Corte y de la Sala que ha llevado a un desorden institucional, lo que O'Donnell (2001) llamó la parálisis decisoria, sin que hasta el momento se avizoren límites que puedan zanjarlo (Molina Betancur, 2002 y Solís Fallas, 1999). El cambio desatado a partir de la actuación de la Corte Constitucional, ha impulsado que se promuevan reformas para delimitar, con mayor precisión, el alcance de sus competencias (Vallejo Mejía, 2001). La misma experiencia es posible encontrar en la Sala Constitucional, donde en algunos momentos –sobre todo al calor de decisiones que generaron molestia entre algunos sectores– se han fomentado reformas. El inconveniente, como editorializaba *La Nación*, influyente periódico costarricense, es que las propuestas se han lanzado “a golpe de tambor” y con un claro tamiz revanchista (Diario *La Nación*, 2011). No obstante, a pesar de las reacciones y los planes de reforma, ellos no han pasado de ser solo una idea presente en el pensamiento político costarricense y colombiano. Se habla con frecuencia del tema. Sin embargo, a la fecha ninguno lo ha cristalizado.

Los cuestionamientos vienen de diferentes sectores (Molina Betancur, 2002). En relación a la Corte Constitucional, proceden, por ejemplo, de actores económicos que han criticado las sentencias que afectan a la macroeconomía, y de grupos conservadores que hacen lo mismo con sentencias como la de la despenalización del aborto o la de la laicidad del Estado (Sierra Cadena, 2009).

En lo que respecta a los fallos en materia económica, algunas voces discuten acerca de los trastornos que causan las sentencias en este tema y los costes que ellas pueden suponer para el Estado. Si los recursos son escasos, se argumenta, priorizar su destino, dado que siempre habrá rubros que no podrán satisfacerse por entero, es una decisión que corresponde a las instituciones creadas para encargarse de esto, la judicatura no debería ser una de ellas (Clavijo, 2001). Serán las clases medias, termina el autor, las que deberán asumir decisiones que no fueron correctamente calibradas porque se expedieron por quienes no estaban capacitados para ello.

También se ha reclamado que en los estados de excepción, a diferencia de la antigua Corte Suprema a la que correspondía revisar estos decretos, la Corte se haya arrogado la potestad de controlar la forma y el fondo de la declaración. Aunque la opinión más extendida es que el control de la Corte “[...] ha significado un notable avance en la limitación a los abusos de poder del ejecutivo...” (Osuna Patiño, 2003, p. 52), también hay quienes discrepan. Se asevera que, por tratarse de un acto discrecional, el poder ejecutivo debería contar con mayores márgenes de actuación y la Corte limitarse a verificar el cumplimiento de los requisitos formales. De lo contrario, se dice, se entorpece la gestión del poder del Estado que en ciertas circunstancias debe actuar con prontitud de acuerdo a su propio criterio, sin que las posiciones de otros órganos, en cuanto a la valoración material de la decisión, debieran influir (Molina Betancur, 2002).

Cuando el escrutinio se plantea sobre la Sala Constitucional, las objeciones son similares a las dirigidas contra la Corte colombiana. Uno de los reclamos que cotidianamente se formula al trabajo de la Sala Constitucional, sino el que más, es el de la invasión competencial. Arrebata, arguyen los detractores, las competencias de otros órganos del Estado y lesiona, de paso, el principio democrático de separación de poderes. Para Barker, en la Sala Constitucional es posible emular la famosa frase del juez Charles Evans Hughes que afirma que la Constitución es lo que los jueces dicen que es: “[...] such an assertion would be implausible in many civil law countries, but in Costa Rica, despite its civil law tradition, the constitution today is what the Constitutional Chamber says it is...” (Barker, 2007, p. 528).

El coste económico de algunas decisiones del tribunal costarricense ha sido puesto sobre la mesa del debate. Para Mayorga (2010), la Sala Constitucional se ha vuelto un peligro, pues microadministra, sin medir el impacto económico sobre las políticas generales.

Otra de las críticas estriba en la supuesta ineficacia por el incumplimiento de algunos de los pronunciamientos de la Sala Constitucional. En opinión de Espinoza y Ramírez (2001), los inconvenientes para la ejecución de las órdenes constitucionales se originan en las propias condiciones orgánicas y funcionales, que no crearon estructuras que facilitaran la verificación del cumplimiento de las decisiones del tribunal. En paralelo, le atribuyen a la misma Sala Constitucional un desinterés por controlar el acatamiento de las órdenes que profiere.

Al evaluar el desempeño de la Corte Constitucional y de la Sala Constitucional se muestran elementos comunes. Por una parte, una protección de los derechos fundamentales y un mayor control sobre el ejercicio del poder que ejercen otros actores políticos gracias al surgimiento de estos órganos. Por otra parte, un interrogante acerca de si en la protección y el control se ha producido un exceso que ha hecho que lo que prevalezca sea la posición de los tribunales, por encima de las decisiones que otros órganos también, jurídica y políticamente, deben tomar.

3. EL ACTIVISMO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA SALA CONSTITUCIONAL

A partir del concepto de activismo judicial, interesa ahora plantear una pregunta: ¿son ejemplo de activismo judicial los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica?

3.1. Diseño metodológico

Será esta variable –el activismo judicial– desde la cual se describirá el desempeño de los tribunales estudiados. Se realizó un estudio de las resoluciones en materia de control de constitucionalidad, según las competencias asignadas a cada tribunal.

3.1.1. El periodo seleccionado

En esta investigación, la unidad de análisis fue los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica dentro de un periodo histórico que comienza con la creación de ambas cámaras, en 1991 y 1989 respectivamente, y se extendió hasta el año 2010⁸. Se tomó como punto de cierre el año 2010 porque hasta allí se encontraron, al momento de iniciar el estudio de la jurisprudencia, los datos sistematizados sobre los dos tribunales.

3.1.2. Muestra e indicadores

Se extrajo una muestra de un 10 % de las sentencias de control de constitucionalidad. El universo de resoluciones de la Corte Constitucional es de 5018 (tomado de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria); y el de la Sala Constitucional, de 9338 (tomado de www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/estadisticas.htm). De acuerdo con los sitios web, el número de pronunciamientos por control de constitucionalidad distribuidos por año –demandas de constitucionalidad, objeciones presidenciales, revisión de tratados y revisión de decretos de emergencia, en Colombia y acciones de constitucionalidad, consultas legislativas, consultas judiciales y revisión de tratados, en Costa Rica–se puede apreciar en la tabla 1:

Tabla 1. Número de sentencias de constitucionalidad por año.

Año	Corte Constitucional	Sala Constitucional
1989	–	56
1990	–	343
1991	–	479
1992	52	494
1993	204	485
1994	222	439
1995	227	477

⁸ En el caso colombiano, el estudio inicia en 1992 puesto que, aunque fue creada en la Asamblea Constituyente de 1991, la Corte Constitucional comenzó oficialmente sus funciones unos meses después, en febrero de 1992. En: Sáchica Méndez (2011).

Año	Corte Constitucional	Sala Constitucional
1996	347	536
1997	305	565
1998	240	586
1999	288	630
2000	396	602
2001	368	563
2002	340	296
2003	338	364
2004	327	382
2005	261	381
2006	248	284
2007	204	292
2008	260	361
2009	209	352
2010	182	371

Así, se han elegido aleatoriamente 502 pronunciamientos del tribunal colombiano y 933 del tribunal costarricense distribuidos proporcionalmente entre todos los años correspondientes al estudio. Los fallos se han extraído de las plataformas electrónicas institucionales respectivas. Se han utilizado las listas completas de resoluciones por año y la selección se hizo tomando la primera sentencia de cada una y luego una por cada diez hasta completar el 10% anual. En la selección de la muestra únicamente se contabilizaron los pronunciamientos de control de constitucionalidad, de acuerdo al orden en que aparecieron en los buscadores de las páginas web. Una vez seleccionada la muestra se procedió a hacer una lectura pormenorizada de cada resolución, de esta forma se ubicaron aquellas sentencias en las que se encontró al menos uno de los indicadores propuestos de activismo judicial.

Según sea la variable en estudio, la unidad de observación sufre modificaciones; para la determinación de activismo judicial importa detectar la presencia de alguno de los cinco indicadores con arreglo al concepto expuesto. Como fue advertido ya, se entenderá que una sentencia es activista cuando se esté en presencia de, al menos, uno de estos indicadores:

1. Contestación o confirmación de los actos de los otros poderes.
2. Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas.
3. Utilización de sentencias interpretativas.
4. Definición de una política pública.
5. Decisión *ultrapetita*.

3.2. Tribunales constitucionales de Colombia y Costa Rica: aproximación empírica al activismo judicial

Un primer hecho, como se adelantaba, que debe subrayarse es la cantidad de expedientes que anualmente conocen la Corte Constitucional colombiana y la Sala Constitucional costarricense. En Costa Rica, de 1989 a 2010, se tramitaron, según los datos reportados por la propia Sala, 231.824 causas. De ellas, 196.835 fueron recursos de amparo, 25.651 recursos de *hábeas corpus* y el resto, 9.338, procedimientos de control de constitucionalidad (www.poder-judicial.go.cr consulta realizada el 21 de enero de 2012).

Aunque como se ve en la tabla 1, con datos relativos al control de constitucionalidad que es el que se investiga aquí, los números revelan variaciones entre los distintos años, es cierto también que son altos en términos generales, siendo el año 1999 el que presenta un mayor número de procesos de control de constitucionalidad -630- y el año 1989 el menor -56-, el siguiente año es 2007 con 292-.

En relación a la Corte Constitucional de Colombia, la situación en cuanto al porcentaje de procedimientos de constitucionalidad respecto a las acciones de tutela, si bien algo menor, es similar a la de la Sala Constitucional. Los números totales indican que se tramitaron 5.018 procedimientos de control de constitucionalidad y 13.647 acciones de tutela. El año en que se registró el mayor número de asuntos de control constitucional fue el 2000 -396- y el menor 1992 -52-. También aquí debe advertirse una alta demanda por parte de la ciudadanía hacia la jurisdicción constitucional colombiana (www.corteconstitucional.gov.co/relatoria consulta realizada el 24 de enero de 2012).

Aunque el grueso de la carga de trabajo de cada tribunal corresponde a acciones de tutela y recursos de amparo, las cifras por procedimientos de control de constitucionalidad son elevadas, incluso si se comparan con otros tribunales constitucionales latinoamericanos⁹. De otro lado, no puede olvidarse que, históricamente,

⁹ Por ejemplo, en el periodo 1995 a 2004, la Sala Constitucional de El Salvador conoció solo 146 procesos de control de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional de Perú, entre los años 1996 y 2012, tramitó 402 procesos de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de México, que a mediados de la década de 1990 impulsó una reforma a su justicia constitucional, recibe, desde 1996, un promedio de 60 acciones de inconstitucionalidad por año. La Corte Constitucional de Guatemala resolvió, entre 2006 y marzo de 2012, 368 recursos de inconstitucionalidad, unos 55 cada año. Finalmente, el caso chileno, de 1981 a 2006 el número de asuntos que ingresó anualmente al Tribunal Constitucional llegó con dificultad a 40 –aunque debe decirse que esa cifra ha comenzado a igualarse a las de Colombia y de Costa Rica; desde la reforma de 2005, mediante la cual se concedieron nuevas competencias de control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional de Chile ha experimentado un crecimiento notable en las causas que ingresan cada año; ha pasado de recibir 40 gestiones de constitucionalidad a tramitar 236 en 2006, 320 en 2007, 276 en 2008 y 289 en 2009-. Los datos fueron obtenidos de los portales electrónicos de los tribunales citados respectivamente: www.csj.gob.sv, www.tc.gob.pe, www.scjn.gob.mx, www.cc.gob.gt y www.tribunalconstitucional.cl, consultas realizadas el 13 de mayo de 2012. Se intentó recopilar los datos de otros tribunales constitucionales de la región, sin embargo en los sitios web consultados no se tenía ninguna información sobre estadísticas anuales –Bolivia, Honduras, Paraguay, República Dominicana- o la información era apenas parcial –Nicaragua, Uruguay y Ecuador-.

la función principal de los tribunales constitucionales inspirados en el sistema austriaco es el control de constitucionalidad de las normas. Indagar sobre este aspecto permitirá conocer el desempeño de las cámaras estudiadas en lo que supone, repítase a riesgo de ser reiterativo, la competencia que dio origen a la justicia constitucional del modelo concentrado.

Aclarado lo anterior, puede afirmarse, en suma, que los canales de acceso a ambas cámaras han permitido una activa y sostenida participación ciudadana desde la creación de la Corte Constitucional y la Sala Constitucional. Los años con menor ingreso de asuntos coinciden, casualmente, con los años de su nacimiento. Es posible deducir que, en ese momento, al no existir todavía conciencia sobre los alcances de la nueva justicia constitucional de cada país, el número de procedimientos por control de constitucionalidad en los primeros meses fuera más bien bajo. Lo destacable, sin embargo, es que una vez pasado ese periodo los tribunales se consolidaron y se disparó su producción jurídica.

3.2.1. Tipo de activismo

Al revisar las sentencias, un dato que merece ser recalado es la variedad de temas que fueron conocidos por los tribunales constitucionales. Es posible encontrar resoluciones que decidieron sobre aspectos de una enorme trascendencia, como la reelección presidencial¹⁰ y la laicidad del Estado¹¹, en Colombia; o como la aplicación de las técnicas de fertilización *in vitro*¹² y la apertura del monopolio de las telecomunicaciones en Costa Rica¹³; hasta otros con poca o ninguna relevancia, en términos sociales o políticos.

¹⁰ Sentencia 1040/05 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹¹ Sentencia 027/93 de la Corte Constitucional de Colombia. Se conoció una demanda de inconstitucionalidad contra la ley que aprobó un Concordato entre Colombia y la Santa Sede. La Corte consideró que varios aspectos del tratado suponían una violación al principio de laicidad y de la visión que la carta magna dispone sobre el Estado Social y Democrático de Derecho. Se establecían una serie de potestades y ventajas a la Iglesia Católica incompatibles con aquellos. De esta forma, se declararon inconstitucionales varias normas, por ejemplo la participación de la Iglesia en la definición de políticas de comunidades indígenas, los aportes económicos del Estado a los colegios católicos, la existencia de una vicaría castrense, la inclusión en los planes educativos de una asignatura de religión católica y no de otras denominaciones religiosas, etc.

¹² Sentencia 2306/00 de la Sala Constitucional de Costa Rica. En dicho pronunciamiento, se cuestionó que un reglamento, aprobado por el poder ejecutivo para regular esta técnica, al no asegurar el embarazo de la paciente suponía una violación al derecho a la vida. De acuerdo con los magistrados, la vida humana se entiende protegida desde el momento mismo de la concepción, con lo cual el uso de embriones implicaba una instrumentalización de la vida, contra los principios de dignidad humana y protección de la vida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por cierto, luego ordenó al Estado costarricense reinstaurar dicha técnica, ver: www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf, consulta realizada 13 de agosto de 2012.

¹³ Sentencia 4569/08 de la Sala Constitucional de Costa Rica. A finales de la década de 1940 se creó el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) que dio al desarrollo de las telecomunicaciones en Costa Rica un impulso significativo. Con los años, se fue cuestionando la capacidad que tendría la institución para seguir brindando servicios de calidad. En agosto de 2008 se aprobó una nueva ley que definió una regulación, hasta entonces desconocida en Costa Rica, que permitía la incursión en el mercado de telecomunicaciones de nuevos competidores. De esta forma, el servicio no se privatizó, sino que se permitió al Estado competir junto con otros oferentes privados. La apertura de telecomunicaciones en Costa Rica se dio como consecuencia de los compromisos adquiridos, al firmar el “Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos” (CAFTA por sus siglas en inglés), suscrito el 5 de agosto del 2004. La Sala, en la sentencia mencionada, avaló la apertura de las telecomunicaciones.

La cantidad de asuntos permite desde ahora derivar una primera conclusión. El número de expedientes que se recibieron anualmente, tras dos décadas de existencia, retrata a dos instancias que se convirtieron en espacios que los ciudadanos vieron como una ventana de oportunidad para articular demandas, a través del control de constitucionalidad de las normas, sobre, como se comentó, una gran variedad de cuestiones.

3.2.2. Resultados generales

Aplicados los indicadores de activismo judicial a las 502 sentencias de la Corte Constitucional de Colombia el resultado revela que en el periodo comprendido entre los años 1992 y 2010, 157 de ellas pueden ser calificadas como resoluciones activistas y 345 como no activistas. Los números llaman la atención porque, a diferencia de lo que han advertido algunos críticos de la Corte, como, más de dos terceras partes de la muestra fueron resoluciones deferentes a la voluntad de los otros poderes del Estado. Dicho de modo distinto, solo en un 32% de las 502 resoluciones se contestaron actos del poder ejecutivo o del poder legislativo, se reconocieron o expandieron derechos, se utilizaron sentencias interpretativas, se definieron políticas públicas o se concedió más de lo pedido por los demandantes, tal como lo representa la figura 2:

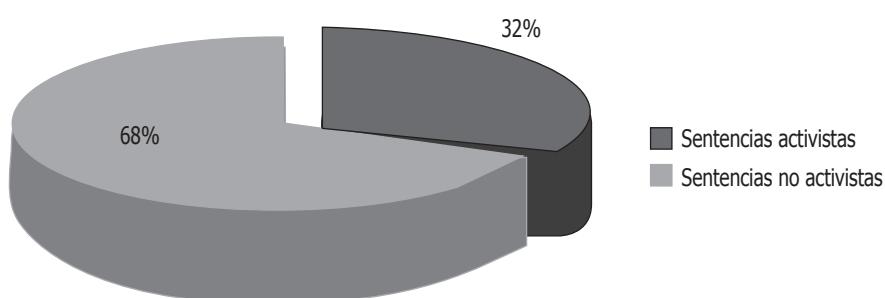


Figura 2. Activismo judicial y control de constitucionalidad de la Corte Constitucional de Colombia, entre 1992 y 2010.

Más llamativos todavía, son los datos obtenidos, al seguir idéntico análisis, en cuanto a la Sala Constitucional de Costa Rica. De las 933 sentencias revisadas, solamente 167 pudieron ser calificadas como activistas, las otras 766 fueron sentencias no activistas. Las cifras indican, entonces, que entre los años 1989 y 2010, apenas el 18% de las resoluciones son sentencias activistas, frente al 82% que no lo son. Aquí la relación es más contundente que en el caso colombiano: menos de la cuarta parte del universo de sentencias examinadas ha sido categorizada como activista, tal como lo muestra la figura 3:

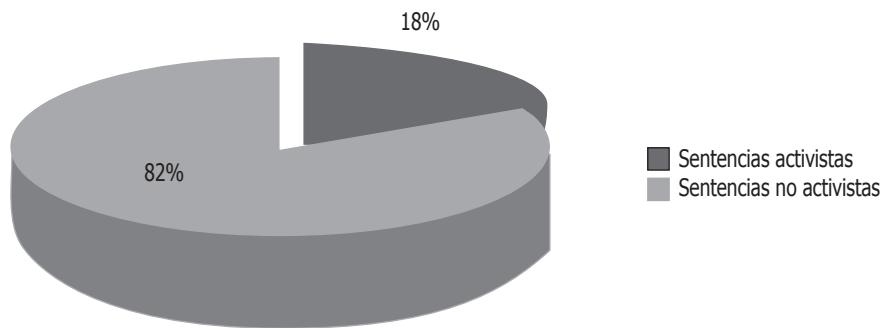


Figura 3. Activismo judicial y control de constitucionalidad de la Sala Constitucional de Costa Rica entre 1989 y 2010.

Los resultados, se comentaba, son más sorprendentes en el caso costarricense porque muestran un activismo judicial menor aún que el del caso colombiano. Pero sobre todo porque los reproches han sido prácticamente los mismos para ambos tribunales, acusados en repetidas ocasiones de un hiperprotagonismo. Las cifras, entonces, empujarían el debate hacia un nuevo interrogante: saber si ese exceso de protagonismo, de existir, significa activismo judicial en los términos propuestos. El análisis que sigue se centra en lo que, posiblemente, constituye el aspecto más interesante –incluso más que el resultado de la relación sentencias activistas *versus* no activistas: determinar cuáles indicadores y cuáles combinaciones fueron identificados entre las 157 resoluciones activistas del tribunal suramericano y entre las 167 del tribunal centroamericano.

En relación con el primer punto, se tiene que el indicador de activismo judicial que más estuvo presente en los pronunciamientos de la Corte Constitucional fue el tercero, *utilización de sentencias interpretativas*, localizado en 103 resoluciones. El siguiente indicador encontrado en un mayor número de ocasiones fue el primero, *contestación de actos de los otros poderes del Estado*, el cual se registró en 67 fallos. Luego, con una diferencia significativa en proporción a los dos anteriores, se ubicaron los indicadores *reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas*, el cual fue contabilizado 17 veces, la *decisión ultrapetita* en ocho sentencias y, por último, la *definición de una política pública* en solo tres. En el tribunal de Costa Rica, el orden de los indicadores se repite, salvo los dos primeros, aunque como es lógico, con diferencias en la cantidades. De este modo, el indicador que más se registró fue *contestación de actos de los otros poderes del Estado*, en 103 resoluciones. Despues, contado 82 veces, se ubicó el indicador *utilización de sentencias interpretativas*. Los otros 3 indicadores, al igual que en la Corte Constitucional de Colombia, fueron respectivamente *reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas*, el cual se encontró en 28 sentencias, *decisión ultrapetita*, observado en 20 ocasiones y *definición de una política pública*, detectado apenas en uno de los pronunciamientos. Al respecto, puede verse la tabla 2:

LAS CORTES SUPER PODEROSAS: ¿ACTIVISMO O VISIBILIDAD?

Tabla 2. Presencia de indicadores de la Corte Constitucional de Colombia y de la Sala Constitucional de Costa Rica.

	Contestación	Derechos	Sentencia interpretativa	Política Pública	Ultrapetita
Cantidad de sentencias Corte Constitucional de Colombia	67	17	103	3	8
Cantidad de sentencias Sala Constitucional de Costa Rica	103	28	82	1	21

La sumatoria de los indicadores de cada tribunal supera la cifra de las sentencias calificadas como activistas, 157 en Colombia y 167 en Costa Rica. Esto, como puede deducirse, obedece a que en varias de las resoluciones se encontraron dos o más indicadores. Al examinar las sentencias activistas, se identificaron decisiones en las que únicamente estuvo presente uno de los cinco indicadores. En la mayoría de los pronunciamientos ocurrió de esta manera, 119 en Colombia y 112 en Costa Rica. El resto registró varios tipos de combinaciones. En las resoluciones colombianas y en las costarricenses fueron observados ocho. Las combinaciones se detallan a continuación en la tabla 3:

Tabla 3. Combinación de indicadores de la Corte Constitucional de Colombia.

Indicadores ¹	1 y 2	1 y 3	1 y 5	1, 2, 3 y 4	2 y 3	3 y 4	3 y 5	1, 3 y 5
Sentencias	1	11	4	1	15	2	3	1

¹ La numeración de las tablas 3 y 4 respeta el orden seguido a lo largo del artículo para identificar cada indicador. Para no generar confusión en su lectura se recuerdan nuevamente: 1. Contestación de los actos de los otros poderes. 2. Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas. 3. Utilización de sentencias interpretativas. 4. Definición de una política pública. 5. Decisión *ultrapetita*.

Para la Corte Constitucional de Colombia, se tiene que en una sentencia hubo contestación de actos de otros poderes del Estado y reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas. En once, contestación y utilización de sentencias interpretativas. Asimismo, ese primer indicador estuvo acompañado de decisión ultrapetita en cuatro ocasiones y de reconocimiento o expansión de derechos, sentencia interpretativa y definición de una política pública en una de las sentencias revisadas. En cuanto al segundo indicador, reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas, en quince de los pronunciamientos del tribunal suramericano estuvo junto a utilización de sentencias interpretativas. Finalmente, se contabilizaron dos sentencias interpretativas, tercer indicador, en las que se definió una política pública, tres en las que se concedió más de lo pedido por el demandante, esto es, decisión ultrapetita, y una en la que se contestó un acto de otro poder, se reconocieron o ampliaron derechos y se fue más allá de la pretensión de la parte. Al analizar, de otro lado, los 55 fallos de la Sala Constitucional del Tribunal de Costa Rica en los que se presentaron dos o más indicadores, simultáneamente,

hubo también ocho combinaciones. Las combinaciones se muestran en la tabla 4 de la siguiente manera:

Tabla 4. Combinación de indicadores de la Sala Constitucional de Costa Rica.

Indicadores	1 y 2	1 y 3	1, 3 y 4	1 y 5	1, 2 y 5	1, 3 y 5	2 y 3	3 y 5
Sentencias	12	7	1	8	2	7	14	4

Vista la tabla 4 se encuentra, entonces, que en doce sentencias hubo contestación de actos de otros poderes del Estado y reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas. Los indicadores 1 y 3, contestación de actos de otros poderes del Estado y utilización de sentencias interpretativas, aparecieron juntos en siete resoluciones. El primer indicador además estuvo acompañado de utilización de sentencias interpretativas y definición de una política pública una vez, y de decisión ultrapetita en ocho pronunciamientos. También fueron detectados otros fallos en los que se localizó la presencia de dos indicadores acompañando al primero. Se trató de dos casos, el primero, con reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas y decisión ultrapetita, en dos sentencias y el segundo, con utilización de sentencias interpretativas y decisión ultrapetita, combinación hallada en siete ocasiones.

El segundo indicador, reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas, en catorce de las decisiones del tribunal centroamericano fue seguido de utilización de sentencias interpretativas. Este último, el tercer indicador, estuvo a la par del quinto, decisión ultrapetita, en cuatro resoluciones.

Al comparar las combinaciones, se tiene que hubo dos de ellas que no se dieron en ambos tribunales. Una solo apareció en la Corte Constitucional, con los indicadores 1, 2, 3 y 4. La otra únicamente se encontró en la Sala Constitucional. Fueron los indicadores 1, 2 y 5, contestación de actos de otros poderes del Estado, reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas y decisión ultrapetita. Lo anterior significa que en la mayoría se observaron combinaciones similares.

3.2.3. Activismo judicial: la tendencia

Realizada la exposición acerca de cómo se configuró el activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia, en el periodo 1992 a 2010, y de la Sala Constitucional de Costa Rica, en el periodo 1989 a 2010, parece aconsejable dedicar este aparte a formular una síntesis de los resultados. El objetivo es alcanzar una visión global del comportamiento de los tribunales estudiados en función del concepto de activismo judicial que ha sido utilizado en este artículo.

Ciertamente, el primer aspecto en el que habría que insistir está vinculado a los niveles de activismo judicial. A diferencia de lo que se podría esperar, dadas las críticas que

acusan a la Corte Constitucional y a la Sala Constitucional de un desmedido protagonismo, los niveles de activismo judicial, en el control judicial de las normas, no fueron elevados.

Más de las dos terceras partes de la muestra colombiana están compuestas por sentencias que aceptaron las decisiones de los otros poderes del Estado, es decir, no anularon disposiciones del legislativo o del ejecutivo, no expandieron ni reconocieron derechos, no utilizaron sentencias interpretativas, no definieron políticas públicas, ni para terminar, concedieron más de lo pedido por las partes. La muestra costarricense arrojó resultados todavía más discretos, en términos de activismo judicial: únicamente en una cuarta parte pudieron encontrarse uno o algunos de los cinco indicadores aplicados o, lo que es igual, ocho de cada diez sentencias fueron no activistas.

Alguien podría esgrimir que el dato simplifica en exceso una realidad compleja, como lo es la producción jurídica de un tribunal, porque el impacto que puede tener una resolución depende de muchos factores. Entretanto, dirá un crítico de los resultados presentados, la cuantificación no valoró otros aspectos que también podrían medir las repercusiones de las sentencias, a nivel individual y no vistas de manera general. En otras palabras, que una sola sentencia puede tener más impacto que una decena, con lo cual el activismo no debería examinarse únicamente a través de datos generales, sino revisando los efectos que en una coyuntura particular pudo generar una resolución. Un ejemplo de lo anterior es el trabajo de Brenes Barahona (2010) sobre la reelección presidencial en Nicaragua y Costa Rica. En los dos casos, existiendo una prohibición constitucional para que quien hubiese ocupado la primera magistratura pudiera volver a elegirse, a través de sendos recursos, los tribunales constitucionales anularon la disposición. La autora realizó un estudio acerca del impacto que tuvieron las sentencias respectivas, las que calificó como activistas.

La crítica debe rechazarse porque lo que aquí se ha hecho atiende a otras motivaciones. Desde luego, es verdad que una sentencia a nivel de opinión pública o de estrategia política podría tener muchísimo alcance, pero no es eso lo que se ha buscado investigar en este estudio. La intención ha sido establecer un perfil del comportamiento de dos tribunales constitucionales a lo largo de casi dos décadas de existencia, desde la perspectiva del concepto de activismo judicial propuesto.

Independientemente de las consecuencias que un fallo puntual pueda producir, el debate sobre el funcionamiento de un tribunal no puede quedarse en unas pocas sentencias, al menos si lo que se quiere obtener son conclusiones con una pretensión de validez general acerca de su desempeño. De allí que el resultado alcanzado, en materia del control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana y de la Sala Constitucional costarricense, permite recolocar la discusión. Se desmonta, de esta forma, la creencia de que estos tribunales invaden permanentemente los ámbitos competenciales de los otros poderes del Estado. Luego de

revisar 1.435 resoluciones, equivalente al 10% de su producción total en dos décadas, la conclusión es que no ha sido así, aunque el estudio no se detiene en el peso individual de las decisiones activistas. Lo anterior conduce a que deban trazarse las líneas generales acerca del activismo judicial de los períodos comprendidos entre los años 1992 y 2010, para el tribunal colombiano, y los años 1989 y 2010, para el tribunal costarricense.

El mecanismo más común utilizado por la Corte de Colombia para imponerse a los otros poderes fue la sentencia interpretativa. A través de esta técnica, en dos de cada tres (65%) de las resoluciones calificadas como activistas, el tribunal constitucional suramericano definió la interpretación válida que debería hacerse sobre una norma jurídica demandada. Esta interpretación llevó a que, en algunos casos, se excluyeran otras interpretaciones posibles, derivadas de la literalidad de una proposición, y en otros, a que se recortaran contenidos de las disposiciones cuestionadas y, finalmente, a incluir supuestos que no estaban originalmente en el texto.

Antes que anular leyes o decretos los jueces prefirieron, cuando detectaron visos de inconstitucionalidad, redefinir los alcances de las normas, lo que supuso ir claramente más allá de su contenido literal. Las sentencias interpretativas han sido tan importantes en el quehacer de la Corte Constitucional que fue por medio de ellas que se definieron en tres ocasiones políticas públicas o se ampliaron o reconocieron, en diecisiete resoluciones, nuevos derechos o se concedió, en cuatro oportunidades, más de lo solicitado por el demandante.

Lo anterior no es cosa baladí si se recuerda que, como se ha observado (Olano García, 2004), este tipo de sentencias rompe con la idea tradicional del juez sometido a la voluntad del poder legislativo y del poder ejecutivo, pero también con la de la visión más clásica de la justicia constitucional. La judicatura no se circumscribe a aplicar mecánicamente las normas dictadas por otros órganos; tampoco se limita, al ejercer la jurisdicción constitucional, a actuar como legislador negativo, es decir, como una simple expulsora de normas que exhiben problemas de constitucionalidad. Prefiere, después de señalar dónde se encuentra el quebranto a la Constitución, establecer ella misma la solución a la eventual inconstitucionalidad. Con esto no invalida lo dispuesto por los otros poderes, pero sí los reorienta.

Distinto fue el resultado obtenido en Costa Rica, donde su tribunal constitucional se impuso a los otros poderes del Estado, principalmente, anulando las disposiciones que dictaron aquellos. El primer indicador ha representado más de la mitad del activismo judicial registrado en la Sala. También hubo sentencias interpretativas, pero cuantitativamente el número fue inferior al de la Corte Constitucional.

En definitiva, se llega a la conclusión de que la anulación de actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, e incluso de otros órganos, fue la primera ruta tomada

por la Sala Constitucional para ejercer el activismo, y la utilización de sentencias interpretativas fue la primera de la Corte Constitucional.

Por otra parte, con vista también en el estudio de las sentencias, fue posible hallar, a lo largo de los aproximadamente veinte años de análisis, la presencia de los otros indicadores o formas a través de las cuales, ha apuntado la doctrina, los jueces ejercen también el activismo. No obstante, más que su hallazgo, lo verdaderamente significativo es que, considerando el volumen de las muestras, las veces en que se definieron políticas públicas o se ampliaron o reconocieron derechos, al momento de ejercer el control de constitucionalidad, fueron, más bien, escasas. No puede olvidarse que, por ejemplo, de 502 sentencias, solo en diecisiete la Corte reconoció o amplió derechos, y que de 933 resoluciones, únicamente en veintisiete la Sala hizo lo propio. De la misma manera, no consigue sino valorarse como sorprendente que dos tribunales a los que se les ha acusado continuamente de usurpar las funciones de los otros órganos estatales, hayan definido, por la vía del control constitucional de normas, una política pública en cuatro oportunidades, tres el tribunal colombiano y una el tribunal costarricense.

3.2.4. Activismo en el tiempo

Para finalizar el estudio empírico, una pregunta que convendría plantear es si en el periodo explorado se constataron variaciones significativas del comportamiento activista de los tribunales. Considerando que el tribunal colombiano experimentó la renovación de más de la mitad de sus miembros en dos ocasiones (Feoli, 2014), se podría pensar que su activismo judicial exhibiría cambios más claros y evidentes, en atención a las integraciones. Empero, ha sido el tribunal costarricense, cuyos relevos nunca han llegado a 3 magistrados simultáneamente, el que presentó mayores oscilaciones en el activismo judicial ejercido.

En cuanto a la Corte Constitucional de Colombia, el siguiente gráfico (figura 4) muestra la tendencia en el tiempo:

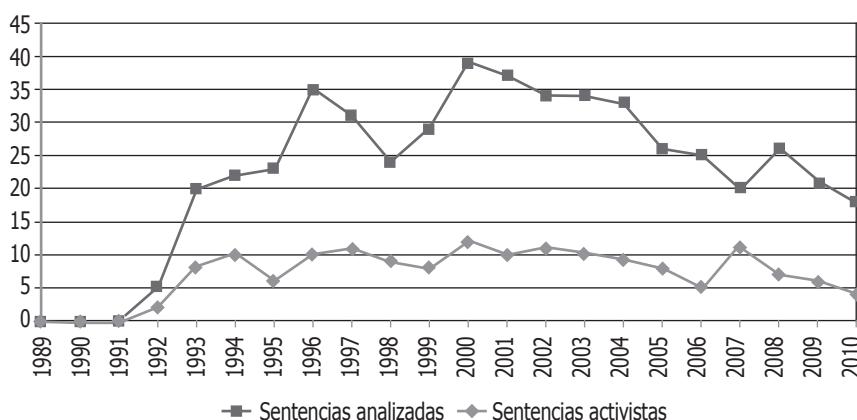


Figura 4. Activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia en el tiempo.

Desde 1992, cuando se crea la Corte Constitucional de Colombia, hubo un aumento tanto de los procesos tramitados como de la producción activista. A partir de 1994 la cifra se mantiene con pocas oscilaciones. No hubo cambios especialmente relevantes. Alzas y bajas se correspondieron con la cantidad de asuntos que conoció el tribunal, es decir, aumentaron o disminuyeron las sentencias calificadas como activistas casi en la misma medida en que aumentó o disminuyó el número de expedientes recibidos anualmente por la Corte.

Esta aseveración, que podría ser reconocida como la regla general, se quiebra en dos años. Primero, en 1995, cuando en comparación con los años anteriores se registraron menos sentencias activistas. Segundo, en 2007, cuando a pesar de que el número de procesos de control de constitucionalidad disminuyó, las sentencias activistas evidenciaron un incremento.

El activismo de la Sala Constitucional de Costa Rica, por otro lado, como ya se adelantaba al iniciar este apartado, ha experimentado cambios ostensibles en los 22 años que fueron evaluados. En el siguiente gráfico (figura 5) se pormenoriza su evolución en el periodo 1989-2010:

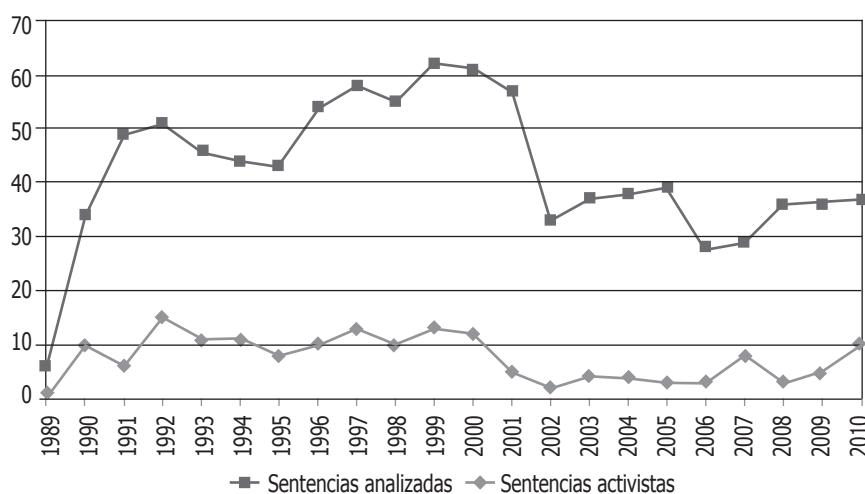


Figura 5. Activismo judicial de la Sala Constitucional de Costa Rica en el tiempo.

El trabajo de la Sala Constitucional, que en 1989 llegó a 56 sentencias de control de constitucionalidad, se incrementó notablemente a partir del año 1991 cuando se pasó a 341 resoluciones originadas en acciones de inconstitucionalidad o en consultas, legislativas y judiciales, de constitucionalidad. El aumento de los expedientes recibidos por el tribunal quedó reflejado también en su activismo judicial.

En estos términos, es posible identificar dos etapas. La primera va de 1989 hasta 2000. Si bien fue 1992 el año en que se registró el mayor comportamiento acti-

vista de la Sala Constitucional, lo cierto es que hasta el año 2000 los números, con algunas diferencias menores, por ejemplo, 1994 respecto a 1995 y 1996 en relación con 1997, fueron bastante parecidos.

El segundo periodo comienza en el 2001. Ese año hubo un descenso de los sumarios que se presentaron ante la Sala, la disminución se hizo más patente aún en 2002, cuando se recibieron 296 asuntos por control de constitucionalidad, 267 menos que en 2001. Ulteriormente, desde 2002 hasta 2010, las cifras han fluctuado, y sin embargo, no volvieron a alcanzar las de la primera década.

La caída se manifestó también en el activismo. Puede comprobarse en la figura 5 que las sentencias activistas decrecen de 2001 a 2006 en comparación con los 11 primeros años. Luego sobreviene un aumento en 2007, comparado con los años precedentes, una baja en el 2008 y, finalmente, los años 2009 y 2010 revelan un crecimiento del activismo judicial de la Sala. Si la tendencia actual es de un ascenso de las resoluciones activistas solo podría cotejarse con una revisión de los años 2011 y 2012, algo que excede el límite temporal impuesto para esta investigación.

4. CONCLUSIONES: VISIBILIDAD MÁS QUE PROTAGONISMO

A diferencia de lo que se suele decir, la conclusión más importante de este trabajo es que, en una visión global y de conjunto, a lo largo de su existencia, la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de Costa Rica han sido, al ejercer el control de constitucionalidad, excluyendo los procesos de protección de derechos fundamentales, tribunales más bien diferentes con el poder legislativo y el poder ejecutivo.

Entonces, por qué se les acusa de meterse en todo, de generar, como diría el políólogo argentino Guillermo O' Donnell (2001), una suerte de parálisis decisoria al imponer su voluntad a los otros brazos del Estado. En verdad, sin negar la trascendencia y el impacto que algunas resoluciones han tenido, los datos revelan que los excesos son un mito y que el hiperprotagonismo responde a otras causas.

El profesor catalán Víctor Ferreres (2011), al hacer un análisis del diseño de los tribunales constitucionales del modelo europeo, concluyó que estos tenderían a ser más protagónicos que los tribunales del modelo difuso, lo que él llama una alta visibilidad. La alta visibilidad que poseen, según Ferreres, obedece a varias razones: al ser un único tribunal el que declara la invalidez de una ley, la atención de los partidos políticos y de la opinión pública se centra en él. El tribunal del modelo concentrado se dedica, al menos en principio, a cuestiones abstractas, mientras tanto, en los modelos difusos muchas veces no es así. El tribunal constitucional adquiere un mayor grado de expectación, su exposición como órgano especializado en un tema de enormes implicaciones políticas y sociales aumenta. Como hay órganos públicos, al igual que el tribunal constitucional, legitimados para

recurrir, el interés de los medios de comunicación aumenta y la exposición del tribunal constitucional también.

Una posición similar es defendida por Linares (2008). Analizando el tema de la legitimidad democrática de los modelos de justicia constitucional, la objeción democrática, dice el profesor de la Universidad de Salamanca, es mayor para los sistemas de control concentrado porque su capacidad de judicializar la política aumenta. Su argumento es el siguiente: mientras en un modelo de justicia constitucional difuso las leyes llegan al tribunal supremo luego de agotar todas las etapas procesales y recursivas ordinarias, lo que hace que pueda pasar mucho tiempo desde que una ley se apruebe antes de ser discutida su constitucionalidad en sede judicial; en el otro modelo de justicia constitucional concentrado, en cambio, el control al ser abstracto puede ejercerse casi de inmediato. Esta diferencia hace que la posibilidad de judicialización de leyes contemporáneas se dispare en los sistemas de justicia constitucional concentrados.

Aparte de lo esgrimido por Ferreres y Linares, hay otra causa fundamental que ha servido, quizás, como el principal insumo para que la justicia constitucional de Colombia y Costa Rica haya sido vista como un competidor permanente de los otros poderes estatales: sus competencias. Dicho de otro modo, se está frente a dos órganos jurisdiccionales poderosos, difícilmente se encuentran tribunales con atribuciones similares en el derecho comparado. En definitiva, aparte de tratarse de modelos concentrados, lo que como han dicho algunos autores, favorece la visibilidad de los jueces, las formidables competencias asignadas a la Corte Constitucional y a la Sala Constitucional han permitido que sean actores que con muchísima frecuencia puedan intervenir en la toma de decisiones de distinta naturaleza, pero, en suma, en decisiones que antes habrían sido resorte exclusivo de los otros brazos públicos.

El protagonismo de los tribunales estudiados respondería a la capacidad de incidencia que les fue otorgada por el legislador cuando fueron creados. Esta capacidad de incidencia supone que casi cualquier tema puede pasar por el filtro jurisdiccional. Distintos actores –partidos políticos, autoridades, grupos organizados de la sociedad civil, personas físicas de forma individual, etc.– estarían, en principio, legitimados para hacer que la Corte o la Sala se pronuncien sobre cualquier tema al que se le dé un trasfondo constitucional. Esto habla de dos países con una alta judicialización de la política; paradójicamente, esa judicialización es fruto de decisiones políticas, de decisiones en las que nada tuvieron que ver los jueces. Fue en un proceso constituyente en el que se definieron las competencias de la Corte y a través de una reforma legislativa, que se diseñó a la Sala.

Ambas cortes recibieron un poder enorme que, según los datos de este estudio, ha sido gestionado, al menos en el control de constitucionalidad, con contención y prudencia. El diseño institucional de los tribunales constitucionales de Colombia y Costa Rica, los habilita para estar permanentemente presentes en el quehacer

nacional. No puede olvidarse que los jueces, a diferencia de otros actores políticos, tienen rasgos que contribuyen a situarlos en una posición distinta a la del resto de actores políticos: a) los jueces no controlan su agenda, dependen de las demandas que planteen otros, deben resolver quejas que posiblemente en otras circunstancias preferirían ignorar; b) los jueces no controlan a quién deben escuchar, están sujetos a reglas y procedimientos que los obligan a recibir a un amplio número de personas, representantes legales y terceros interesados; c) los jueces deben responder preceptivamente las demandas que les son presentadas y d) los jueces están obligados a fundamentar sus decisiones (Fiss, 1979).

Son estas características del juez y su situación única, en el sentido de que es diferente a la de otros actores políticos, lo que permitiría entender los alcances de su intervención cuando se le concede tantas funciones. Ni la Corte ni la Sala podrían declinar sus competencias porque es ontológicamente imposible. La presencia constante es porque así fueron diseñadas. El poder del que se habla es posible identificarlo a partir de tres dimensiones: tipos de competencias, requisitos de acceso y, por último, la legitimación activa.

En primer lugar, la Corte Constitucional y la Sala Constitucional no solo poseen, cuantitativamente, muchas competencias, sino que además varias de ellas se ejercen de oficio. Algunas suponen un control *a priori* mediante el cual se pueden detener o reorientar decisiones de los otros órganos políticos. En otros países, como Argentina (Ymaz & Rey, 2000) y Uruguay (Véscovi, 1967), ninguna decisión se toma de oficio. En ellos, el control de constitucionalidad que es ejercido por la Corte Suprema de Justicia y por la Suprema Corte de Justicia respectivamente, esto es, por el máximo tribunal de la estructura judicial, solo es posible derivarlo a través de procesos gestionados por algún interesado. Tampoco se encuentran, en los casos argentino y uruguayo, competencias que impliquen la revisión obligatoria por parte de la autoridad jurisdiccional de decisiones ya tomadas o en proceso de discusión en sede legislativa o ejecutiva, como sí sucede en Costa Rica con las consultas legislativas obligatorias o en Colombia con los decretos de emergencia.

En segundo lugar, los requisitos de acceso son muy simples. No existen, como en España e Italia (Sospedra Navas, 2011), condicionamientos temporales para acudir a los tribunales constitucionales. Si bien debe aclararse que en Colombia el control de constitucionalidad por aspectos formales caduca transcurrido un año desde la expedición de la norma confutada, las cuestiones de fondo pueden discutirse sin límite de tiempo (Henao Hidrón, 2003).

En tercer lugar, un elemento trascendental es el de la legitimación activa. Prácticamente cualquier persona puede acudir a la Sala Constitucional y a la Corte Constitucional. En cuanto a sus pares europeos, la situación es otra. Torres Muro (2007) utiliza una expresión muy ilustrativa, en modelos como el español o el italiano, sobre la legitimación activa: “[...] solamente instituciones básicas y por ser vos quién sois...”(p. 29). El recurso de inconstitucionalidad ha sido reservado para

pocos actores. Se alega que una acción popular o excesivamente abierta es causa de inseguridad jurídica dado que se prestaría para demagogias y para una [...] interferencia sistemática y por vía extraparlamentaria en la actividad legislativa..." (Torres Muro, 2007, p. 32). En España, por ejemplo, solo el Jefe del Gobierno y otros funcionarios como el Defensor del Pueblo, pueden promover recursos de inconstitucionalidad. La apertura en la legitimación activa es de uso más frecuente en América Latina; otros países donde también se utiliza son Uruguay (Vescovi, 1967) y Perú, aunque con mayores restricciones que en Colombia y Costa Rica.

El poder, en suma, de las cámaras estudiadas a lo largo de 20 años es un elemento de la mayor importancia para entender el protagonismo que han tenido. Incluso al compararlas con otros tribunales las diferencias son notables respecto a las funciones que ejercen. Probablemente sin preverlo, quienes diseñaron a la Corte Constitucional de Colombia y a la Sala Constitucional de Costa Rica, construyeron dos órganos capaces de irrumpir y controlar a los otros brazos del Estado. Si se "meten en todo", más allá de lo exagerado de la afirmación, es que con esa capacidad fueron creadas.

Un hallazgo muy significativo, aparte del recorrido que se hizo por las resoluciones y la sistematización según los indicadores, seguramente se encuentre en que los resultados rompen con un mito, creado alrededor de estos tribunales debido a su hiperactivismo, y dejan abierta la puerta de la investigación a tres cosas principalmente. La primera, a extender el estudio a los procedimientos de protección de derechos fundamentales, como la acción de tutela y el recurso de amparo. La segunda, a proponer un debate, libre del apasionamiento que puede generarse al calor de una sentencia concreta, acerca de la conveniencia o no, de redefinir algunas de las competencias de la Corte Constitucional y de la Sala Constitucional. Y la tercera, a aplicar estos indicadores a otros tribunales de la región para profundizar en el comportamiento de la justicia constitucional de América Latina; un abordaje que se ha limitado, según se pudo constatar al hacer la revisión bibliográfica, a poco más que describir las normas procedimentales que las regulan y las competencias asignadas.

Los tribunales constitucionales de Colombia y de Costa Rica han sido, al ejercer el control judicial de las normas, órganos activistas; hay numerosas sentencias y numerosos estudios que así lo acreditan. Pero también han sido, y esto en la mayoría de las veces, diferentes a los otros poderes del Estado. El resultado, sin embargo, como no podría ser distinto al examinar instituciones judiciales, abre nuevos flancos de examen con los que habría de encontrarse en el futuro, al menos, si el propósito es saber qué hacen nuestros sistemas de justicia.

Bibliografía

Libros y revistas

- Anduiza Perea, Eva et al. *Metodología de la ciencia política*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2009, pp. 38-49.
- Barak, Aharon. *The judge in a democracy*, Princeton University, New Jersey, 2006.
- Barker, Robert. "Stability, activism and tradition: the jurisprudence of Costa Rica's Constitutional Chamber", en: *Duquesne Law Review*, volumen 45, número 3, 2007, pp. 523-555.
- Brenes Barahona, Amelia. "Jueces con curul: la reelección presidencial decidida en la vía jurisdiccional: Los casos de Costa Rica y Nicaragua", Tesis para optar al grado de máster, Instituto de Iberoamérica, Universidad de Salamanca, 2010.
- Clavijo, Sergio. *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, Editorial Alfa y Omega, Colombia, 2001.
- Collier, David & Mahon, James. "Conceptual Stretching Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis", en: *American Political Science Review* 87/4, diciembre, 1993, pp. 845-855.
- Courtis, Christian. "Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales", en: Carbonell, Miguel, et al. Eds. *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2004, pp. 389-417.
- Cruz Villalón, Pablo et al. *Los procesos constitucionales: segundo simposio de derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1992.
- Dahl, Robert. *La poliarquía*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- Dalla Via, Alberto. "Los jueces frente a la política", en: Ferejohn, John et al. Eds. *Los jueces entre el derecho y la política*. Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2008, pp. 63-79.
- De Sousa Santos, Boaventura & García Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2001.
- Domingo, Pilar. "Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America", en: *Democratization*, volumen 11, número 1, 2004, pp. 104-126.
- Domingo, Pilar. "Relaciones de poder: justicia y nuevos actores", en: Pásara, Luis (edr.) *Los actores de la justicia latinoamericana*, Editorial Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 147-168.

- Domingo, Pilar. "El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México", en: Palacio, Juan Manuel y Candioti, Magdalena eds. *Jueces, políticos y derechos en América Latina*, Editorial Prometeo, Buenos Aires, 2007, pp. 27-44.
- Epp, Charles. *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Court in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1998.
- Escobar Gil, Rodrigo. "El papel de la Corte Constitucional", en: *Revista Javeriana*, abril, 2004, Bogotá, pp. 12-20.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. "Sentencias interpretativas: sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana", en: *Estudios Constitucionales*, noviembre, volumen 4, número 002, Santiago de Chile, 2006, pp. 203-220.
- Espinoza Solano, Herbert & Ramírez León, Karla. "La ejecución de las resoluciones de la Sala Constitucional", Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, San José, 2001.
- Fajardo Sánchez, Luis Alfonso. *Utopía y jurisprudencia constitucional*, Editorial Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2010.
- Feoli, Marco. "¿Justicia constitucional exitosa o la transformación del modelo tradicional del juez?: un caso andino y un caso centroamericano", en: *Revista Andina de Estudios Políticos*, volumen 1, número 1 (2), 2011, pp. 18-32.
- Feoli, Marco. "Activismo judicial y justicia constitucional: los casos de Colombia y Costa Rica." Tesis para optar al grado de doctor, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012.
- Feoli, Marco. *Jueces protagonistas: ¿Un replanteamiento de la relación entre política y justicia?*, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 2014.
- Ferraro, Agustín. *Reinventando el estado: por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2009.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Derecho procesal constitucional: origen científico (1928-1956)*, Editorial Marcial Pons, México, 2008.
- Ferrer Comella, Víctor. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Ferrerres, Victor. *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

- Fiss, Owen. "The forms of justice", en: *Harvard Law Review*, volume 93, número 1, 1979, pp. 1-58.
- Fix, Héctor. "Judicialización de la política", en: Fix, Héctor, *Justicia Constitucional Electoral*, IV Congreso Internacional de derecho electoral y IV Congreso Nacional de Tribunales y Salas Estatales Electorales de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo VII, Morelia, 2002, pp. 7-10.
- Guarnieri, Carlo & Pederzoli, Patricia. *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, Oxford University, New York, 2002.
- Guarnieri, Carlo & Pederzoli, Patrizia. *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia*. Editorial Taurus, Madrid, 1997.
- Henao Hidrón, Javier. *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2003.
- Hernández Ramos, Mario, *La relevancia del contenido constitucional en la admisión del recurso de amparo: aportaciones de la experiencia de los casos estadounidense y alemán al caso español*, Tesis para optar al grado de doctor, Universidad de Salamanca, 2008.
- Massé Narváez, Carlos & Sandoval Forero, Eduardo. *Política públicas y desarrollo municipal*, México, Colegio Mexiquense, 1994.
- Martínez Caballero, Alejandro. "Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana", en: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad del Rosario, volumen 2, número 1, Bogotá, 2000, pp. 9-32.
- Martínez, Mauricio. *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*, Editorial Universidad Nacional, Bogotá, 2009.
- Molina Betancur, Carlos Mario. "Problemas actuales de la justicia en Colombia: el protagonismo de la Corte Constitucional", en: Mantilla Espinosa, Fabricio edr. *Controversias Constitucionales*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2002, pp. 224-266.
- O'Donnell, Guillermo. "Estado de derecho y democracia en América Latina", en: *Revista Isonomía*, número 14, abril, 2001, México, pp. 8-31.
- Olano García, Hernán Alejandro. "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", en: *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, número, 108, diciembre, Bogotá, 2004, pp. 571-602.
- Osuna Patiño, Néstor Iván. "La importancia de la Corte Constitucional para la justicia colombiana", en: Bernal Cuellar (Jaime) edr. *Estado actual de la*

- justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Editorial Universidad del Externado, Colombia, 2003, pp. 49-58.
- Parodi Remón, Carlos. “¿Activismo o garantismo judicial?” en: Robles Garzón, Juan Antonio y Ortells Ramos, Manuel eds. *XX Jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano*, Tomo II, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, 2006, pp. 467-514.
- Pásara, Luis. *Ley, Justicia y Sociedad en América Latina*, Editorial UNAM, México, 2010.
- Sáchica Méndez, Marta, *Entrevista*. Secretaría General, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá. En su despacho, 27 de mayo de 2011.
- Sagües, Néstor Pedro. “Las sentencias constitucionales exhortativas”, en: *Estudios Constitucionales*, número 2, año 4, Universidad de Talca, Chile, 2006, pp. 189-202.
- Schedler, Andreas, et al. *Conceptualizing Accountability: The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Londres, 1999.
- Sierra Cadena, Greenfieth de Jesús. *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas: el caso de la descentralización en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2009.
- Solís Fallas, Alex. “La dimensión política de la justicia constitucional”, en: *Revista Parlamentaria*, volumen 7, número 2, agosto, 1999, San José de Costa Rica, pp. 198-332.
- Sospedra Navas, Francisco José. *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Editorial Civitas, Pamplona, 2011.
- Tate, Neal and Vallinder, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995.
- Tate, Neal. “¿Why de expansion of judicial power?” en: Tate, Neal and Vallinder, Torbjörn eds. *The global expansion of judicial power*, New York University Press, New York, 1995, pp. 27-38.
- Torres Muro, Ignacio. *Legitimación en los procesos constitucionales*, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- Uprimny Yépes, Rodrigo. “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en: Ferejohn, John et al. Eds. *Los jueces entre el derecho y la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2008, pp. 81-95.

- Vallejo Mejía, Jaime. "Reflexiones críticas sobre la constitución de 1991", en: Vallejo Mejía, Jaime. *La constitución por construir: balance de una década de cambio institucional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2001, pp. 13-29.
- Véscovi, Enrique. *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1967.
- Wilson, Bruce. "Institutional Reform and Rights Revolutions in Latin America: The Cases of Costa Rica and Colombia", en: *Journal of Politics in Latin America*, 1-2, 2009, pp. 59-85.
- Young, Ernest. "Judicial activism and conservative politics", en: *University of Colorado Law Review*, volume 73, number 4, 2002, pp. 1140-1216.
- Ymaz, Esteban & Rey, Ricardo. *El recurso extraordinario*, Tercera Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

Artículos en red

- Corte Constitucional (Colombia). Estadísticas y sentencias, disponible en: www.corteconstitucional.gov.co consulta realizada 13 de mayo de 2012.
- Corte Constitucional (Guatemala). Estadísticas, disponible en: www.cc.gob.gt consulta realizada 13 de mayo de 2012.
- Corte Suprema de Justicia (El Salvador). Estadísticas, disponible en: www.csj.gob.sv consulta realizada 13 de mayo de 2012.
- Mayorga, Armando. *Sala IV desbocada*, en: www.nacion.com/2010-07-18/Opinion/ColumnistaDelDia/Opinion2450673.aspx consulta realizada el 14 de agosto de 2011.
- Sala Constitucional (Costa Rica). Estadísticas y sentencias, disponible en: www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ consulta realizada el 13 de mayo de 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Estadísticas, disponible en: www.scjn.gob.mx consulta realizada el 13 de mayo de 2012.
- Tribunal Constitucional (Perú). Estadísticas, disponible en: www.tc.gob.pe consulta realizada el 13 de mayo de 2012.
- Tribunal Constitucional (Chile). Estadísticas, disponible en: www.tribunalconstitucional.cl consulta realizada el 13 de mayo de 2012.

Diario La Nación. Precipitada reforma de la justicia constitucional, en: www.nacion.com/2010-09-21/Opinion/Editorial/Opinion2529113.aspx consulta realizada el 17 de setiembre de 2011.

Legislación

Acuerdo 05 de 1992 de Colombia, reglamento interno de la Corte Constitucional de Colombia.<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/reglamento.php>

Constitución Política de Colombia de 6 de julio de 1991. http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Constitución Política de Costa Rica de 8 de noviembre 1949.http://cgrwoi.cgr.go.cr/pls/portal/docs/PAGE/OBJETOS_PORTAL_CGR/LEYES_REGLAMENTOS/CONSTITUCION_POLITICA.PDF

Decreto número 2067 de 1991 de Colombia por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional de Colombia.<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202067.php>

Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de Colombia, ley número 270 de 1996 de Colombia.http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, ley número 7135 de 1989.<http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leydejusridiccion.pdf>

Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica, ley número 7333 de 1993.http://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_cri-int-text-lopj.html

Jurisprudencia citada

Sentencia 027/93 de la Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-027-93.htm>

Sentencia 1040/05 de la Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1040-05.htm>

Sentencia 2306/00 de la Sala Constitucional de Costa Rica. <http://www.binasssa.cr/revistas/rjss/juridica11/30-JUPE.htm>

Sentencia 4569/08 de la Sala Constitucional de Costa Rica. <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/Constitucion%20Politica/Sentencias/2008/08-007687.htm>

Principios que regulan las relaciones laborales en el sector público colombiano: análisis de las subreglas de la jurisprudencia

Principles governing labor relations in the colombian public sector: analysis of subrules in jurisprudence

Francisco Edmundo Paz Obando*

Fecha de recepción: 27 de noviembre del 2014

Fecha de aceptación: 28 de diciembre del 2014

RESUMEN

El concepto de empleo público es de incontrovertible importancia tanto para el Derecho Laboral como para la ciencia de la Administración Pública, por lo tanto no puede desatenderse el hecho de que el servicio civil, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye una pieza básica del andamiaje administrativo, de ahí que su estudio sea importante, sobre todo cuando se abordan las materias atinentes a la no siempre bien entendida *función pública* (tratada principalmente por el capítulo II del título V de la Constitución Nacional de 1991).

Es claro entonces que la función pública se encuentra regulada por principios rectores constitucionales que la ley materializa en normas

especiales, pero fragmentarias, cuya interpretación ha quedado en manos de la jurisprudencia nacional. Se ha identificado que de esos pronunciamientos fluyen una serie de *subreglas*, dotadas de un carácter genérico y abstracto, por lo que no pueden inferirse de manera directa, sino que requieren de un proceso de hermenéutica judicial, luego del cual surgen como principios del empleo público en nuestro país. El estudio de estos pronunciamientos judiciales a lo largo de la vigencia de la presente Carta Política y la correspondiente estructuración de los principios decantados, a través de trazos jurisprudenciales, es el objeto central de esta investigación.

Palabras clave: principios, función pública, líneas, jurisprudencia, derecho laboral

* Coordinador de este proyecto. Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la misma institución, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Docente CIESJU (Udenar), miembro del grupo de investigación DEJURE del CIESJU, Correo electrónico: paz.obando@yahoo.com

ABSTRACT

The concept of public employment is of incontrovertible importance both for labor law and for the science of public administration. The fact that any manifestation of civil service constitutes a basic part of the administrative framework cannot be disregarded. Thus, the study of civil service is important, especially when the subjects pertaining to the poorly understood *public function* (mainly treated by Chapter II of Title V of the National Constitution of 1991) are addressed.

The public function is governed by constitutional guiding principles that the law specially embodies. However,

fragmentary norms are interpreted based on national jurisprudence, and pronouncements often flow from a number of “*subrules*” that are equipped with a generic and abstract nature. These subrules cannot be inferred directly but require a process of judicial hermeneutics, and only then do they arise as principles of public employment in our country. The focus of this research is to study these judicial pronouncements when a charter policy was in effect. The study relies on jurisprudential lines to describe the corresponding structuring of the chosen principles.

Keywords: principles, function, public, lines, jurisprudence, laboral law.

Introducción

Al contrario de lo que sucede en otros ordenes normativos extranjeros, como ocurre por ejemplo con la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (Ley 25164 de 1999) y su Decreto Reglamentario 1421 de 2002, en Argentina; el Estatuto Básico del Empleado Público en España o Ley 7 de 2007, modificada por el Real Decreto Ley 20 de 2012; La Ley Marco del Empleo Público en Perú o Ley 28175 de 2004, por citar algunas, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una ley estatutaria única que abarque los saberes del empleo público en su sentido amplio, ya que si consideramos los contenidos de la Ley 909 de 2004, estamos ante una norma dedicada exclusivamente al servicio profesional de carrera administrativa, la cual es insuficiente a la luz de la argumentación jurídica, para resolver determinadas situaciones planteadas, sin acudir a otros ámbitos de la razón práctica como los principios.

Sin embargo, esta situación se presenta como algo sumamente interesante, pues si bien el modelo colombiano en este punto del derecho cuenta con una regulación normativa extremadamente fragmentaria, en ningún caso por ello resulta menos densa o más fácil de abordar, puesto que se encuentra integrada incluso por normas previas a la Carta de 1991. Esto, de alguna manera, favorece que en los últimos 20 años sus mayores desarrollos hayan llegado de la mano de la actividad judicial de las altas cortes, que muchas veces al momento de decidir una controversia acuden a la técnica de la ponderación de principios extraídos de las *ratios* subreglas, donde se priorizan los derechos frente a los objetivos sociales (Bernal, 2007).

Por supuesto, se debe recordar que según la propia Corte Constitucional, la facultad otorgada al legislador para regular lo relativo al empleo público:

Se sustenta en el hecho de que la función administrativa es una actividad que, por su naturaleza y alcances, debe estar orientada al interés general y al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En tal virtud, debe desarrollarse con fundamento en los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, con el fin de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, asegurando así el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. (Corte Constitucional, C-041 de 1995, C-474 de 1999)

Hoy más que nunca y al tenor de las recientes reformas judiciales, es claro que el mero positivismo ya no puede regular la complejidad del mundo jurídico en acción (casos de derecho atípico). Por lo tanto, resulta importante desarrollar los contenidos de las normas, no sólo por medio de actos administrativos reglamentarios y objetivos (decretos), sino principalmente a través de los pronunciamientos de los altos tribunales, con su precedente y consecuente.

En nuestro ordenamiento, un estándar jurídico existente para solucionar un caso es un concepto que abarca mucho más que la interpretación de una simple norma (Atienza, 2005), puesto que el operador jurídico debe contar con todas las herramientas para tomar una decisión argumentativamente válida. Entonces, aquellos "mínimos" contenidos en la Constitución, la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945, el Código Sustantivo del Trabajo, los Decretos 2400 y 1868 de 1968 y 1969, respectivamente, así como el Decreto 1042 de 1978 y la Ley 909 de 2004 –por citar algunas normas–, sólo deben ser considerados como criterios orientadores de la función pública. En este sentido, vale decir que esta investigación avanzó en una caracterización jurisprudencial de algunos de los principios que regulan las relaciones laborales en el sector público colombiano, siguiendo la tradicional y respetada línea de investigación en principialística que maneja el CIESJU.

Redondeando el anterior planteamiento, se recuerda que Ronald Dworkin (1977) trata el tema de los principios luego de observar que los abogados argumentan no solo a partir de leyes, sino también a partir de otro tipo de estándares que definitivamente no son normas. Entre estos, el autor señala dos (aunque deja ver que puede haber otros): *principles* y *policies*. Aquí interesan solo los primeros, los cuales define así:

Llamo "principio" a un estándar que es respetado, no porque constituya un avance o el aseguramiento de una situación económica, política o social considerada conveniente, sino porque es un requerimiento de justicia o equidad o alguna otra dimensión de moralidad. (*I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed*

desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality). (p.22)

Ahora bien, los principios toman sus matices y formas específicas dependiendo de los campos del derecho en que ellos se apliquen. Por esta razón, este trabajo investigativo se enfocó hacia el fascinante ámbito de los servidores públicos, no sólo por la importancia para el mundo del estudio y codificación, es decir de la adecuada narración del derecho jurisprudencial, sino también por la imperiosa necesidad de generar avances significativos en las corrientes que propugnan por rescatar el carácter *principialístico* del Derecho Laboral Administrativo; evitando así que su estudio caiga en el excesivo ritualismo dogmático, tan común en este medio. La anterior consideración, explica en si misma por qué esta investigación se realizó mediante el análisis documental de un variado número de providencias (autos y sentencias) proferidas en la jurisprudencia nacional, ejercicio hermenéutico que permite la construcción de diagramas de flujo o trazos jurisprudenciales sobre cada uno de los principios identificados en materia del empleo público.

El estudio de dichos pronunciamientos, la evaluación de sus desarrollos y aplicaciones, así como la construcción de los precedentes judiciales que deben aplicar los jueces y litigantes en sus reclamaciones administrativas y judiciales, ha sido el trabajo característico de esta investigación, pues nada mejor que recurrir a *los estándares*, que menciona Ronald Dworkin, como eje articulador de la dispersión normativa y jurisprudencial existente.

Tal emprendimiento se nutre por supuesto, de los fallos judiciales de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que al resolver los problemas cotidianos de los colombianos, recurren a principios que subyacen a la Carta Política, los cuales, se han incorporado al ordenamiento jurídico nacional por vía de la figura denominada “bloque de constitucionalidad”, cuyo origen se remonta al recordado fallo del Consejo Constitucional francés en la *Décision Liberté d'association*, o Decisión no 71-44 DC de 16 de julio de 1971, y que etimológicamente responde al término *bloc de constitutionnalité*, acuñado por el profesor Louis Favores en 1990 en la famosa *Revue française de droit constitutionnel*.

Historia aparte, en este punto se recuerda que la *nocióncastiza* de esta expresión “puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica...” Uprimmy (2003): “un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental” Bidart Campos (1995, p. 264). Lo que le permite afirmar a Valencia Restrepo (2005): “El bloque de constitucionalidad no es otra cosa que un bloque principal o un bloque de *principialidad*”.

Resulta sencillo deducir que al estudiar los principios rectores, se está frente a una esclusa comunicante entre los valores constitucionales y las normas positivas contenidas en cada ordenamiento jurídico, situación que transcurre más en pre-

dios del Derecho Constitucional que en terrenos del Derecho legal. Lo anterior nos recuerda por supuesto, que para el positivismo, el derecho sólo es científico en la medida que tenga en cuenta los hechos, dejando de lado cualquier carga axiológica, es decir que centra la validez de la norma en la posibilidad que se le otorga al individuo de acudir a pretensiones jurídicas para hacer valer sus derechos. Sin embargo, en este contexto, es la propia dinámica del mundo jurídico la que impone la necesidad urgente de armonizar la amorfa regulación normativa, lo que ha conducido a reencontrar ese hilo conductor que son precisamente los principios, debido a su carácter fundante.

Con toda validez se afirma, que ahí donde la volatilidad de las normas es un hecho cotidiano, es donde adquieren mayor relevancia los principios, como construcción teórica, como sustento unificador de la administración de justicia. Mas esos estándares, hay que buscarlos en la jurisprudencia de los organismos de cierre del sistema jurídico y deben ser recogidos por el trabajo doctrinal de base académica. No es tautológico decir que estas normas rectoras representan la materialización de los ideales constitucionales dentro del ordenamiento legal, irradiando sus contenidos a las especificidades de cada rama del derecho.

Así, y en palabras del jurista americano Félix Cohen (1933, p. 11 - 12): “Las sentencias particulares son significativas en el contexto de las sentencias sistemáticamente relacionadas (...) en las prácticas reales de los tribunales pueden encontrarse uniformidades y relaciones sistemáticas”, las cuales, en materia de *principles*, el desarrollo de este proyecto ha ido identificando, estudiando y articulando, para contribuir en el conocimiento del derecho vigente, atendiendo a su naturaleza axiológica.

1. DISCUSIÓN

El proyecto de Investigación “Principios que regulan las relaciones laborales en el sector público colombiano: análisis de las subreglas en la jurisprudencia” se planteó como una iniciativa académica que impulsa una verdadera investigación sociojurídica, con impactos reales, no sólo por los resultados esperados, sino también porque estuvo dotado de la capacidad de colaborar en la transformación de la realidad de los estudiantes de la tercera cohorte de la Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social del CIESJU–UDENAR, al serles ofrecido este proyecto como alternativa válida para adquirir competencias investigativas básicas, fundamentales a la hora de afrontar y desarrollar su trabajo de grado.

Su objetivo general se centró en identificar los principios que rigen el sistema del empleo público en Colombia y establecer los precedentes constitucionales y jurisprudenciales correspondientes. Sus objetivos específicos contemplaban: 1) identificar las sentencias T, C y SU expedidas por la Corte Constitucional entre 1992 y 2012, en relación con los empleados públicos de periodo, carrera administrativa, libre nombramiento y remoción, y también con los trabajadores oficiales; 2) determinar las normas-tipo principios que han sido reconocidos implícita o explícitamente

por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con los servidores públicos –excluyendo a los miembros de las corporaciones públicas–, y 3) elaborar los trazos jurisprudenciales pertinentes, extrayendo de su texto los precedentes constitucionales.

En igual sentido, el presente proyecto es en sí mismo innovador en el sentido de avanzar en la divulgación directa del derecho judicial colombiano. Aún no existe en el país una cultura jurídica con suficiencia y solidez, que valore en su justa dimensión la importancia que tiene para el ordenamiento jurídico de un Estado Social de Derecho el adecuado manejo de la doctrina jurídica producida por los altos tribunales. Además, toda providencia tiene una eficacia en el tiempo: empieza a surtir efectos en un momento determinado y a veces deja de tenerlos en otro distinto. Es obvio que ni en el derecho comparado, ni las posiciones doctrinales son unánimes, ni la jurisprudencia de un mismo país ha demostrado ser constante y coherente con sus propias justificaciones. Pero las peculiaridades de los procesos en las altas cortes han contribuido a desfigurar el debate y a acrecentar la complejidad del precedente nacional. Éste se origina ni más ni menos que en la satisfacción de pretensiones o declaraciones de voluntad petitoria, basadas, ante el Tribunal Constitucional, en normas contenidas en la Carta Magna y referidas en muchos casos a leyes o a normas con rango de ley, y ante el Consejo de Estado, vinculadas a actos o disposiciones que pueden vulnerar directamente derechos subjetivos e incluso fundamentales. Es clara pues, una variedad de procesos que se tuvo en cuenta al desarrollar este proyecto.

Por lo demás, el tema de los principios que gobiernan el empleo público en Colombia es todavía desconocido, aún entre los propios tratadistas del derecho laboral y la seguridad social. Hacía falta en el país un proyecto que trabaje la temática de los servidores públicos desde la principalística, razón por la cual, establecer cuáles son los principios, bajo el prisma de la jurisprudencia nacional, será de gran utilidad, debido a la decantación que se pueda extraer de las vivencias ciudadanas. Más ahora, ante la entrada en vigencia de la legislación administrativa establecida por la Ley 1437 del 2011, que le dio a la jurisprudencia un valor distinto al tradicional, y que sin duda, ya se está viendo reflejado en el ordenamiento positivo. Tal es el caso de la Ley 1564 del 2012, según la cual se acepta que el juez está sometido al imperio de la ley y de las fuentes formales del ordenamiento jurídico, pero que al mismo tiempo (art.7) hace imposible entender estos orígenes sin una adecuada interpretación, que es el precedente. Por ello se puede afirmar que finalmente se ha reconocido positivamente que el juez está vinculado también a dicho precedente.

No van a ser meras reflexiones teóricas las que se expondrán a continuación, sino realmente estudios con inmediatas consecuencias prácticas, porque en ellas están implicados directamente valores, y claro está, principios constitucionales, pero también situaciones y relaciones jurídicas individuales, con lo que la eventual e inevitable discrecionalidad de los operadores jurídicos podría filtrarse.

Se busca consolidar un modelo de comprensión de la actividad judicial, en este caso a nivel nacional, pero siempre con el firme propósito de responder con eficacia a las necesidades de la realidad jurídica nariñense, de contar con profesionales investigadores capaces de generar conocimiento válido desde la provincia, y de orientar ese aprendizaje hacia la construcción desde nuestra academia de propuestas, para así concebir un tipo de justicia que promueva la aplicación de los principios como orientadores del Estado Social de Derecho.

2. METODOLOGÍA DE LA EXPERIENCIA

Toda vez que la presente investigación socio-jurídica tiene un enfoque eminentemente académico y una naturaleza cualitativa, para su desarrollo se han ejecutado las siguientes estrategias metodológicas:

1. Se realizó una nivelación conceptual de los estudiantes que participan en el desarrollo del proyecto, con el fin de que todos compartan conocimientos básicos en cuanto a las técnicas de recolección y adecuado análisis del universo jurisprudencial en que está apoyada esta propuesta.
2. Se puso a disposición del grupo de trabajo un *amplio* universo citacional, conformado por los fallos más representativos en materia laboral administrativa de los últimos cinco años, a partir del cual los estudiantes, en parejas, fueron identificando y proponiendo las temáticas en las cuales profundizarían su investigación.
3. Cada pareja investigadora precisó el principio, objeto de estudio, y procedió a delimitar el universo jurisprudencial en el tiempo y en el espacio, etapa que incluyó iniciar la recolección de providencias y clasificarlas según su importancia. Por ejemplo, en Sentencias C, T, SU, o en autos, si se está hablando de pronunciamientos de la Corte Constitucional; y en Sentencias de Sección o de importancia Jurídica (Sala Plena), si se toman los fallos de Consejo de Estado
4. Se hizo el riguroso análisis documental cualitativo (*Obiter, Ratios, y Decisum*) de las providencias pertinentes, que bien podían ser expedidas por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y ocasionalmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el lapso comprendido entre 1991 y 2012, periodo de vigencia aproximado de la actual Constitución.
5. Levantamiento del trazado jurisprudencial: se debe afirmar que como estrategia pedagógica e investigativa novedosa, se recurrió al diseño y elaboración de los trazos jurisprudenciales respectivos para cada principio, como mecanismo para sintetizar el trabajo desarrollado. A continuación (tabla 1), se esquematizan los contenidos mínimos de esta estrategia:

Tabla 1. Contenido estrategia para elaboración del trazado jurisprudencial

Primera etapa	Exploratoria
Se ubica la...	Providencia o punto terminal del trazo
Y a través del...	Razonamiento abductivo
Se crea el...	Universo – Conjunto – Acumulado jurisprudencial
Y se marcan los...	Puntos de anclaje jurisprudencial
Segunda etapa	Proactiva
Se establece la...	Providencia madre o Inicial del trazo
Y a través del...	Razonamiento abductivo
Se identifican las...	Providencias de anclaje jurisprudencial
Que finalmente permiten hallar las...	Providencias fijadoras de criterio o Providencias de precedente redundante

6. Redacción de una disertación jurídica: elaboradas las distintas líneas de los principios, se procede a definir su núcleo, o lo que es lo mismo, consolidar una propuesta conceptual de cada uno de ellos, a través de la cual se materializa la investigación y la crítica, siendo obvio que este es el punto en donde se estructura el nuevo conocimiento. Este documento presentado a manera de informe, no solamente busca sintetizar la recolección de la información sobre el tema investigado, sino que además trata de estimular el desarrollo de un pensamiento constructivo que lleve a los partícipes de esta investigación a emprender un análisis jurídico de su experiencia, de tal manera que desde una perspectiva propia, didáctica, pero necesariamente técnica y jurídica, puedan sustentar toda la amplitud y complejidad del problema planteado.

170

3. RESULTADOS

A continuación (ver tabla 2) se relacionan los principios de la función pública en Colombia y los grupos responsables:

Tabla 2. Principios de la función pública

Grupo	Principio	Nombre de la disertación
Alfa	Debido proceso	La motivación de los actos administrativos como el elemento esencial para garantizar el principio del debido proceso en el retiro de empleado públicos en provisionalidad de acuerdo a la jurisprudencia constitucional en los años 1998 a 2012
Beta	Primacía de la realidad	Exigencia para el reconocimiento del principio constitucional de la primacía de la realidad en la jurisprudencia colombiana en las dos últimas décadas
Gamma	Igualdad	Apoderamiento del principio de igualdad en lista de elegibles para proveer cargos de carrera administrativa. Análisis jurisprudencial 1992-2013

Grupo	Principio	Nombre de la disertación
Delta	Protección Discapacitados	Principio de la protección laboral reforzada del discapacitado en el sector público. Trazo jurisprudencial 1992- 2013
Epsilon	Protección Maternidad	Principio de la estabilidad laboral reforzada en la protección a la madre cabeza de familia. Trazo jurisprudencial 1998-2013.
Zeta	Imparcialidad	Principio de imparcialidad en la vinculación a la función pública. Trazo jurisprudencial 1992-2013.

Para efectos de este artículo se presenta un resumen de los resultados de los Grupos Alfa, Beta y Gamma.

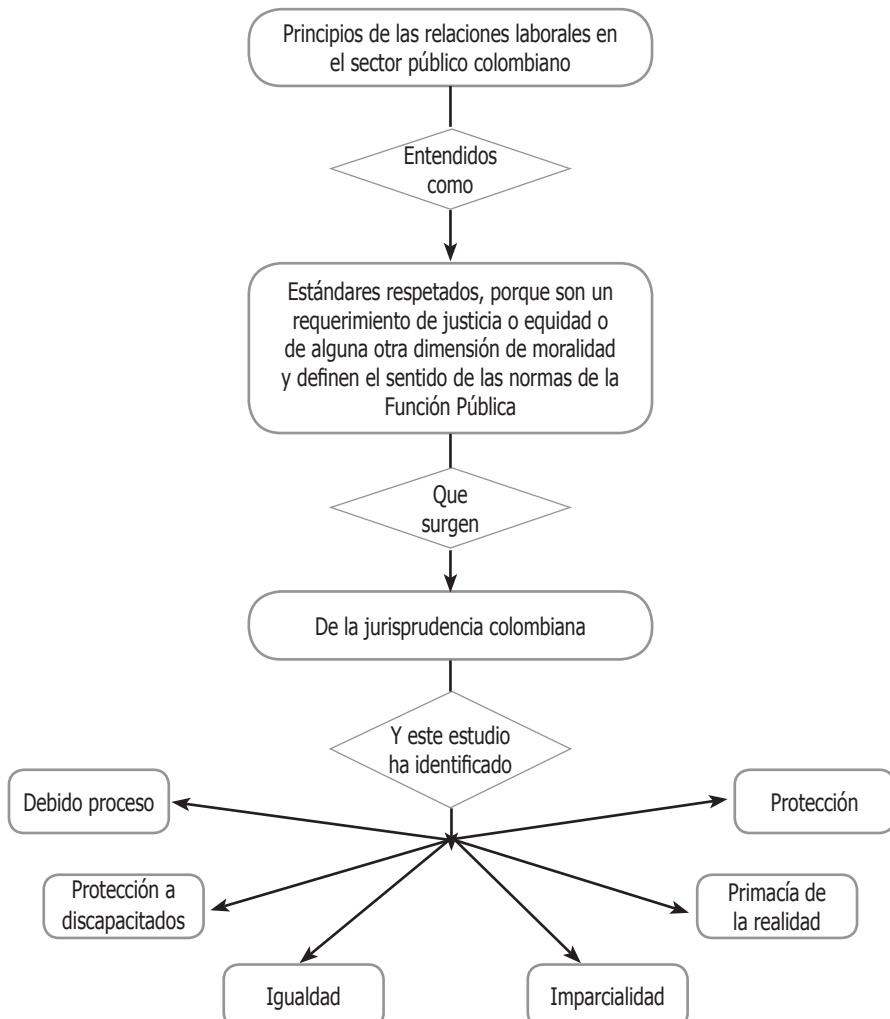


Figura 1. Principios de las relaciones laborales en el sector público

3.1. La motivación de los actos administrativos como el elemento esencial para garantizar el principio del Debido Proceso en el retiro de empleado públicos en provisionalidad de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional de los años 1998 a 2012

Del trazo jurisprudencial se puede concluir que se hace necesaria la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira del servicio público a los empleados en provisionalidad, porque lo contrario significaría la vulneración de derechos fundamentales tales como el debido proceso, el derecho a la igualdad, el derecho al acceso a la administración de justicia, los principios de estabilidad laboral, legalidad, publicidad, transparencia y el principio democrático.

Se puede observar como la Corte Constitucional, realizando una interpretación sistemática y teleológica garantiza derechos fundamentales como el debido proceso al exigir la motivación de los actos administrativos para el retiro de empleados públicos en provisionalidad; pues está íntimamente conectada con derechos y principios *ius* fundamentales de carácter constitucional.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del Consejo de Estado, en contraposición a lo decantado por la Corte Constitucional realiza una interpretación más exegética del ordenamiento jurídico, sin tener en cuenta la Constitución de 1991 ni el precedente constitucional, y consideró hasta el año 2010 que no era necesaria la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira a empleados públicos en provisionalidad y que solo es exigible dicho requisito cuando se trata de cargos de carrera administrativa. Con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, la Sección Segunda del Consejo de Estado dio un nuevo matiz a su interpretación adicha norma, manifestando que sí es necesaria la motivación para la terminación del vínculo laboral de los empleados en provisionalidad, pero por razones del cambio normativo, y no atendiendo los argumentos expuestos en forma contundente por la Corte Constitucional, como se evidencia en los diagramas de flujo jurisprudencial objeto de este trabajo.

Tabla 3. Universo citacional de la Corte Constitucional sobre la motivación del acto de retiro de empleados públicos en provisionalidad, del año 1998 al 2006.

AÑO	1998	1999	2000	2002	2004	2005	2006
	SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL						
Su-250 M.P.	C-371 M.P.	C-734 M.P.	T-884 M.P.	T-1206 M.P.	T-031 M.P.	T-254 M.P.	
Alejandro Martínez Caballero	Jose Gregorio Hernan- dez Galindo	Vladimiro Naranjo Mesa	Clara Inés Vargas Hernández	Jaime Araújo Rentería	Jaime Córdoba Triviño	Marco Gerardo Mon- roy Cabra	
T-800 M.P.					T-222 M.P.	T-633 M.P.	
					Clara Inés Vargas Hernández	Humberto Antonio Sierra Porto	

Tabla 4. Universo citacional de la Corte Constitucional sobre la motivación del acto de retiro de empleados públicos en provisionalidad, de 2007 al 2012.

AÑO	2007	2008	2009	2010	2011	2012
T-132 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto	T-007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa	T-251 M.P. Cristina Pardo Schlesinger	C-431 M.P. Mauricio González Cuervo	Su-691 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto	T-206 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva	
C-279 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa		T-736 M.P. Juan Carlos Henao Pérez		Su-917 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio		



Entre *las subreglas* que arroja la presente investigación se pueden advertir las siguientes:

1. La motivación es elemento esencial del debido proceso para los actos administrativos por los cuales se decide el retiro de un funcionario en provisionalidad, dado que se deben precisar las circunstancias de hecho y derecho por las cuales la administración sostiene la legitimidad de su decisión.
2. Todo acto administrativo, que no sea expresamente excluido por norma legal, debe ser motivado.
3. La no motivación de actos administrativos por los cuales se retira a los servidores en provisionalidad genera violación a derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, el principio de estabilidad laboral, la legalidad, la publicidad, entre otros.
4. La forma de retiro de empleados públicos de carrera solo puede ser prevista constitucional y legalmente y no puede ser regulada por normas de inferior jerarquía.
5. La falta de motivación configura una causal autónoma de nulidad, susceptible de ser reclamada ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en la medida que desconoce normas constitucionales (derecho fundamental al debido proceso, principio de publicidad y el derecho a la tutela judicial efectiva). Esto en razón a que el acto administrativo en su expedición debe observar prioritariamente la Constitución y no solo la ley o el decreto reglamentario.
6. La estabilidad laboral para funcionarios en provisionalidad es mayor que la de los de libre nombramiento y remoción, siendo precaria para los últimos, y por ello la discrecionalidad para el retiro no puede ser la misma, toda vez que para los provisionales se exige la motivación del acto administrativo.
7. La acción de tutela se constituye como una petición autónoma y un mecanismo idóneo para el solo efecto de exigir la motivación del acto administrativo de retiro de empleados provisionales, en aras de propender la protección del debido proceso, ya que no existe otro mecanismo jurídico como la pretensión contencioso-administrativa para lograr este fin.

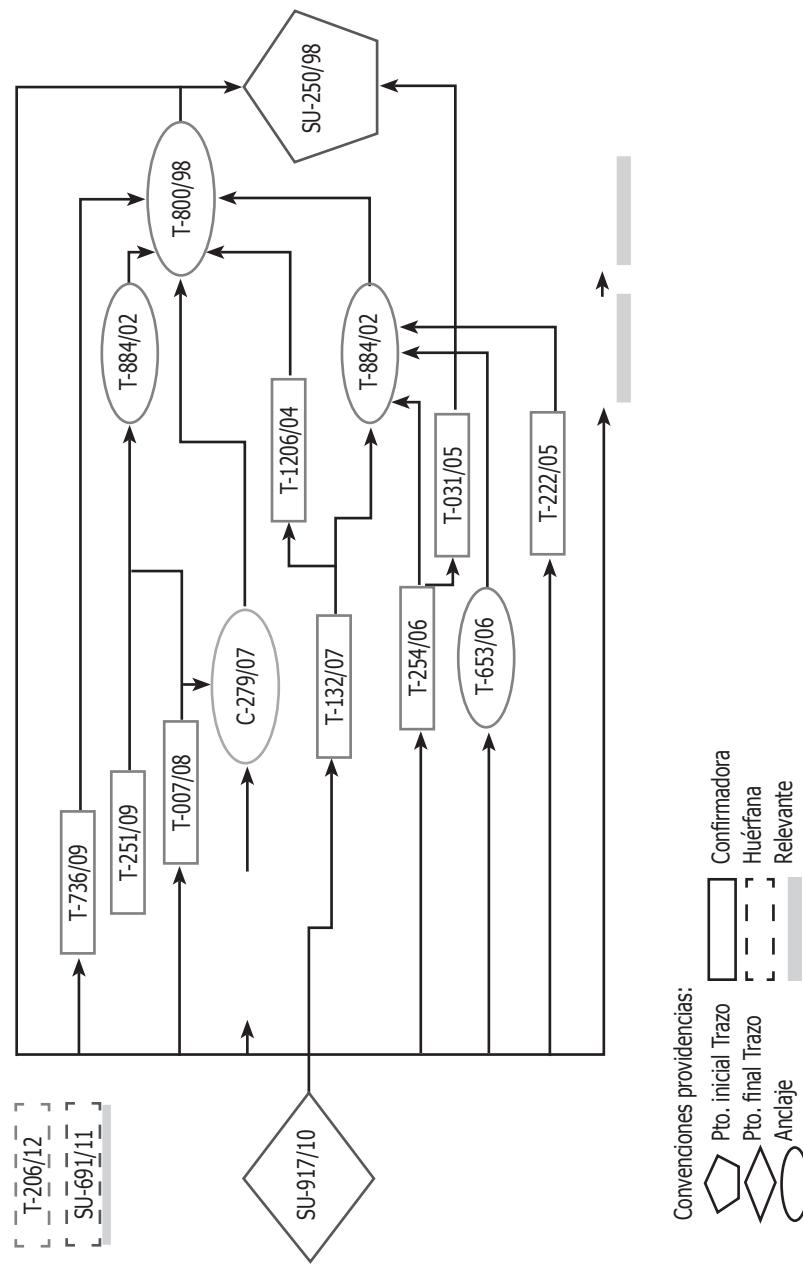


Figura 2. Diagrama de flujo del trazo jurisprudencial sobre el principio del debido proceso.

3.2. Exigencia para el reconocimiento del principio constitucional de la primacía de la realidad en la jurisprudencia colombiana de las dos últimas décadas (contrato/orden de prestación de servicios)

Realizado un análisis de la legislación y la jurisprudencia colombiana, se encuentra que han buscado mantener la legalidad y constitucionalidad del contrato de prestación de servicios, y que éste ha evolucionado a fin de que no sea convertido en un instrumento que vulnere los derechos mínimos laborales del talento que se vincule a la administración pública, hasta el punto de exigir como condición mínima para su suscripción: la ausencia de personal suficiente o la exigencia de conocimientos especializados, además de que sea por el término estrictamente necesario y no sea susceptible de ser confundido con una relación laboral que implique el pago de prestaciones sociales.

La legislación ha optado por evitar el mal uso del contrato estatal de prestación de servicios mediante la creación de la figura jurídica de contratos temporales, contemplada en la Ley 909 de 2004, que permite la vinculación de talento al servicio del Estado, de forma excepcional para cumplir funciones administrativas temporales; sin que por ello pueda utilizarse esta figura para la permanencia de un empleo, y sin necesidad de recurrir por error a la figura jurídica de contratación estatal de prestación de servicios.

Por su parte, la jurisprudencia ha mantenido la constitucionalidad de las diferentes normas que han regulado el contrato estatal de prestación de servicios, siempre que se den las exigencias legales para su real existencia. Es decir, en el entendido de encontrarse que la administración ha ocultado un verdadero vínculo legal y reglamentario o un contrato laboral con un contrato de prestación de servicios, se debe propender por proteger los derechos laborales, dando plena aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre la forma.

Tabla 5. Universo citacional sobre la exigencia para el reconocimiento del principio constitucional de la primacía de la realidad, en la jurisprudencia colombiana de las dos últimas décadas.

AÑO	SENTENCIAS CONSEJO DE ESTADO										SENTENCIAS CONSEJO DE ESTADO									
	1993	1994	1995	1996	1997	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2006	2007	2008	2009	2010
C-056 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz	C-555 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz	C-280 M.P. Alejandro Martínez Caballero	C-154 M.P. Hernando Herrera Vergara					C-037 M.P. Avaro Tañur Galvis	T-426 M.P. Eduardo Montalegre Lynett	T-1109 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto	C-397 M.P. Jaime Araujo Rentería	C-960 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa	C-614 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chajub.							
								RAD 3530 21-02-2002 C.P. Jesús Lemus.	RAD 4798 3-07-2003 C.P. Alejandro Ordóñez.	RAD 0099-03 19-02-2004 C.P. Alejandro Ordóñez.	RAD 4312 7-04-2005 C.P. Jesús Lemus	RAD 4669-04 30-03-2006 C.P. Alejandro Ordóñez.	RAD 2152 6-03-2008 C.P. Gustavo Gómez Aranguren							
								RAD 1654 25-01-2001 C.P. Nicolás Pájaro	RAD 0370 21-08-2003 C.P. Jesús Lemus	RAD 0245-2161 23-06-2005 C.P. Jesús Lemus	RAD 3776 16-11-2006 C.P. Jesús Lemus	RAD 2776 17-04-2008 C.P. Jaime Moreno								
									Nicolás Pájaro	Cas lab. 21-04-2004 M.P. Eduardo López Vilcaas									Cas. Lab. 31-08-2010 M.P. Camilo Tarquino Gálego	

SENTENCIAS DE TUTELA

CONSEJO DE ESTADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en una sentencia de importancia jurídica, agrega un término nuevo al argot jurídico para diferenciar cuando no se presenta el elemento subordinación, denominado *coordinación*. Pues se establece que una actividad meramente coordinada con el quehacer diario de la entidad y basada en las cláusulas contractuales, no es subordinada. Los fallos han decantado que no hay coordinación cuando se trata de labores que implican el cumplimiento de funciones públicas típicas, como las propias de una jefatura de presupuesto, mensajería, técnico y operador de sistemas de entidad pública, jefe de Departamento de Riesgos Profesionales y docentes.

No obstante, no existe pronunciamiento de las otras cortes con referencia a este nuevo elemento de análisis. Se observa de igual manera que jurisprudencialmente surge otra *sub-regla*, es decir, se agrega un nuevo elemento a la relación laboral únicamente a fin de determinar con claridad si se está ante la presencia de contratos estatales de prestación de servicios o ante la existencia de un contrato realidad. Se habla de la *función permanente*, y se definen taxativamente los criterios que sumados a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resultan determinantes para delimitar el tipo contractual. Estos son: criterio funcional, criterio de igualdad, criterio temporal o de la habitualidad, criterio de la excepcionalidad y criterio de la continuidad. Estos fueron retomados por la sentencia final del trazo o C-614 de 2009, con fundamento en pronunciamientos realizados en fallos del Consejo de Estado, en los cuales se estudió la existencia del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Este fallo es de gran importancia, pues conmina a las entidades públicas y a los organismos de control para que se advierta y se evite esta práctica. No obstante el precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para las entidades y autoridades públicas, durante cerca de dos años de entrada en vigencia del mandato de la Corte Constitucional, han persistido en celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales y jurídicas para realizar labores y actividades permanentes.

3.3. Apoderamiento del principio de igualdad en la lista de elegibles para proveer cargos de carrera administrativa. Análisis jurisprudencial 1992-2013

En Colombia se cuenta desde 1938 con una normatividad en materia de carrera administrativa para los diferentes empleos del Estado, pero su aplicación se ha dificultado por la falta de voluntad política, el clientelismo, la corrupción y otros factores que demarcan la adquisición de nuestra propia cultura política, alejada de los fines constitucionales.

La Constitución Política de Colombia ha establecido el principio de igualdad como la principal forma para que sus ciudadanos lleguen a ejercer la función pública. En desarrollo de aquél, existe la carrera administrativa como principio rector trazado por la Constitución Política de Colombia, la que por regla general debe aplicarse para la provisión de cargos en la mayoría de entidades estatales, donde el criterio del mérito debe practicarse por parte del nominador.

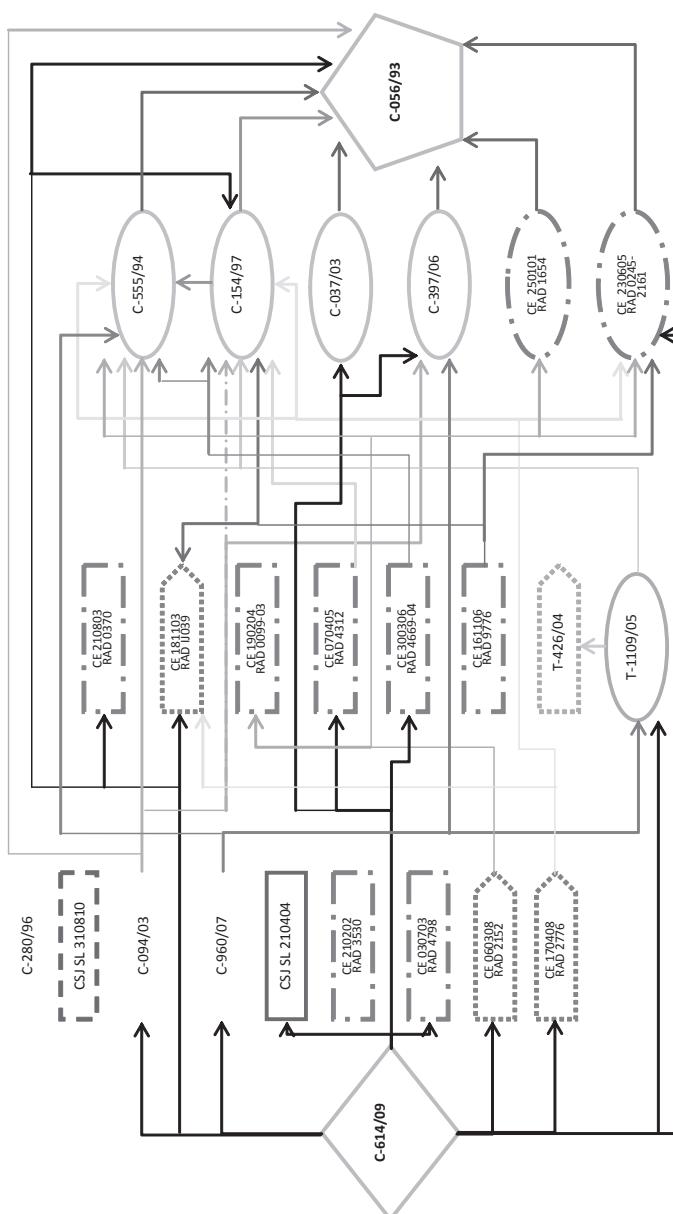


Figura 3. Diagrama de flujo del trazo jurisprudencial sobre el principio de primacía de la realidad

Frente a la diferenciación entre principio, valor y derecho a la igualdad, la Corte Constitucional en sentencia C-042 de 2003, manifestó lo siguiente:

Desde esta perspectiva, la igualdad como principio, valor y derecho fundamental se erige en límite constitucional de las competencias de regulación normativa que incumbe al legislador como titular de la cláusula general de competencia de modo que, so pretexto del ejercicio de la libertad de configuración normativa, no es constitucionalmente válido restringir el goce de derechos sin una justificación objetiva y razonable. En otros términos, la garantía efectiva de la igualdad constituye uno de los límites materiales que el legislador encuentra al ejercicio de su función, fuera de los cuales no le es posible obrar, por plausible y encomiable que sea el objetivo buscado con las normas que profiere.

En materia de lista de elegibles y provisión de cargos, la entidad nominadora por regla general deberá siempre nombrar al primero de la lista y respetarla, en estricto orden descendente, aun cuando se trate de concursos realizados en entidades o cargos a los que no se aplique la carrera administrativa, como es el caso de los trabajadores oficiales y los empleados de libre nombramiento y remoción.

Se establece que si en una entidad se realiza un concurso de méritos para proveer un cargo de carrera administrativa, la misma está obligada a respetar todas y cada una de las reglas previamente establecidas. Así mismo, si se establece alguna otra prueba diferente al examen escrito por todos presentado, como el caso de una conferencia por ejemplo, los puntajes obtenidos por cada uno de los participantes deben ser públicos y debe notificarse a los interesados para garantizar su derecho de contradicción.

Adicionalmente, desconocer el riguroso orden que se impone cuando, agotadas todas las etapas de selección, surjan nuevos elementos que a juicio de la entidad son valederos o justificables, pero que a la postre resultan dilatorios del proceso, más aún cuando son varios los cargos a proveer, equivale a quebrantar unilateralmente las bases de dicha convocatoria.

Todo concurso que se convoque para proveer cargos de carrera administrativa deberá ser público y abierto, a fin de garantizar la realización de los postulados constitucionales de igualdad de trato y del mérito en el acceso a la función pública, para que los mejores elementos lleguen a la misma.

Tabla 6. Universo citacional sobre el apoderamiento del principio de igualdad en la lista de elegibles para proveer cargos de carrera administrativa. Análisis jurisprudencial 1992-2013.

PRINCIPIOS QUE REGULAN LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO COLOMBIANO: ANÁLISIS DE LAS SUBREGLAS DE LA JURISPRUDENCIA

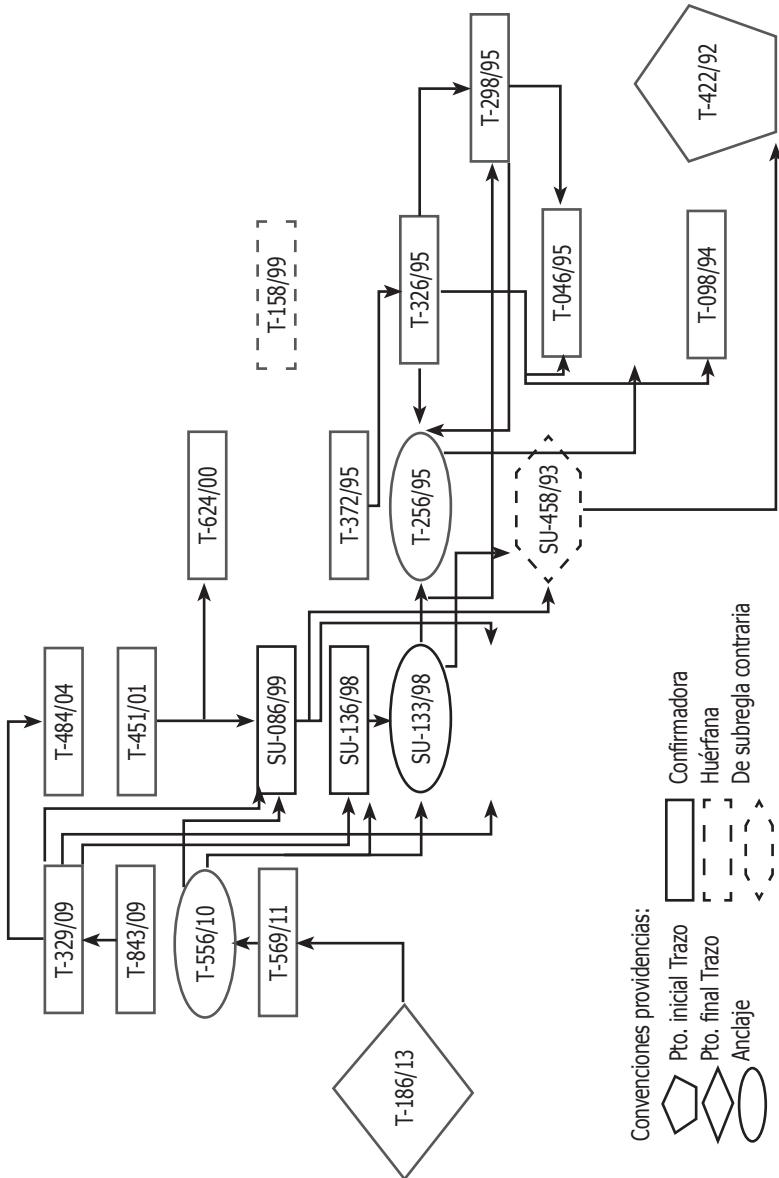


Figura 4. Diagrama de flujo del trazo jurisprudencial sobre el principio de igualdad.

4. CONCLUSIONES

Luego de sistematizar la totalidad de los datos con el propósito de proponer un panorama claro y real del tema estudiado, es posible asegurar que sí se pueden identificar los principios que orientan un ordenamiento jurídico a partir de un adecuado análisis de las *ratios* de la jurisprudencia; siendo este el adecuado entendimiento del ordenamiento jurídico positivo patrio, tal como se puede constatar en los fallos de la Corte Constitucional:

[...]una interpretación adecuada del artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.
(Sentencia C-539 de 2011)

Ha quedado visto que cuando se inicia un estudio de principios, este debe acomodarse a la realidad histórica en que se desarrolla (Goyes & Hidalgo, 2007), y por lo mismo, se está comprobando que esos mínimos extractados de las diversas reglas jurisprudenciales son básicamente declaraciones dinámicas, es decir, si bien mantienen su núcleo esencial, permanentemente se adaptan a las nuevas condiciones impuestas por el desarrollo de la actividad del Estado en sus diversas manifestaciones.

Esta estrategia pedagógica está diseñada para reducir el estudio de la masa decisinal, de un tema extenso, a un número prudente de decisiones en las que se define y se da contorno a las subreglas judiciales, que en este caso enriquecen el manejo de los distintos principios que subyacen frente a este punto del derecho. Esta estrategia, de cierta manera trata de ampliar el modelo propuesto por López Medina (2006), quien propone en cuanto al estudio de los pronunciamientos de las altas cortes:

El derecho de origen jurisprudencial tiene una característica sobresaliente: su desarrollo se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la subregla vigente en un momento dado (o lo que es lo mismo, para identificar el lugar del “balance constitucional” dentro de dos extremos posibles) hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí. (p.139)

Tal enfoque significó que los principios expresados en las sentencias de los altos tribunales fueran precisados a partir de la mixtura de tres ejes fundamentales: 1) un resumen de los hechos que originan el pronunciamiento de fondo (de la demanda administrativa, de la acción de tutela, o del contenido de las normas que fueron atacadas en inconstitucionalidad); 2) una síntesis de los fundamentos jurídicos en

los cuales se basa el tribunal para adoptar una decisión de restablecimiento del derecho subjetivo, de protección de derechos fundamentales o de exequibilidad o inexequibilidad de una norma; y 3) una síntesis de la decisión adoptada por la alta corporación.

Al ejercer una discriminación positiva sobre los distintos fallos judiciales, se posibilitó la identificación de los momentos iniciales y terminales del trazo, los puntos de anclaje jurisprudencial, las providencias fijadoras de criterios y, por supuesto, la providencia fundacional del principio escogido.

Se demuestra a través de la presente experiencia que los participantes han logrado desarrollar capacidades no solo investigativas, sino también de elaboración de discusiones jurídicas y de edificación de trazos jurisprudenciales o diagramas de flujo jurídico, relativamente complejos, lo cual contextualiza en la praxis este proyecto, pues su adecuada realización tiene un impacto académico cierto y verificable.

No cabe duda acerca de la vigencia de los principios en la esfera de la función pública, pues aun siendo estos sometidos a juicios de ponderación, han salido victoriosos en un gran número de decisiones, frente a otros objetivos sociales. Esto ratifica que existe un alto nivel de convergencia a torno a su respeto, reflejando su validez y su carácter de normas colectivamente vinculantes.

Bibliografía

- Alexy, R. (2000). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Ariel.
- Arango Rivadeneira, R. (1994). "El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 5, Universidad de los Andes, pp. 50 - 60.
- Aragón Reyes, M. (1997). *El juez ordinario entre la legalidad y constitucionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2005) *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El Derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bidart Campos, G. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.
- Bobbio, N. (1994). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Calsamiglia, A. (1993). *Ensayo sobre Dworkin, Prólogo a Los Derechos en Serio*, Madrid: Planeta Agostini.
- Cohem, F. (1933) *Systems and Legal Ideals*, New York: Falcon Press.
- Dueñas, O. (2005). *Control Constitucional, análisis de un siglo de jurisprudencia*. Bogotá: Rodríguez Editores.
- Derecho Constitucional. Perspectivas Críticas*. (1996). Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.
- Dworkin, R. (1998). *Los derechos en serio*. Madrid: Editorial Ariel.
- Favoreau, L. (1999). *Legalidad y Constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Solano, A. (1981), *Derecho al Trabajo, principios y relaciones individuales*, Bogotá: Ed. Temis.
- Goyes Moreno, I. & Hidalgo Oviedo, M. (2007). *Principios del derecho laboral: líneas jurisprudenciales*. 2ed, San Juan de Pasto: Universidad de Nariño.
- López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces*. 2ed, Bogotá: Legis Editores S.A.
- Morelli Rico, S. (1997). *¿La Corte Constitucional: Un legislador complementario?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Obando Garrido, J. M. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Prieto Sanchis, L. (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Uprimmy, R. & Rodríguez, A. (2003) *La interpretación judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura & Universidad Nacional.
- Valencia Restrepo, H. (2005). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 3ed, Bogotá: Temis.
- Younes Moreno, D. (2001). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Temis.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

N°
41

188

La memoria del conflicto. Un derecho y una razón para la dignidad, la reparación y la paz a propósito de un estudio comparado

The memory of conflict. A right and reason for dignity, peace and repair based on a comparative study

Rogers Arias Trujillo*

Fecha de recepción: 29 de noviembre del 2014

Fecha de Aceptación: 2 de febrero del 2015

RESUMEN

El escrito brinda una idea general sobre la memoria a propósito de las conversaciones de paz que se adelantan en la Habana -Cuba. Claramente es un tema que cobra relevancia por la discusión política y las precisiones jurídicas a las que se debe llegar una vez firmado el acuerdo con la insurgencia. El breve repaso internacional sobre la memoria, es un abrebotas que aterriza en los intentos realizados en Colombia y cómo los mismos estructuraron un andamiaje normativo que se perfiló recientemente con las Leyes 975 de 2005 y 1148 de 2011. Resulta destacable cómo la justicia colombiana, a través de sus operadores y con la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido un instrumento vital para la discusión de la memoria en la sociedad. Concluye el trabajo, que la culminación

del conflicto armado colombiano pasa precisamente por el tratamiento que se le conceda a la memoria, dentro del ejercicio de una Comisión de Verdad, pues solo a través de ella se puede construir el tejido social que la confrontación, por espacio de más de cincuenta años, ha devastado.

Palabras clave: conflicto, memoria, verdad, justicia, cortes, dimensión objetiva e individual.

ABSTRACT

This paper provides an overview of memory based on peace talks that are underway in Havana, Cuba. This issue is relevant for political discussion and legal details and should be resolved when an agreement with the insurgency is signed. This study begins with a brief international

* Abogado Universidad San Buenaventura Cali. Magíster en Derecho de la Universidad Icesi. Actualmente Juez Administrativo de Descongestión de Guadalajara de Buga. Contacto: Arias200@hotmail.com

review of the memory that led to the attempts at peace in Colombia. The article discusses how these attempts provided a regulatory framework that was recently outlined in Laws 975 of 2005 and 1448 of 2011. The Colombian Justice system, through their operators and with the influence of the Inter-American Court of Human Rights, has been a vital instrument for the discussion of memory in society. The paper concludes that

the climax of the Colombian armed conflict is the result of how memory has been considered in the context of a Truth Commission. Only through memory can the social fabric be built, as the old social fabric has been devastated by a fifty-year-old confrontation for space.

Keywords: conflict, memory, truth, justice, courts, objective and individual dimension.

Introducción

El presente trabajo es un estudio sobre el derecho a la memoria del conflicto que tienen todos los colombianos –su ámbito, su desarrollo, los antecedentes internos y externos–, el cual se desarrollará a partir de las definiciones que sobre el particular trae la Ley 1448 de 2011. Y es que la memoria como derecho resulta fundamental para que las sociedades alcancen verdaderos estadios de civilidad y puedan enfrentar con esperanza un futuro, con el serio compromiso de no repetición. En esta perspectiva, la historia resulta aleccionadora al mostrarnos cómo desde la memoria diferentes culturas y cosmovisiones han enfrentado el conflicto y construido una etapa de transición y, por qué no, han logrado la paz (Colmeiro, 2005).

Nuestro país no ha sido ajeno a este querer, pues desde las mismas luchas entre liberales y conservadores, pasando por la aparición de los movimientos guerrilleros –en los años sesenta– y el recrudecimiento de la violencia en los años ochenta –cuando surgieron los grupos de autodefensa, que después mutaron a paramilitares– hasta nuestros días, ha realizado muchos y costosos esfuerzos de construcción de paz (Fisas, 2008, p. 83), a través de amnistías o indultos, con comisiones que han tratado de encontrar la verdad y la razón de la contienda. Sin embargo, éstos han resultado estériles debido a las disímiles circunstancias de la guerra y los oscuros intereses creados por los actores –políticos, sociales, armados o económicos–, a quienes no les conviene que se devele la verdad.

De ahí que este trabajo busque –a través de diferentes relatos– configurar y validar ese derecho a la memoria. Para ello toma como hito de referencia el periodo conocido como *Época de la Violencia* (1948-1958), hasta el accidentado proceso con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y la promulgación del marco jurídico para la paz (Ley 975 de 2005) con el que se pretendió blindar este proceso. Igualmente, se enfocará en la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas, que dio vigencia jurídica al concepto de memoria histórica. Se estudiarán los cuerpos normativos que la antecedieron, a saber: las leyes 975 de 2005; y los pronunciamientos que sobre la materia han emitido la Corte Constitucional, la Sala Penal de la Corte

Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se valorará algunas posturas de doctrinantes nacionales y extranjeros, quienes a través de sus obras expresan el desenvolvimiento de la memoria histórica.

En este estudio también merece un análisis especial el antecedente español, referenciado por el senador Juan Fernando Cristo Bustos (2012) en su libro *La guerra por las víctimas: lo que nunca se supo de la ley*, el cual –según su criterio– tuvo hondas implicaciones en la Ley 1448 de 2011. Al respecto comenta que “con la Fundación Víctimas Visibles y el abogado Julio Sampedro se estudió la legislación española, muy enfocada en las medidas de satisfacción a las víctimas: en su derecho a la memoria” (p. 71). Lo anterior es de gran relevancia dado que permite comparar la Ley de víctimas colombiana con la Ley española No. 52 de 2007, o de memoria histórica,¹ que para la época del trámite legislativo al que hace referencia el libro, se destaca el papel que cumplió el derecho a la memoria, de acuerdo con lo planteado por doctrinantes ibéricos como Reyes Mate y José María Sauca.

Esta referencia es cardinal para la comprensión del derecho a la memoria contenido en la reciente normatividad colombiana, máxime cuando se plantea que es consustancial a las víctimas, y es una de las materias que se están discutiendo en las conversaciones de paz entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) y el Gobierno de Juan Manuel Santos en La Habana.²

El derecho a la memoria –génesis de la atención y reparación integral de las víctimas, como condición *sine qua non* para el afianzamiento de los procesos de paz– responde a un proceso de evolución histórica, estimulado por las experiencias internacionales y los pronunciamientos judiciales, y se constituye en un parámetro de comparación para mejorar el concepto que trae la Ley 1448 de 2011 o, lo que es mejor, aquel que en un posible acuerdo entre el Estado y la insurgencia se adopte.

De acuerdo con lo anterior, esta investigación se nutre de los conceptos, que tanto nacional como internacionalmente, definen el término memoria. Posteriormente, detalla la manera como se identifica el derecho a la memoria en la experiencia internacional desde la perspectiva de las comisiones de la verdad, para lo cual se narran puntualmente los sucesos que rodearon los procesos en Argentina, Sudáfrica, Guatemala y El Salvador, y se especifican las características de los contextos en los que estos se desenvolvieron.

¹ Por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista.

² *Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, tal como se denominó la hoja de ruta que orienta las conversaciones de paz entre la insurgencia y el Gobierno nacional. Este acuerdo establece seis puntos de discusión: participación política, política y desarrollo agrario, solución al problema de las drogas, víctimas, fin del conflicto y formas de implementación, verificación y renegociación de los acuerdos.

A partir de lo anterior, se continúa con la realidad colombiana (1948-1958) y la comisión que se creó hasta la Ley de víctimas del 2011, pasando por la Ley de justicia y paz. En este punto, el trabajo toma como referencia especial las sentencias de las altas cortes, como quiera que legitimaron el proceder del Estado frente al tratamiento que se les dio a los desmovilizados.

Así mismo, se estudian dos casos emblemáticos: Trujillo y las sentencias de justicia y paz dictadas contra los jefes de las autodefensas del bloque norte; para luego destacar los avances sobre el derecho a la memoria, así como las deficiencias en su formulación, y finalmente extraer las conclusiones pertinentes.

1. ANTECEDENTES INTERNACIONALES Y NACIONALES

Al contextualizar los antecedentes internacionales con los nacionales se logra observar que la perspectiva de memoria, estructurada en la Ley 1448 de 2011, parte de entender que en una sociedad en conflicto, el ejercicio de recordar es el mecanismo idóneo para restañar las heridas del tejido social.

Desde tiempos inmemoriales, el conflicto ha acompañado la historia de la humanidad como una forma atávica de resolver las diferencias que surgen en la convivencia. Cada conflicto tiene justificaciones que van desde lo ideológico, lo religioso, el espacio vital (*lebesraum*)³, hasta lo racial y económico, circunstancias que según las partes antagónicas resultan convenientes para sostener el lenguaje de la guerra.

Empero, es de esperar que la confrontación dé paso a un espacio donde la solución de los problemas esté guiada por el diálogo y la convivencia; formas institucionalizadas de crear una sociedad incluyente que evite el escenario de pugnacidad. Bajo esta situación, se hace evidente el hecho de que quienes sufrieron con mayor dureza el drama de la guerra y el conflicto, se pregunten por el origen del mismo, por el porqué de la violación sistemática de sus derechos humanos y por los discursos que sostuvieron ese *statu quo*. Y es en este punto de los cuestionamientos en que entra a jugar un papel fundamental la memoria, como el instrumento a través del cual las víctimas se erigen como determinantes para el cambio que se pretende construir en la Colombia del posconflicto, además de que ayudarán a trazar nuevos tejidos entre los ciudadanos y el Estado como hacedor y guardián de la paz.

No debe olvidarse que aquellas sociedades que no se han mirado a sí mismas para valorar sus conflictos –a la luz de la razón y la verdad–, y por el contrario, han dejado que el tiempo se encargue de restañar las heridas, la historia les ha cobrado esta omisión permitiendo que la violencia surja con alguna periodicidad y aproveche los réditos políticos que cualquier problema puede originar. Pero lo más grave estriba en que las cuentas no saldadas se reciclen y se reformulen en nuevas

³ Término usado por Adolfo Hitler para justificar el expansionismo alemán, dió como resultado la Segunda Guerra Mundial.

justificaciones para que otros actores sociales, espoleados por un sentimiento de revancha y desquite, susciten el caos y el desasosiego (Medina, Molina & García Miguel -Eds.-, 2008).

En esta dirección, cobran especial interés las comisiones de la verdad que los Estados constituyen para cimentar un nuevo pacto social, donde las graves violaciones a los derechos humanos por parte de los contendientes no tengan asidero ni sean el origen de nuevos conflictos (Espinoza Cuevas, 2003). Por tal razón, las experiencias internacionales y nacionales constituyen el horizonte que permite vislumbrar la memoria del conflicto colombiano como una forma de construir una nueva sociedad, que resuelva sus diferencias políticas, ideológicas o económicas a través del diálogo democrático.

A continuación se dará una breve mirada a las experiencias de memoria en otras latitudes, en especial aquellas que han concluido con comisiones de la verdad y que para el caso colombiano, representan una obligada referencia.

1.1. Sudáfrica

Hablar de Sudáfrica en cuestiones de memoria es abordar uno de los casos más emblemáticos y distintivos en la forma en como una sociedad terminó con las graves violaciones a los derechos humanos, los que el régimen del *Apartheid* ocasionó, de acuerdo con sus particularidades históricas, étnicas, religiosas, ideológicas y sociales, dando origen a la sociedad multicultural actual.

En este país pesó el pragmatismo de la historia y la idiosincrasia de la cultura africana, porque aunque el principal problema del régimen sudafricano era el racismo, sobre él confluía una lucha de clases avivada por la Guerra Fría, donde el Estado ejercía con mano dura la función de reprimir las sublevaciones de tinte nacionalista y comunista que afloraron en todo el continente africano a partir de 1950.

Para contextualizar la situación sudafricana, cabe recordar que desde 1948, a raíz del triunfo en las elecciones del partido *afrikáner*, se institucionalizó la separación racial en todos los ámbitos de la sociedad y la minoría blanca se posicionó como dominante, en desmedro de la mayoría negra, situación que perduró hasta 1992 (Mendoza, 2010).

Esta discriminación adquirió el carácter de legal, al otorgarles a los segmentos poblacionales no blancos -que incluían además de los negros a las minorías indias y de otras nacionalidades que vivían en el país-, derechos de segunda categoría, lo cual les impedía el acceso a la educación, a la salud y al trabajo en las mismas condiciones de los blancos.

Ello permitió el surgimiento, a partir de la década de 1960, de una gran movilización social en contra de las medidas del gobierno de Pretoria, la que se concretó

tanto en protestas pacíficas como en lucha armada. En esos años de movilización surgió la figura de Nelson Mandela, quien como dirigente del Partido del Congreso Africano fue detenido por el gobierno y condenado a cadena perpetua en un juicio duramente criticado por la comunidad internacional, y que a la postre, sirvió para cimentar las sanciones de que fue objeto el régimen.

La liberación de Mandela, en febrero de 1990, dio comienzo a la derogación paulatina del entramado legal que sostenía al *Apartheid*, y a las primeras elecciones multirraciales en 1994 que desembocaron en la entrada en vigor de la Constitución de 1997. A partir de ese momento, Sudáfrica cobró conciencia de las flagrantes violaciones a los derechos humanos durante el periodo de la segregación racial, de ahí que decidiera instituir una comisión para la verdad y la reconciliación (*Truth and Reconciliation Commission*), presidida por el arzobispo Desmond Tutu, cuya finalidad era establecer una justicia restaurativa en el camino hacia la democracia que estaba viviendo el país.

Indudablemente, Sudáfrica –con sus comisiones de la verdad y la reparación– pasó a la historia como la nación que hizo posible la transición democrática, pero sobre todo como un país que con el apoyo de todos los partidos políticos y la comunidad internacional, instauró un proceso que involucró a las víctimas y les dio el lugar que les correspondían como directos afectados del régimen racista (Schabas en Gómez Isa, 2006).

Las principales características de esa comisión fueron:

- Importantes atribuciones legales y un amplio apoyo nacional e internacional.
- Gran apoyo logístico desde el punto de vista de los recursos y del personal auxiliar para el cumplimiento de sus funciones (Ceballos, 2009).
- Acceso directo a las víctimas y victimarios (con estos últimos, se hacía necesario para que pudieran hacerse acreedores a los beneficios judiciales que concedía la comisión, concretados en una amnistía).
- Transmisión en vivo y en directo de las denuncias de las víctimas y las confesiones de los perpetradores, lo que facilitó la protección de las primeras mediante esquemas de seguridad.
- Participación de integrantes de las organizaciones religiosas y de defensa de los derechos humanos.
- Amplios e ilimitados señalamientos a los perpetradores que incluían, entre otros, distintas personalidades de los órganos de poder.

Sin embargo, no todas las conductas llevadas a cabo en nombre del *Apartheid* se investigaron, como por ejemplo el desplazamiento forzado de comunidades. El periodo de estudio del fenómeno racista estuvo limitado a 34 años (1960-1994) y las compensaciones ofrecidas a las víctimas no fueron las adecuadas.

El informe de la comisión fue entregado al presidente Nelson Mandela, en 1998.

1.2. El Salvador

La comisión de la verdad para El Salvador fue instituida como respuesta a la guerra civil que vivió el país centroamericano entre 1980 y 1992, y que culminó con los acuerdos de Chapultepec. La guerra civil salvadoreña consistió en el enfrentamiento entre el gobierno y la insurgencia del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), dentro del marco de la Guerra Fría. Los guerrilleros eran apoyados por la Unión Soviética, Nicaragua y Cuba, mientras el gobierno lo era por los Estados Unidos, nación que desplegaba su apoyo con base en la doctrina contrainsurgente aplicada por los escuadrones de la muerte.

Un conflicto tan dilatado en el tiempo produjo inevitablemente infinidad de violaciones a los derechos humanos, materializadas en asesinatos selectivos, desplazamientos y desapariciones forzadas, torturas, violaciones, reclutamiento de menores de edad y demás vejaciones. Ello obligó a que a través del acuerdo de Chapultepec, auspiciado por la ONU, se diseñara una comisión que estudiara tales conductas.

Esta comisión estuvo integrada por Belisario Betancourt Cuartas (Colombia), Reynaldo Figueredo (Venezuela), Thomas Buergenthal (EE. UU.) y Patricia Tappatá de Valdez (Argentina), como secretaria técnica. Las conclusiones fueron entregadas el quince de marzo de 1993. Esta heterogeneidad de personalidades fue, sin embargo, uno de los puntos más criticados de la comisión, pues a pesar de que su composición reflejaba la neutralidad de sus integrantes, también es cierto que la sociedad civil y sus organizaciones no tuvieron la participación que se precisaba, siendo ellas las depositarias de todo el conocimiento de los hechos acaecidos en el país centroamericano (Gaborit, 2002).

El objetivo de la comisión estuvo más enfocado en la verdad y en la reconciliación que en la justicia. Es más, uno de sus inconvenientes fue que sus conclusiones, además de ser criticadas por el gobierno, quedaron en el aire con la expedición de la Ley de Amnistía de 1993 (Decreto 486 de El Salvador, 1993). Tampoco hubo colaboración por parte del aparato represor del Estado –entiéndase Ejército, Policía, organismos de inteligencia y escuadrones de la muerte auxiliados por aquellos–, para el esclarecimiento de los crímenes cometidos contra organizaciones sociales, sindicales y de la izquierda legal.

Las ayudas logísticas necesarias para la tarea que se emprendió –estudio de lo sucedido en El Salvador durante doce años–, fueron precarias pese a que el grupo de colaboradores precisaba de ingentes recursos humanos y financieros. Del mismo modo, los testimonios frente a lo sucedido fueron dados con recelo porque no existían programas de protección.

Destacable el hecho de que ante la insuficiencia de recursos, la comisión llegó a conclusiones importantes en materia de reformulación del sistema judicial,

adiestramiento y depuración en la fuerza pública de aquellos miembros involucrados en violaciones a los derechos humanos. También estudió el fenómeno de los grupos armados privados y dio sugerencias en materia de memoria.

1.3. Guatemala

La Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala nace el 23 de julio de 1994, en Oslo (Noruega), a partir del acuerdo sobre el establecimiento de la comisión para el esclarecimiento histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca. Esta comisión estuvo conformada por Christian Tomuschat de Alemania, y los guatemaltecos Alfredo Balsells Tojo y Otilia Lux de Cotí.

Aunque la comisión tuvo restricciones para su mandato –lo que llevó a que sus conclusiones no identificaran a los responsables ni motivaran enjuiciamientos–, tuvo a su favor el hecho de que la sociedad civil participara activamente en sus actividades, lo cual facilitó el acceso a las víctimas. Uno de los puntos más controvertidos del proceso que adelantó la comisión consistió en que las organizaciones militares y de policía no colaboraron decididamente en el desarrollo de sus propósitos (ODHAG, 2009).

Si bien podría pensarse que el conflicto armado de Guatemala se vio inmerso en las luchas sociales de mediados del siglo XX en América Latina y en el enfrentamiento propiciado por la Guerra Fría, se diferenció claramente de los conflictos de otros países –en especial de El Salvador– en virtud de la influencia que en él ejerció el factor étnico y racial. La insurrección armada se vio respaldada por amplios sectores de la población indígena maya, lo que motivó que la lucha del gobierno contra la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) adquiriera en algunos estadios dimensiones de genocidio, con el subterfugio de eliminar el apoyo civil a los alzados en armas.

Esta particularidad fue tenida en cuenta por la comisión y su equipo de colaboradores, quienes a sabiendas de que la mayoría de las víctimas pertenecían a la población indígena, acudieron a traductores para la recolección de testimonios, lo cual indica que su mandato tuvo el apoyo financiero y logístico adecuado para el propósito que buscaba.

Lamentablemente, el informe de la comisión y sus conclusiones no fueron aceptados por el presidente de Guatemala y muchos de los hechos denunciados fueron cobijados por la amnistía contemplada en la Ley de Reconciliación Nacional, del 19 de diciembre de 1996. El informe de la comisión fue conocido como *Guatemala, memoria del silencio*.

A la par del informe entregado por la comisión, la Arquidiócesis de Guatemala, en colaboración con otras organizaciones de la sociedad civil, adelantó un pro-

yecto de recuperación de la memoria histórica que culminó con el documento denominado *Guatemala, nunca más*, de abril de 1998.

1.4. Argentina

La experiencia de la comisión de la verdad en el país austral nace a partir del fin de la dictadura, en 1983, cuyo proceso autodenominado de reorganización nacional ejerció una persecución sin piedad contra grupos de izquierda, asociaciones de derechos humanos y todo grupo político o social que se opusiera o disintiera de sus mandatos.

Esta política estatal no fue ajena al momento histórico que vivía América Latina con el asentamiento de las dictaduras en el Cono Sur, cuyo signo ideológico, además de la lucha antisubversiva, era situarse del lado de los Estados Unidos en la Guerra Fría, dentro de la doctrina de la seguridad nacional. La persecución a los elementos disidentes en América del Sur adquirió celebridad con el Plan Cóndor, orquestado por Chile, Uruguay, Paraguay, Argentina, Brasil y Bolivia, que aunaron esfuerzos para repatriar y, si era el caso, ejecutar a los disidentes (Pico, 2006).

En el caso argentino, esta persecución toma forma a partir del golpe de estado del 24 de marzo de 1976, cuando los militares arrestan a la presidenta Isabel Martínez de Perón, instalan una junta de comandantes de las tres fuerzas (Armada, Aviación y Ejército) y asumen las facultades legislativas, ejecutivas y judiciales.

Con la caída de la junta militar, el Gobierno de Raúl Alfonsín, con base en el Decreto 187/83, crea la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep) para que en el término de ciento ochenta días, contados a partir del día de su constitución, emitiera un informe sobre la desaparición de personas y consignara en él una explicación detallada de los hechos investigados, en especial los referidos al destino de los niños sustraídos de la tutela de sus padres o guardadores, así como la formulación de denuncias ante la justicia contra los autores de las conductas criminales relacionadas en los hechos investigados.

Esta comisión, que estuvo integrada por catorce personas –entre las que destacaba el escritor argentino Ernesto Sábato–, ocho designadas directamente por el presidente de la República y seis por el Congreso de la nación, recabó la información recorriendo el país en busca de los testimonios de las víctimas, de sus familiares, así como de sus represores. De la misma manera, acudieron a los sitios utilizados por la represión y constataron la información de los centros carcelarios y policiales. Sin duda, la comisión recibió apoyo logístico y económico para la tarea que estaba adelantando.

La comisión entregó al presidente de la República el informe conocido como *Nunca más*, el 20 de septiembre de 1984. En él se concluyó que durante el periodo de la dictadura se dio una violación sistemática de los derechos humanos dirigida

por el Estado en nombre de la seguridad nacional. Consignó, igualmente, que en ese lapso hubo alrededor de 8.961 desaparecidos. El informe se constituyó en una valiosa prueba durante el juicio adelantado contra los integrantes de la junta militar que gobernó Argentina durante el periodo de 1976 a 1983.

Esta rápida contextualización sobre algunas comisiones de la verdad, establecidas alrededor del mundo, busca dar una idea del camino transitado en esta materia. Lamentablemente, se han dejado de lado otras comisiones importantes constituidas en América Latina, entre las que cuentan las de Perú y Chile. Vistos suictamente los anteriores ejercicios de memoria histórica, en adelante abordaremos los intentos de comisiones de la verdad en Colombia, en especial la comisión de la verdad de 1958, para luego seguir con el análisis de las leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011.

1.5. Comisión de la verdad de 1958

A raíz de los graves hechos que sucedieron al asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, Colombia dio comienzo a un oscuro periodo histórico conocido como la *Época de la Violencia*, que enfrentó a los partidos liberal y conservador en una guerra civil sin declaración formal que se llevó a cabo entre 1948 y 1958 (Guzmán, Fals Borda y Umaña, 2005). Esta oscura etapa fue tristemente célebre por las atrocidades que se practicaron por parte de los bandos en contienda. Ya en los inicios del Frente Nacional, en 1958 –en el Gobierno de Alberto Lleras Camargo– se instaló la comisión nacional investigadora de las causas y situaciones presentes de la violencia en el territorio nacional, creada el 21 de mayo de 1958 mediante el Decreto 0165 de la Junta Militar, cuyo funcionamiento se extendió hasta enero de 1959.

198

El objetivo de esta comisión era estudiar el fenómeno de la violencia mediante visitas a las zonas afectadas, constatando los problemas y necesidades de la gente para luego sugerirle al gobierno acciones que debía adoptar. Sin embargo, la comisión nunca entregó un informe definitivo, aunque suministró notas parciales de sus actividades. Mucho del trabajo referido fue compendiado en el libro *La violencia en Colombia*, de Germán Guzmán Campos, Orlando Fals Borda y Eduardo Umaña Luna (2005).

Con las conclusiones en mano, el Gobierno nacional organizó la Oficina Nacional de Rehabilitación mediante el Decreto 1718 del 3 de septiembre de 1958, cuyo objetivo era restablecer las condiciones políticas de las zonas más afectadas por la violencia.

La comisión de 1958, si bien tuvo apoyo del Gobierno, no dio un lugar a las víctimas en su integración, aunque se le debe que en determinadas zonas del país facilitó acuerdos de pacificación entre los contendientes y legitimó el compromiso al que llegaron las élites para dar fin a la violencia. Sin embargo, a pesar de poner en

evidencia los problemas del país, no afrontó el problema principal sobre el que se cuece el conflicto: la tenencia de la tierra.

1.6. La Ley de Justicia y Paz

Luego de establecida la comisión de 1958, el país prosiguió la espiral de violencia, con cotas de enconamiento y baja intensidad. Con el pasar del tiempo se pretendió dar fin a determinados conflictos con la instalación de mesas que en un ejercicio de estudio y análisis buscaban determinar las causas que llevaron a tal situación.

Como simple mención podemos señalar la *Comisión de estudios sobre la violencia*, instaurada en 1987 bajo la presidencia de Virgilio Barco; la *Comisión de superación de la violencia*, como parte de los acuerdos con el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el movimiento armado Quintín Lame; y la *Comisión de derechos humanos de la Costa Atlántica*, promovida dentro del pacto suscrito con el Partido de los Trabajadores. Todas estas comisiones fueron adelantadas en el gobierno de César Gaviria. Más adelante, durante el cuatrienio de Ernesto Samper, se destacan la *Comisión de derechos humanos*, en el marco de los acuerdos celebrados con la Corriente de Renovación Socialista, y la *Comisión de investigación de los sucesos violentos de Trujillo*. Por último, se tiene la *Comisión de la verdad* que investigaría los hechos del Palacio de Justicia. Lo anterior demuestra que el conflicto se fue extendiendo en el tiempo, con la inclusión de nuevos actores, pero con iguales o peores secuelas que las descritas en la comisión de 1958.

Precisamente, dada la exacerbación del conflicto, el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, a instancia de muchos sectores sociales y organizaciones internacionales, da comienzo a una serie de conversaciones de paz con los grupos de las Autodefensas Unidas de Colombia. A la luz del marco jurídico determinado por la Ley 975 de 2005, se buscó la regularización de los combatientes fundamentada en exigencias internas y externas que consideraban un tratamiento distinto del ofertado en otras ocasiones para la resolución de los conflictos que tuvieron lugar en Colombia en los últimos cincuenta años (Gamboa, 2010).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el periodo transcurrido entre el 2002 y el 2010 se incubó y desarrolló la Ley de Justicia y Paz que, cabe decirlo, partió de contradicciones de fondo, pues mientras la política oficial negaba la existencia del conflicto armado y lo rotulaba como “amenaza terrorista” –muy a tono con el concierto internacional desde los atentados del 11 de septiembre de 2001– a la par sosténía diálogos con uno de los actores armados –paramilitares– y excluía los otros –subversión–.

Más allá del tratamiento preferencial que se les dispensó a determinados grupos armados en desmedro de otros, y de las indudables relaciones de parte del conglomerado social, político y económico con el discurso de los primeros, que culminó con el escándalo de la parapolítica, merece destacarse el trabajo que a partir de esta

experiencia se estructuró desde el punto de vista de la memoria. Así, se tiene que la Ley 975 de 2005 plantea por primera vez referencias sobre el tema (artículos 8, 32, 51, 56 a 58); empero, cada referencia que de ella se hace remite a un contexto que en cierta medida puede verse como limitado.

Estas limitaciones se fundamentan en la manera como se estructuró este cuerpo normativo, que antes que brindar un espacio en el que se explicaran los hechos que precedieron la conformación de los grupos que se acogieron a este instrumento jurídico, prefirió la seguridad jurídica de los desmovilizados, incluso por encima del derecho de las víctimas a conocer el porqué de sus atropellos. En principio podría pensarse en un panorama desalentador al ejecutarse la búsqueda de la verdad en un conflicto sin culminación; sin embargo, varios factores confluyeron positivamente para que el derecho de memoria tomara fuerza y se convirtiera en un contundente apoyo de las víctimas.

En primer lugar, se tiene la Ley 975 de 2005, que a pesar de que terminó convertida en un estatuto ajustado a las necesidades de los grupos paramilitares, su revisión por parte de la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-370 de 2006, determinó ciertas exigencias en materia de verdad y reparación, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos. En segundo lugar, la implementación de la Ley de Justicia y Paz trajo consigo que durante los procesos contra los desmovilizados surgieran versiones sobre los hechos violentos, lo que originó el comienzo de nuevas investigaciones contra otros implicados –en especial políticos– y la participación de las víctimas como parte. Y en tercer lugar, se tiene el papel que jugó la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), institución que si bien por sus orígenes netamente gubernamentales daría lugar a pensar que tendría una visión sesgada sobre su papel como un instrumento revalidador de ciertas memorias oficiales, promovió experiencias que explicaron algunos de los sucesos más violentos que marcaron a la sociedad colombiana.

No debe olvidarse que la CNRR ejercía funciones que lejos de calificarse como propias de una comisión de la verdad, de acuerdo con lo tratado en párrafos anteriores, eran labores de recopilación de situaciones presentadas en el conflicto. Es claro que uno de los mayores problemas de la CNRR estriba en que muchos de los actores armados no se han desmovilizado, lo que impide un accionar más productivo y menos peligroso.

2. LAS CORTES Y LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ. UNA MIRADA PARA LA MEMORIA

Uno de los puntos que legitima el proceso de justicia y paz y que se mencionó anteriormente, es el derivado de las revisiones que hizo la Corte Constitucional al texto de la Ley 975 de 2005 y del horizonte de su aplicación directa a través de la Corte Suprema de Justicia.

LA MEMORIA DEL CONFLICTO. UN DERECHO Y UNA RAZÓN PARA LA DIGNIDAD, LA REPARACIÓN Y LA PAZ A PROPÓSITO DE UN ESTUDIO COMPARADO

A partir de esta construcción jurisprudencial, el modelo de justicia transicional propuesto por la Ley 975 de 2005 fue adquiriendo cuerpo dentro del contexto nacional e internacional, pues a pesar de las incontables críticas que generó fue el instrumento gubernamental a través del cual buena parte de las estructuras paramilitares entregaron sus armas, lo que implicó que el modelo se constituyera en un factor de confianza para que los miembros del grupo ilegal creyeran en el proceso de desarme, al tiempo que los desalentaba para que tomarán nuevamente las armas.

En esa dirección, el trabajo de las Cortes –además de blindar el proceso jurídicamente en consonancia con los estándares internacionales– se erigió en una retaguardia que protegía los derechos de las víctimas, en especial el que convoca el presente trabajo como es la memoria. A continuación se destacarán las sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema que dentro de lo planteado resultan relevantes:

1. Sentencia C-319 de 2006

La demanda que originó la sentencia planteaba como principal cuestionamiento que el trámite de la Ley de Justicia y Paz debía adelantarse por medio de una ley estatutaria y no de una ordinaria. La Corte concluyó que tal reserva no existía al no afectarse la estructura general de la administración de justicia o la garantía de los principios generales de la misma, ni se desarrollaban aspectos sustanciales de esta rama del poder público.

2. Sentencia C-370 de 2006

Este fallo es de importancia capital en la comprensión de la Ley 975 de 2005, pues la legitimó como el instrumento a través del cual se facilitaba el proceso de desmovilización de los combatientes pertenecientes a los grupos paramilitares. Esta sentencia tiene la virtud de haber armonizado sus postulados legales con la normatividad internacional y permitido que el proceso de desmovilización tuviera un cariz distinto, al dejar de lado muchos de los beneficios –en especial para las víctimas– que la hacían reprochable. Uno de sus puntos emblemáticos es el tratamiento que le da a la memoria, al considerarla parte importante de la reparación que reciben las víctimas y el tratamiento que en la ley se le debe otorgar.

La Corte establece con total claridad que la Ley 975 debe ser entendida como el instrumento de justicia transicional mediante el cual el Gobierno pretende desmovilizar los grupos armados ilegales. En otras palabras, la norma acerca a los actores armados a la sociedad por medio de un marco jurídico que permite conciliar las afrontas que cometieron cuando tomaron las armas y la tranquilidad de la ciudadanía.

Esta corporación declaró inexequibles algunas expresiones de los artículos 11, 17, 44 y 46, porque condicionaban con enunciados del tipo “si los tuvieran” o “de ser

“possible”, la entrega de bienes que los actores ilegales debían hacer a las víctimas por los actos violatorios de la ley penal.

En esa misma dirección se encaminó la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones contenidas en los artículos 13 y 18, al supeditar la procedencia de las medidas cautelares de los postulados solamente sobre los bienes ilícitos y dejaban por fuera los lícitos en desmedro de los derechos de las víctimas.

Eliminó la posibilidad de computar el tiempo en las zonas de concentración como parte de la pena alternativa contemplada en la Ley de Justicia y Paz, en el artículo 31. Conceptuó el alto tribunal que dicha concentración no era una manifestación del *ius puniendi* del Estado, sino el simple acuerdo del grupo armado y el gobierno. De la misma manera, declaró inexequible la posibilidad que el artículo 25 daba al postulado a justicia y paz de no expresar todas las conductas punibles en las que estuviere incurso, sino hacerlo con posterioridad. La Corte expresó que tal procedimiento atentaba contra los derechos de las víctimas e incentivaba la impunidad.

Igualmente, suprimió la posibilidad que daba el artículo 29 de coexistir el beneficio de la reducción de la pena con fenómenos de reincidencia criminal y con delitos distintos por los que fue condenado en el estatuto transicional, situación que afectaría el derecho de las víctimas a la no repetición y a la justicia como valor.

Prescindió de la restricción presupuestal que establecía el artículo 55 de someter el reconocimiento que se hacía a las víctimas a los recursos contemplados en la vigencia fiscal respectiva, por considerar que se estaría desconociendo con ello un derecho judicialmente reconocido.

202

Descartó la rebaja de penas considerada para aquellos postulados que estuvieren condenados al momento de expedirse la ley, así como la conversión al delito de sedición de las actuaciones de los grupos paramilitares (artículos 70 y 71), declaratoria de inexequibilidad que en este caso se basó en vicios de procedimiento y no de fondo.

Los artículos 3, 5, 10, 17, 19, 29, 30, 47 y 54 fueron declarados exequibles de manera condicional por la Corte, en el entendido de que su comprensión debía buscar la materialización de los derechos de las víctimas, como son los de la verdad, justicia y reparación. Precisamente, en esta dimensión y para orientar el debate sobre la memoria, es del caso destacar las menciones que sobre el tema hizo el alto tribunal.

Para la Corte, la memoria como derecho colectivo es una manifestación del derecho a saber o derecho a la verdad inherente a las víctimas, –según los principios de *Joinet*, que además cuentan con el de justicia y reparación–.

Así lo expresa en uno de sus apartes:

LA MEMORIA DEL CONFLICTO. UN DERECHO Y UNA RAZÓN PARA LA DIGNIDAD, LA REPARACIÓN Y LA PAZ A PROPÓSITO DE UN ESTUDIO COMPARADO

[...] de que se viene hablando precisa que no se trata solamente del derecho individual que toda víctima o sus parientes a saber qué pasó, sino que también se trata de un derecho colectivo que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan. En tal virtud se tiene, a cargo del Estado, el “deber de la memoria” a fin de prevenir las deformaciones de la historia.

Luego concluye el alto tribunal que una de las facetas del derecho a la verdad se estructura cuando los Estados en procesos de transición judicial “[...] pongan en marcha en el corto plazo comisiones no judiciales de investigación”.

La memoria se traduce –además del trabajo de las comisiones para esclarecer lo que aconteció– en una faceta de los derechos a la verdad y a la reparación, como bien lo dijo la alta corporación:

En esta medida, el legislador entendió que una de las medidas más importantes para satisfacer los derechos a la verdad y a la reparación, para promover el deber de la memoria colectiva y para asegurar la adopción de medidas adecuadas de no repetición, era la reconstrucción de un relato histórico que pueda nutrirse con las actuaciones que tengan lugar al amparo de la Ley. Por eso dedicó varios artículos a la protección de este derecho y un título completo a la garantía de la memoria.

Es claro que este fallo, sumado a la legitimación jurídica que supuso para la desmovilización de los grupos de autodefensa el apoyo recibido por los grupos de presión (Human Rights, 2006) en favor de las víctimas y de diversas organizaciones nacionales e internacionales, se erigió en la bitácora que conduciría el proceso de negociación.

Tal y como se dijo en párrafos anteriores, esta sentencia constituye una adecuación a los estándares internacionales del ordenamiento jurídico que aplicarían a los grupos paramilitares, al poner de relieve los derechos de verdad, justicia y reparación. Justamente, en relación con el derecho a la verdad, y por la correspondencia que tiene con el tema que aquí se desarrolla, lo expresado por la Corte sitúa a la memoria en una faceta preponderante para su satisfacción.

Y aunque podría pensarse que lo expresado por el alto tribunal fue insuficiente en lo pertinente a la memoria, al no extenderse de la forma que el tema exigía, dicho proceder está justificado en que el tratamiento concedido por el legislador fue precario y con la revisión que se hizo sólo se ajustó a los criterios internacionales de la materia, en especial a los dictados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto por la Comisión como por la Corte.

Al corriente de esta línea argumentativa, es válido afirmar que esta providencia rectifica el rumbo del proceso de negociación con los paramilitares desde la perspectiva de las víctimas. Sobre la base del interés de este trabajo, la memoria como

faceta del derecho a la verdad era un deber que asumía el Estado como representante no solo de la ciudadanía, sino de aquellos que sufrieron los embates de esos grupos armados.

3. Sentencia C- 575 de 2006

En esta providencia la Corte declaró inexistente la expresión del artículo 44 numeral 45.i “obtenidos ilícitamente”, al entender que los victimarios no repararían con los bienes obtenidos lícitamente, burlando así los derechos de las víctimas a la justicia y a la reparación. Igualmente, hizo otras declaratorias de exequibilidad condicionada sobre los artículos 27 y 37 del mismo estatuto, en el entendido de que debía propugnarse aquella interpretación que mejor conjugue los derechos de las víctimas.

4. Sentencia C- 1199 de 2008

Esta sentencia declaró inexistente el artículo 47 al estimar que la reparación del Estado debe ser subsidiaria a la del victimario y que sean estos los que respondan en primera instancia.

Por el lado de la Corte Suprema de Justicia, su labor es mucho más intensa y profusa, porque a partir de la competencia que se le concedió como juez de segunda instancia de los procesos que se adelantaran de acuerdo con la Ley 975 de 2005, le correspondería conocer de las apelaciones de las providencias dictadas, según el artículo 26. A continuación, se escogerán las más destacadas:

1. Proceso 26945, de julio 11 de 2007. Magistrados ponentes: Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

Esta sentencia marca un hito importante en el proceso de justicia y paz al determinar con claridad que los miembros pertenecientes a los grupos de autodefensa no podrían ser juzgados bajo el delito de sedición, porque de ninguna manera su proceder encuadraba como aquel que perturba el orden institucional. Para la Corte Suprema, el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 no produjo efectos entre los postulados –además de su declaratoria de inexistencia por parte de la sentencia C-370 de 2006 por vicios de forma– dado que extendía la categoría de delito político al concierto para delinquir, situación que no es admisible si se parte de los criterios establecidos por la Constitución para entenderlo como tal, aunado a ello el hecho de que se violarían los derechos de las víctimas.

2. Proceso 34423, de agosto 23 de 2011. Magistrado ponente: José Leónidas Bustos Martínez

Esta providencia resulta importante para el proceso de Justicia y Paz, no tanto por la consecuencia procesal a la que arribó la Corte, a saber, la declaratoria de nulidad de lo actuado, sino por las exigencias que se deben establecer dentro de las versiones de los postulados para que se hagan acreedores de la pena alternativa. Impone a la Fiscalía General de la Nación un papel indispensable que de no ejercerlo quebrantaría el derecho de las víctimas.

3. Proceso 35637 del 6 de junio de 2012. Magistrado ponente: Luis Guillermo Salazar Otero

Sentencia de segunda instancia que registra una de las condenas a quien fuera uno de los comandantes del bloque Fronteras, Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, que tenía por lugar de operación el norte de Santander. Su importancia radica en el número de víctimas a las que se les ordenó el reconocimiento de indemnizaciones.

2.1. Conclusiones sobre la Ley 975 de 2005

En el ámbito de la ley en comento, se puede afirmar que la memoria, tal como estaba formulada, confería un estatus preferencial a los victimarios, y aunque se concibieron algunos instrumentos que permitían identificar el proceso de desmovilización de los paramilitares como un proceso transicional que buscaba reparar a las víctimas, fue pensado según los intereses de los perpetradores, circunstancia que lesiona indudablemente la búsqueda de la verdad, derecho íntimamente relacionado con la memoria.

La memoria, como exigencia de procesos transicionales, necesita un ambiente que propicie el conocimiento pleno de las causas que llevaron al conflicto y permita auscultar las motivaciones de los combatientes, para de esta manera ofrecer a quienes padecieron sus rigores una respuesta a ese sentimiento de impotencia que los acompaña, y una garantía de que tales conductas no se repetirán contra ellos ni contra miembro alguno de la sociedad.

Aunque para el objetivo del presente trabajo se podría especular que el papel de la memoria se vería limitado por la concepción misma de la ley, es claro que los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ofrecieron un panorama alentador, al exigir de este proceso transicional ajustes que además de beneficiarlo ante la comunidad internacional y las instituciones defensoras de derechos humanos, exaltaran el papel de las víctimas como eje legitimador de cualquier proceso de desmovilización en un escenario democrático.

Por estas razones y a pesar de las fundadas críticas de que pueda ser objeto el proceso de justicia y paz, las decisiones judiciales lo hicieron aceptable en relación con los estándares internacionales, lo que condujo a que la desarticulación de un actor armado sirviera para disminuir el fragor del conflicto. Sin embargo, la entronización de la memoria como faceta del derecho a la verdad ha sido lenta, pues los actores armados desmovilizados no la han asumido con la seriedad que requiere. En muchos casos su importancia sigue aún en la sombra, lo que puede resultar peligroso para sus intereses.

No debe olvidarse que la memoria es un instrumento legitimador, por lo que ciertas “verdades oficiales” pueden verse comprometidas y cuestionar de paso el papel de ciertos actores que hasta el momento han pasado indemnes ante el escrutinio

público. Frente a esta situación, la reconstrucción de lo sucedido siempre estará a la zaga de lo que a los combatientes y sus auspiciadores conviene, a causa de factores que van desde lo jurídico hasta la seguridad personal y de sus familias, razón por la cual, el derecho de las víctimas a saber lo que sucedió siempre estará sujeto a esa condición.

Acorde a lo anterior, la dinámica de las versiones de los postulados de justicia y paz, el trabajo de la Comisión Nacional de Reconciliación y de Memoria Histórica y la participación de las víctimas para la construcción de la memoria del conflicto, están sujetos a las vicisitudes del conflicto armado y al direccionamiento que el gobierno les quiera dar; punto en el que se involucra la ley de víctimas como parte de la nueva concepción que Juan Manuel Santos (2010-2014), como presidente de la República, le da al enfrentamiento que ha vivido Colombia en los últimos cincuenta años.

3. LEY DE VÍCTIMAS

La Ley 1448 de 2011 es el instrumento por medio del cual se reconoce que el conflicto armado ha dejado una estela de víctimas que aún no han sido reconocidas en su condición. Sin duda alguna, a pesar de las observaciones que puedan hacérsele, puede afirmarse que por primera vez se pensó desde la perspectiva de las víctimas. Los anteriores estatutos se regían según la óptica del victimario, buscaban su integración a la sociedad y se centraba en los beneficios que recibiría, pero pocas veces –por no decir nunca– partían desde la perspectiva de la víctima.

Sería injusto, además de desproporcionado, plantear que la reparación a las víctimas nace a partir de la Ley 1448 de 2011. Por el contrario, estatutos que vieron la luz en vigencia de la Constitución de 1991 como las leyes 387 de 1997, 418 de 1997, 782 de 2002 y la misma Ley 975 de 2005, consignaron –amén de definiciones normativas– instrumentos, auxilios y ayudas que de alguna manera aliviarían los daños padecidos. Empero, la importancia de la Ley 975 de 2005 estriba en que estableció como política pública la atención que el Estado debe dispensar a las víctimas, reunió en un mismo cuerpo la dispersa normatividad que regía la materia y la dotó de una institucionalidad que materializaría esas tareas, como por ejemplo la creación de jueces de restitución de tierras, a quienes se les encargó –previa demanda presentada por la unidad de restitución– el estudio de las miles de solicitudes de despojo que se allegaban sin ninguna formalidad, así como el reconocimiento de la calidad de víctima con base en los daños padecidos.

En materia de memoria, es indiscutible que el nuevo ordenamiento rebasa los antecedentes legales y la dota, para su materialización, de una importante institucionalidad que le ayudaría a concretarla. Y aunque no podemos ignorar que la Ley 1408 de 2010 retrató la tragedia de la desaparición forzosa, la Ley de Justicia y Paz concreta unos deberes que pueden entenderse como una verdadera política de Estado sobre la temática.

Cabe notar que la memoria, en la Ley de víctimas, hace parte del Título IV, denominado *Reparación de las víctimas*, en el *Capítulo IX. Medidas de satisfacción*, artículos 139 a 148. El artículo 139 establece a título meramente enunciativo, las medidas de satisfacción que el Estado debe propiciar para mitigar el dolor de las víctimas, entre las cuales se tienen el reconocimiento de su calidad como tal, la realización de actos públicos, actos conmemorativos y homenajes públicos, la construcción de monumentos alusivos al reconocimiento de las víctimas y a la reconciliación, la promoción de actos de aceptación de responsabilidad por parte de los victimarios y el impulso de las investigaciones sobre los hechos constitutivos de violaciones de derechos humanos.

El artículo 140 define como medida de satisfacción la exención en la prestación del servicio militar para aquellas personas calificadas como víctimas, en los términos de la Ley 1448 de 2011. El 141 establece la reparación simbólica como toda prestación que se lleve a cabo en su favor, como son las que llevan implícita la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación de los hechos y la solicitud de perdón.

El canon 142 institucionaliza el 9 de abril de cada año como el día nacional de las víctimas y considera una serie acciones que deben adelantarse por parte del Estado. Esta fecha se tomó dada su significación en la historia del país como fue el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán y la influencia que este hecho supuso para el desarrollo del conflicto que aún se vive.

El artículo 143 precisa el deber de memoria del Estado como un articulador de los distintos actores sociales para que puedan adelantar la búsqueda de la verdad en la reconstrucción de la memoria. Los artículos 144 y 145 apuntan al papel que juega el Centro de Memoria en la construcción de la memoria histórica. Su tarea se visualiza a través de la organización de la documentación, los testimonios y otras pruebas que dan cuenta de lo sucedido en el conflicto colombiano. Por último, los artículos 146 a 149 definen la estructura administrativa de dicho Centro de Memoria, su relación con la institucionalidad y las funciones que debe adelantar.

Este compendio normativo pone en evidencia que a través de su institucionalidad el Estado entendió que uno de los derechos que les han sido quebrantados a las víctimas del conflicto es el de la memoria. A partir de esta comprensión se genera una serie de acciones encaminadas a darle concreción, como son incentivar dentro de la sociedad aquellas expresiones que conduzcan a reconocer lo que pasó durante el conflicto, analizar el contexto en que se dio, tener en cuenta la situación de las víctimas e identificar a los perpetradores.

Dentro de las acciones importantes está la de darle a una entidad estatal como es el Centro de Memoria Histórica el reconocimiento como impulsor y canalizador de esas experiencias de memoria, al recoger de las víctimas aquellas impresiones de lo que pasó para luego reconstruir el relato y, con base en la legitimidad del

discurso de la institucionalidad, denunciar lo que sucedió y proponer espacios de entendimiento. En este sentido, la ley reconoce la dimensión colectiva del derecho a la memoria, al estimular contextos donde la sociedad encuentre las razones de lo sucedido y se elabore un nuevo tejido bajo postulados democráticos y de inclusión.

Por otro lado, cabe referirse al antecedente histórico que precedió la creación del Centro de Memoria Histórica, esto es, al grupo de memoria histórica de la antigua Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, ente que hacía parte del andamiaje de la Ley 975 de 2005, pero que fue suprimido por la Ley 1448 de 2011. Este grupo de investigación tomó casos emblemáticos de la violencia en Colombia que sirvieron para hacer oír las voces de las víctimas, dentro de los cuales tenemos: *Trujillo: una tragedia que no cesa* (2008); *Esa guerra no es nuestra* (2009); *Memorias en tiempos de guerra* (2009); *Mujeres wayuu en la mira* (2010); *Memorias del despojo y resistencias campesinas en la costa Caribe (1960-2010)* (2010); *Memorias de un crimen contra la justicia* (2010); *La guerra sin límites* (2010); *La masacre de El Tigre* (2011); *Desplazamiento forzado en la Comuna 13*, (2011); *Mujeres y guerra. Víctimas y resistentes en el Caribe colombiano*, (2011); *El orden desarmado. La resistencia de la Asociación de los Trabajadores Campesinos del Carare* (2011).

De conformidad con la Ley 1424⁴ de 2010 y el Decreto 2244 de 2011, se le asignó al Centro de Memoria Histórica la función de recibir, clasificar, estudiar y acopiar la información que surja de los acuerdos de verdad⁵ que suscribieron los desmovilizados de los grupos paramilitares, condenados por delitos relacionados con la pertenencia al grupo⁶.

Resulta palpable que las funciones otorgadas a este ente tengan por objeto materializar el deber de memoria a partir de una dimensión colectiva. Así lo vemos cuando en los considerandos del Decreto 2244 de 2011 se lee: “[...]Que el deber de memoria hace parte del derecho a la reparación integral de las víctimas y restablece la dignidad colectiva de la sociedad colombiana”.

⁴ “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Artículo 4o. Mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica. Créase un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica, con el fin de recolectar, sistematizar, preservar la información que surja de los acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación, y producir los informes a que haya lugar. Inciso condicionalmente exequible: la información que surja en el marco de los acuerdos de que trata este artículo no podrá, en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que suscribe el acuerdo de contribución a la verdad histórica y a la reparación o en contra de terceros.”

⁶ “Artículo 1o. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto contribuir al logro de la paz perdurable, la satisfacción de las garantías de verdad, justicia y reparación, dentro del marco de justicia transicional, en relación con la conducta de los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armados o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos, así como también, promover la reintegración de los mismos a la sociedad.” (subrayado fuera de texto)

En conclusión, podemos afirmar que el estatuto de víctimas se considera un componente interesante en el deber que le compete al Estado desde la perspectiva de la memoria, como vehículo social de reconciliación. Sin embargo, no puede obviarse que la Ley 1448 de 2011, además de conservar una dimensión colectiva del derecho en desmedro de la faceta individual que indudablemente contiene, no puede entenderse como el punto de llegada del conflicto. La implementación de la ley depende de su finalización, por lo que el ejercicio de memoria contenido en ella se instrumentaliza en la medida en que los actores armados cedan su influencia al aparato estatal.

Definitivamente, la institucionalidad creada por la Ley 1448 de 2011 es la mejor manera de concretar la política pública de las víctimas, lo que incide directamente en la realización del derecho a la memoria que normativamente se les ha reconocido.

Bajo este enfoque resulta aleccionador repasar el derecho a la memoria en el caso de Trujillo y en las sentencias dictadas dentro del proceso de justicia y paz para “Juancho Dique” y “Diego Vecino”, integrantes de las AUC.

1. Caso de Trujillo

Para este hecho de violencia, la referencia obligada está contenida en el primer informe del grupo de memoria histórica de la antigua Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación de 2008. La situación descrita pone de presente hechos violentos ocurridos en los municipios de Trujillo, Bolívar y Riofrío, durante el periodo comprendido entre 1988 y 1994, en los que se cuentan homicidios, torturas y desapariciones forzosas. De tales crímenes, se destacan las desapariciones en el corregimiento de La Sonora, la desaparición de los ebanistas, el asesinato del sacerdote Tiberio Fernández y la desaparición de sus acompañantes, hechos ocurridos en el periodo comprendido entre marzo y abril de 1990.

Definitivamente, lo que le dio impulso al castigo de los hechos descritos fue la creación de la *Comisión de investigación de los hechos de Trujillo* (CIHT), en 1994, por parte del Gobierno nacional, cuya tarea era indagar sobre la situación de violencia de la región donde por primera vez un jefe de Estado –Ernesto Samper Pizano– aceptó la responsabilidad de las Fuerzas Armadas en los hechos.

Dada la dimensión del caso Trujillo, el daño causado al derecho a la memoria fue puesto en evidencia en las conclusiones emanadas de la comisión de investigación de los hechos, denunciado por las víctimas mismas o por organizaciones no gubernamentales de derechos humanos como la Comisión Intercongregacional de Justicia y Paz (luego Comisión Intereclesial de Justicia y Paz), la Asociación de Familiares de las víctimas de Trujillo (Afavit) y la Orden Perdida (grupo de jóvenes que conocieron al padre Tiberio y reivindican su legado). También se tienen el parque Monumento, las jornadas de peregrinación de las víctimas y el libro *¡Tiberio vive hoy!*

2. Masacres de Mampuján y San Cayetano

La importancia de esta referencia radica en que mediante la sentencia 34547 del 27 de abril de 2011, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la magistrada María del Rosario González de Lemos, confirmó la sentencia condenatoria proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá del 29 de junio de 2010, contra los postulados Edwar Cobos Téllez, alias “Diego Vecino”, y Úber Enrique Banquez Martínez, alias “Juancho Dique”, como jefes del bloque de las Autodefensas Unidas de Colombia “Héroes de los Montes de María”, por varios hechos criminales, entre los que cuentan los relativos a las masacres de Mampuján y San Cayetano.

La Corte, en aplicación del principio de reparación integral, confirmó que los postulados debían realizar las siguientes acciones, conforme al artículo 8 de la Ley 975 de 2005, con especial énfasis en la memoria histórica:

- Ceremonia para recordar a los fallecidos en la masacre de Mampuján y San Cayetano, donde los postulados deben reconocer su responsabilidad sobre los abusos cometidos.
- Elaboración de un documental donde los postulados pidan perdón a las víctimas.
- Implementar a través del Ministerio de Cultura el *Museo de las Víctimas*.

4. LA MEMORIA COMO CONCEPTO

El anterior recuento histórico-normativo permite concebir un derecho a la memoria a partir de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales que en el último tiempo se desarrollan a la par del derecho a la verdad. Este derecho implica conocer las razones que dieron estímulo a la confrontación y, sobre todo, a las violaciones de los derechos humanos, lo que se traduce en un ejercicio primordial para las víctimas y la sociedad.

Para las primeras, enterarse en qué circunstancias se desarrollaron tales situaciones, bajo qué motivos se perpetraron, quiénes participaron y ordenaron la acción vulneradora. Para la sociedad es mucho más complejo, porque el relato está encaminado a desarticular los aparatos de poder que propiciaron el quebrantamiento de derechos, desmontar las “verdades oficiales” que sustentaron el conflicto y propiciar dentro de un marco democrático la reconstrucción del tejido social.

En esa dirección, aparece el derecho a la memoria como la construcción a través de la cual se rememoran aquellas situaciones violatorias de derechos humanos, con el objetivo primordial de que no se repitan en el nuevo escenario social. Así, este derecho a la memoria toma dos dimensiones: una colectiva y otra individual. La colectiva tiene como modalidad aquellas iniciativas creadas con el objetivo de mostrar a la comunidad que los vejámenes que padecieron las víctimas no pueden

repetirse, y para ello, debe existir un compromiso de la institucionalidad para desmantelar aquellas actuaciones y los fundamentos teóricos, ideológicos, religiosos y sociales que los sostuvieron. En esta vía, toman cuerpo los monumentos, placas, museos y los actos conmemorativos, pues con ellos se pretende que no se vuelvan a repetir los hechos violentos. Otra peculiaridad de la faceta colectiva del derecho a la memoria es la instalación de comisiones de la verdad, cuyo deber es acopiar los archivos relativos a las violaciones ejecutadas, aunque esto último tiene relación indirecta con la creación de museos.

En cuanto a la dimensión individual, el derecho a la memoria toma un cariz más íntimo, dado que solo se refiere a un entorno menos público como la familia, la escuela, el trabajo, el barrio, etc. Y es precisamente esta faceta la más vulnerada y al mismo tiempo la menos “reparada”, comoquiera que las transgresiones exceden la individualidad para situarse en problemáticas generales que absorben las peculiaridades de los afectados. En situaciones de conflicto es común que el afectado haya pertenecido a una determinada congregación estudiantil o a un grupo de trabajadores especializados y su problemática haya influido su relación con aquel entorno. Por lo tanto, una reparación a esa memoria individual, como podría ser un gesto de disculpas públicas o la realización de un documental, tendría más trascendencia y sería más satisfactorio que la publicación en un periódico de edición nacional de la sentencia que lo rehabilitó.

Por lo anterior, el derecho a la memoria ha alcanzado dimensiones universales. En el caso colombiano se ha concretado por el Consejo de Estado, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En otras palabras, el desarrollo de la jurisprudencia contencioso-administrativa en materia del derecho a la memoria es una aplicación directa de los postulados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A continuación, ilustraremos lo anterior con algunos ejemplos de la jurisprudencia interna emanada del Consejo de Estado.

1. Bogotá, 20 de febrero de 2008. Radicación 76001-23-25-000-1996-04058-01(16996). Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Actor: María Delfa Castañeda y otros. Demandado: La Nación, el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y otro.

En este caso, se condenó a la Policía Nacional y al municipio de Tuluá, por la muerte y desaparición de los hermanos Omar y Henry Carmona Castañeda, en hechos ocurridos el 27 y 31 de enero de 1995, cuando se encontraban bajo custodia policial.

Como expresión del derecho a la memoria, se ordenó al Director General de la Policía presentar excusas públicas a los familiares de los fallecidos. Asimismo, ordenó la implementación de un programa de derechos humanos por parte

del Comando de la Policía de la ciudad de Tuluá y que la parte resolutiva de la sentencia fuese publicada en un lugar visible del Comando de la policía de Tuluá por espacio de seis meses.

2. Bogotá, 14 de abril de 2010. Radicación 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18960). Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Actor: Rogelio Aguirre López y otros. Demandado: Fiscalía General de la Nación.

En este caso se condenó a la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de un ciudadano. Como expresión del derecho a la memoria, se ordenó al director seccional de Fiscalías de Medellín, en ceremonia que se llevó a cabo en las instalaciones administrativas de la entidad en esa ciudad, presentar excusas públicas a los demandantes y establecer un *link* con un encabezado apropiado a través del cual se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia; y por intermedio del director nacional de fiscalías, remitir a todas y cada una de las unidades de fiscalías especializadas del país, una copia íntegra de la providencia, con miras a que sirva como medio de capacitación y prevención de los hechos debatidos en el proceso.

3. Bogotá, 25 de mayo de 2011. Radicación 52001-23-31-000-1998-00515-01 (18747). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Dalila Castro de Molina y otro. Demandados: Nación, Ministerio de Defensa Nacional y Ejército Nacional.

En este caso se condenó al Ejército Nacional por los hechos que rodearon la toma de la base militar Las Delicias, por parte de la insurgencia el 30 de agosto de 1996, en atención a que no hubo una planeación para contrarrestar el ataque guerrillero.

Como expresión del derecho a la memoria, se ordenó la publicación de la sentencia por un término de seis meses en el *Diario Oficial* y de la parte resolutiva en un diario de circulación nacional. Asimismo, se ordenó la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte de las entidades demandadas y solicitar, en virtud de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los reglamentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un informe especial relativo a las violaciones de derechos humanos que se hayan producido en los hechos del 30 de agosto de 1996 en la base militar de Las Delicias, como consecuencia de las acciones tanto de la fuerza militar estatal como del grupo armado insurgente que llevó a cabo el ataque.

4. Bogotá, 27 de septiembre de 2013. Radicación 05001-23-26-000-1990-05197-01(19939). Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Actor: Fabiola Lalinde de Lalinde y otros. Demandados: Ministerio de Defensa y Ejército Nacional.

Se condenó al Ejército Nacional por la desaparición de un militante de izquierda en 1984. Como expresión del derecho a la memoria se ordenó la elaboración de un documental que deberá ser transmitido en las salas de cine del país por una sola vez y también en los colegios y universidades del país. Copia del documental hará parte del archivo que lleva el Centro de Memoria Histórica y será entregado un ejemplar a la familia del desaparecido. Igualmente, la realización de un acto solemne en el cual la demandada reconozca los hechos, como también la construcción de un monumento en el lugar donde encontraron los restos del fallecido. Por último, se exigió la publicación de la sentencia por dos veces en diarios de amplia circulación nacional y en la página web del Ministerio de Defensa.

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tenemos:

1. Caso Goiburú y otros contra Paraguay. Sentencia del 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Como expresiones del derecho a la memoria se ordenó un acto público de reconocimiento de responsabilidad y desagravio, la publicación de la sentencia, la construcción de un monumento en memoria de las víctimas desaparecidas y la capacitación en derechos humanos a las Fuerzas Armadas del Paraguay.
2. Caso Anzualdo Castro contra Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Como testimonio del derecho a la memoria se ordenó la publicación de la sentencia, impartir cátedras de derechos humanos a los funcionarios públicos, una placa conmemorativa y un acto de reconocimiento de responsabilidad.
3. Caso González y otras (Campo Algodonero) contra México. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Como manifestación del derecho a la memoria se ordenó la publicación de la sentencia, un acto público de reconocimiento de responsabilidad, la construcción de un monumento, una página electrónica donde constaran los nombres de las mujeres desaparecidas, una cátedra en defensa de los derechos humanos y otra de perspectiva de género.
4. Caso Manuel Cepeda Vargas contra Colombia. Sentencia del 26 de mayo de 2010. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Se ordenó la realización de un documental en el que constara la vida del desaparecido senador, el otorgamiento de una beca, un acto público de reconocimiento de responsabilidad y la publicación de la sentencia.

De acuerdo con lo anterior, es claro, entonces, que el derecho a la memoria, como modalidad del derecho a la verdad, se ha erigido en el instrumento a través del cual se materializa la garantía de no repetición, consistente en que los hechos victimizantes no tengan ocurrencia de nuevo—y en la persecución de sus perpetradores—,

no solo por su rechazo, sino también por el aleccionamiento de la sociedad, para que sus integrantes reflexionen, bajo la mirada profunda de aquellas expresiones de memoria como un monumento o la sentencia publicada en un diario de gran circulación, acerca de las consecuencias que un comportamiento sistemático e irracional como el denunciado puede traer a su propio entorno.

En este ejercicio, en el cual la memoria surge como el vehículo para impedir que el conflicto vuelva a repetirse, resulta esclarecedor el papel promovido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la concreción de este nuevo derecho, y cómo un actor judicial importantísimo para el país, como lo es el Consejo de Estado, también ha ido desarrollando e imponiendo una lectura consecuente a los graves acontecimientos que se han suscitado en el conflicto armado, para exigir que se asuman como hechos que no pueden admitirse bajo ningún razonamiento.

5. CONCLUSIONES

En referencia al derecho a la memoria, resulta ineludible plantear relaciones con el derecho de las víctimas de un conflicto a conocer lo que sucedió. Estos ejercicios de memoria resultan apropiados, precisamente en aquellas sociedades que dan fin a conflictos donde los actores sociales pretender saldar la deuda que estas conflagraciones generaron.

Justamente, el ambiente colombiano se presenta propicio para el planteamiento de estas temáticas, en una coyuntura en la que el Estado colombiano lleva a cabo unas conversaciones de paz con la insurrección en La Habana y uno de los temas que genera más escepticismo es el de las víctimas y la forma como se van a reparar, de acuerdo con los principios internacionales de justicia, verdad y reparación.

214

A partir de la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y de la normatividad que cobijó el proceso (Ley 975 de 2005), se plantearon los escenarios de terminación del conflicto para los actores armados y la forma como estos repararían a las víctimas. Sin duda, la intensidad de la contienda ha dejado una larga estela de violaciones de los derechos humanos, con un mayor número de afectados.

Ante esta situación, cobra fuerza en favor de las víctimas, como una acción articuladora de la sociedad en aras de restablecer el tejido social deshecho por el conflicto, el reconocimiento de la memoria como eje de la terminación de la violencia. Con base en este objetivo, la experiencia internacional ha transitado en los últimos tiempos por caminos que toman en cuenta las particularidades del lugar; en otras palabras, el fin de los conflictos no tiene una fórmula que se aplique como un modelo invariable en los diferentes países. Cada contienda tiene unos actores y motivaciones que la hacen diferente de las otras, cuyas soluciones juzgará el tiempo si son apropiadas o no.

Aunado a lo anterior, la comunidad internacional se ha vuelto más exigente en materia de reparación de víctimas, lo que fuerza a los contendientes a proponer soluciones más audaces y en consonancia con los estándares de protección de los derechos humanos. De esta manera, instituciones como la Corte Penal Internacional o los sistemas regionales de justicia, en el caso de América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o a las mismas organizaciones de derechos humanos, promueven acciones para la salvaguarda de los derechos de los afectados en una contienda.

Ejemplos como los de Sudáfrica, Argentina, Guatemala y El Salvador, responden interrogantes que la misma sociedad, a través de sus gobiernos, las partes en conflicto y en algunos casos la comunidad internacional, ha planteado; interrogantes entre los que se cuentan aquellos relacionados con las víctimas.

Una de las respuestas a este ejercicio de la memoria en las experiencias destacadas es la constitución de una comisión de la verdad, donde las partes en conflicto y las víctimas encuentren una explicación a lo sucedido. Es una especie de catarsis en la que la sociedad asume, además de las verdades de los contendientes, el relato de las víctimas como punto de inicio del nuevo pacto social que se debe construir, centrado en que nunca se repetirán las causas que dieron origen a la contienda.

En esta dirección, las experiencias de comisión de la verdad en Colombia han fallado, precisamente porque no incluyeron todos los actores, y en especial a las víctimas, lo que genera un descreimiento en los procesos dirigidos a restablecer la legitimidad del Estado y una deuda no saldada que puede dar pábulo a nuevas confrontaciones, justo lo que en la memoria de los actores armados ha sido la justificación de su accionar.

Lo anterior permite concluir que la terminación del conflicto armado exige la instauración de una comisión de la verdad en la que los contendientes expresen libremente lo que pasó y las víctimas jueguen un papel activo. Esta fue, precisamente, una de las recomendaciones de política pública que hizo el Centro de Memoria Histórica cuando elaboró el informe denominado *¡Basta ya! Memorias de dignidad en el año de 2013*. Al respecto, el punto 7 del mismo indica:

7. Que a la terminación del conflicto armado se cree un mecanismo de esclarecimiento de la verdad que sobre la base de los informes producidos por el Centro Nacional de Memoria Histórica, entre otra información disponible, permita develar lo sucedido en el conflicto armado, con la participación de las víctimas y, en la medida de lo posible, la contribución por parte de todos los actores armados. (Centro de Memoria Histórica, 2013)

Esta recomendación –que por otro lado es la conclusión lógica del trabajo que se pretende mostrar desde la perspectiva de la memoria– resulta apropiada para el momento que vive Colombia con las negociaciones que se celebran entre la

insurgencia y el Estado, comoquiera que es una manera de construir el relato de lo que pasó y edificar los pilares de la nueva sociedad que tendría como fundamento, que lo que sucedió no se repetirá.

En este sentido, la Ley de Víctimas –aunque destacable y progresista al poner en la palestra pública el problema de la memoria–, instituciones como el Centro de Memoria Histórica y sus valiosos informes, así como la valiosa labor de los jueces⁷ cuando con sus sentencias exigen que se materialicen aquellos mandatos legales, no pueden verse como puntos de llegada, ya que su proyección debe reunir las dimensiones colectivas e individuales del derecho a la memoria como parte de la reparación integral que precisan quienes padecieron la conflagración.

Por todo lo anterior, la comisión de la verdad a la que se debe llegar en los acuerdos entre la insurgencia y el Estado, debe comprender –y estimular– una decidida participación de las víctimas y propiciar espacios de reparación a la memoria en sus facetas individual y colectiva.

7 Por solo decir el caso del Consejo de Estado, corporación que en recientes providencias ha hecho referencia a las dimensiones del derecho a la memoria y adoptado precisos ordenamientos para su materialización, tomando como referencia obligada el desarrollo que sobre el particular ha pretendido diseñarse a partir de la Ley 1448 de 2011.

Bibliografía

- Arendth, Hannah. (2010). *Eichmann en Jerusalén*. Bogotá: Editorial Debolsillo.
- Ceballos, Marcela. (2009). *Comisiones de la verdad. Guatemala, El Salvador, Sudáfrica. Perspectivas para Colombia*. Medellín: La Carreta Editores.
- Colmeiro, José F. (2005). *Memoria histórica e identidad cultural: de la postguerra a la postmodernidad*. España: Anthropos.
- Cristo, Juan Fernando. (2012). *La guerra por las víctimas. Lo que nunca se supo de la Ley*. Buenos Aires: Ediciones B.
- De Gamboa Tapias, Camila et al. (2010). *El tránsito hacia la paz: de las herramientas nacionales a las locales. Estrategias de la transición en cinco países y en tres ciudades colombiana*. Bogotá: Editorial del Rosario.
- De La Peza María del Carmen (coordinadora). (2009). *Memoria y política. Experiencia, poéticas y construcciones de nación*. Buenos Aires: Prometeo.
- Espinoza Cuevas, Víctor (2003). *Comisiones de la verdad: ¿un camino incierto? Estudio comparativo de comisiones de la verdad en Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica desde las víctimas y las organizaciones de derechos humanos*. Chile: Codepu.
- Fisas, Vicenç (2008). *Anuario 2008 de procesos de paz*. Barcelona, España: Icaria Editorial.
- Gaborit, Mauricio (2002). *Memoria histórica. Relato desde las víctimas*. El Salvador: Universidad José Simeón Cañas.
- Guzmán, Germán; Fals Borda, Orlando; Umaña, Eduardo. (2005). *La violencia en Colombia. Tomo I*. Bogotá: Taurus.
- Jaramillo, Jefferson (2010). “La reconstrucción de la memoria histórica del conflicto colombiano en el actual proceso de justicia y paz. Alcances, desafíos y preguntas”. En revista *Desafíos* Vol. 2 No 22, Bogotá, Universidad del Rosario pp 31 - 69.
- Jaramillo, Jefferson. (2010). “Narrando el dolor y luchando contra el olvido en Colombia. Recuperación y trámite institucional de las heridas de la guerra”. En revista *Sociedad y Economía* No 19, Cali, Universidad del Valle, pp 205 - 228.
- Martín José A.; Escudero, Rafael. (2008). *Derecho y memoria histórica*. Madrid: Trotta.

- Medina Doménech, Rosa M.; Molina Rueda, Beatriz; y García-Miguel, María (Eds.) (2008). *Memoria y reconstrucción de la paz. Enfoques multidisciplinares en contextos mundiales*. Madrid: Universidad de Granada.
- Mendoza, Pedro (2010). *Mi memoria histórica (1948-1988)*. España: Bubok Publishing S. L.
- Nogueira Dobarro, Ángel (2003). *Colombia: reflexiones desde la otra orilla*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- ODHAG (2009). *Guatemala, nunca más: informe. Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica (Guatemala)*. Informe, Volumen 2. EE. UU.: Universidad de Texas.
- Peña, Carlos. (2011). *Reparación integral. Consideraciones críticas. Una aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Ediciones Veramar.
- Pico, Fabián (2006). *Memoria histórica para adolescentes: dictadura y derechos humanos en Argentina*. Argentina: Homo Sapiens.
- Quinche, Manuel. (2009). *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Reyes, Mate. (2008). *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*. Madrid: Editorial Anthropos.
- Rodríguez, Nicolás. (2008). *Los vehículos de la memoria. Discursos morales durante la primera fase de la violencia (1946-1958)*. Bogotá: Uniandes Ceso. Departamento de Historia. Colección Prometeo.
- Sauca, José María (2010). *Identidad y Derecho. Nuevas Perspectivas para viejos debates*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Uprimny, Catalina (2011). *La memoria en la ley de víctimas en Colombia. Derecho y deber*. Chile: Universidad de Chile.

Publicaciones virtuales:

Decreto No. 486 del año 1993 de El Salvador. Publicación digital en: <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscadordedocumentos-legislativos/ley-de-amnistia-general-para-la-consolidacion-de-lapaz/?searchterm=None>

Human Rights watch Colombia: *Al Corregir Ley de Desmovilización, Corte Evita Abusos Futuros*, publicación digital en: <http://www.hrw.org/legacy/spanish/docs/2006/07/19/colombia3773.htm> (02.09.14)

Centro de Memoria Historica.;*Basta ya! Memorias de dignidad* disponible digital en: http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/bastaYa/capitulos/basta-ya-recomendaciones_396-405.pdf. pág. 399 (02.10.14)

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

N°
41

220

¿Qué puede hacer el acuerdo de seguridad entre Alemania y México en la lucha contra el crimen organizado?*

What can the security agreement between Germany and Mexico do in the fight against organized crime?

Raina Zimmering**

Fecha Recepción: 3 de marzo del 2015

Fecha Aceptación: 15 de marzo del 2015

RESUMEN

El presente artículo analiza las consecuencias del acuerdo de seguridad entre Alemania y México en la lucha contra el crimen organizado, para lo cual el texto se estructura en tres grandes partes. En una primera se estudian los objetivos y estado de las negociaciones para la suscripción del acuerdo de seguridad entre Alemania y México, en la segunda, se estudia si el acuerdo de seguridad contribuye a la creación de seguridad de seguridad en México; finalmente en la tercera parte se sostiene la tesis del que el acuerdo de seguridad entre México y Alemania, es inaceptable para esta última dadas las condiciones actuales en México y especialmente, la situación

de derechos humanos en el país centro americano.

Palabras clave: Derechos humanos, Derecho Internacional, aplicación de la ley, seguridad, acuerdo internacional.

ABSTRACT

This article analyzes the consequences of the security agreement between Germany and Mexico in the fight against organized crime, for which the text is divided into three parts. In the first, the article analyzes the objectives and status of negotiations for the signing of the security agreement between Germany and

* Traducción del alemán al español elaborada por Camila Bordamalo García correo electrónico jinmeo@gmail.com.

** Científica alemana quién fue hasta 2013 jefa del Departamento de Investigación de Política y de Desarrollo en el Instituto de Sociología de la Universidad Johannes Kepler (Linz). Sus campos de investigación y de clases en varias universidades son ciencias políticas, sociología y de la historia, sobre todo en América Latina. Hoy en día ella es investigadora independiente y publica en varios editoriales y en revistas científicas en todo el mundo. E-mail: zimmering@t-online.de

Mexico, in the second, it examines if the security agreement contributes to the creation of security in Mexico; finally in the third part, the author defends the thesis that the agreement Mexico and German is unacceptable given the current conditions in

Mexico and especially the human rights situation in the Central American country.

Keywords: human rights, international law, law enforcement, security, international agreement.

1. OBJETIVOS Y ESTADO DE LAS NEGOCIACIONES PARA EL ACUERDO DE SEGURIDAD ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO

El tratado de seguridad entre Alemania y México, próximo a firmarse, debe concretar la cooperación germano-mexicana, existente desde hace muchos años, en el tema de la seguridad, y complementar la larga y exitosa relación entre los dos países. Alemania ve a México como un socio comercial importante debido a su riqueza en recursos minerales, petróleo, mano de obra barata y recursos biológicos endémicos. Entre los dos países tiene lugar un intercambio de visitantes intenso y de alto rango, como lo mostró la visita del Secretario de Relaciones Exteriores de México Meade Kuribea a Alemania en febrero de 2015. Delegaciones económicas de la República Federal de Alemania también han visitado varias veces México y viceversa. A mediados de julio de 2014 se fundó una comisión binacional germano-mexicana para el tema de los recursos intersectorial, que se celebrará cada dos años¹. El Ministerio de Relaciones Exteriores dice, refiriéndose a las relaciones económicas con México: "Las relaciones económicas entre Alemania y México son muy dinámicas y se caracterizan principalmente por un nivel alto y creciente de inversiones alemanas en México"². El comercio entre los dos países movió en el año 2013 alrededor de 17,02 billones de dólares. Desde principios de octubre hasta mediados de diciembre de 2014 se envió armamento a México por un valor de 673.000 euros.³ En todo México existen 1.300 compañías con participación de capital alemán, que según la valoración de la Cámara de Comercio Exterior alemana (CAMEZA) produjeron aproximadamente 25 billones de dólares (dólares estadounidenses).⁴ Las inversiones se hicieron especialmente en la industria automovilística, la industria química y farmacéutica y la industria electrónica.

Ahora el gobierno alemán complementa las relaciones políticas y económicas con un trabajo conjunto en el campo de la seguridad. La Oficina Federal de Investigación Criminal entrena desde hace años a miembros de las autoridades

¹ Ministerio de Asuntos Exteriores de Alemania: *Beziehungen zwischen Deutschland und Mexiko* [Relaciones entre Alemania y México]. Octubre 2014. http://www.auswaertigesamt.de/DE/Aussenpolitik/Laender/Laenderrinfos/Mexiko/Bilateral_node.html.

² Ibídem.

³ Ibídem.

⁴ Ibídem.

policiales mexicanas⁵. Desde el año 2006 se lleva a cabo una serie de capacitaciones a la policía mexicana llamada “ayuda estructural policial” consistente en tácticas operacionales y análisis operativos. Desde el año 2010 han habido varias visitas de autoridades policiales de alto rango de parte y parte⁶. Los Ministros de Defensa y de Marina mexicano participaron por primera vez en la Conferencia de Seguridad de Múnich.

Las negociaciones sobre un acuerdo de seguridad entre el gobierno alemán y el gobierno mexicano que se adelantan desde 2011 deben concluir en el 2015. El Ministerio del Interior alemán y la Procuraduría General mexicana están encargados de la realización de estas negociaciones. El acuerdo sirve, según las declaraciones del gobierno federal, al “mejoramiento del trabajo conjunto en la lucha, prevención y esclarecimiento de los delitos graves de la criminalidad organizada, en especial de la criminalidad asociada al narcotráfico, el contrabando, la trata de blancas y el terrorismo” (Protocolo plenario 17/107, Pg. 12280) y contempla el envío de personal profesional a México para emprender un “trabajo conjunto por medio de medidas policiales acordadas”⁷. En primer lugar se trata, de acuerdo a las medidas que ya están en curso, de un “trabajo policial conjunto”, por esta razón mucha gente llama este acuerdo sólo “acuerdo policial”. La policía mexicana será entrenada, recibirá apoyo técnico y entrará en un intercambio de experiencias con los alemanes en lo relativo a la lucha contra el crimen. En el 2011 el gobierno federal expresó en el Parlamento: En el campo de la seguridad, el gobierno federal orienta su trabajo conjunto a un mejoramiento en la consecución de evidencias y en el trabajo investigativo de la policía, que les permita a las autoridades mexicanas luchar contra la criminalidad organizada con medios constitucionales y de acuerdo a las normas internacionales de derechos humanos⁸. Aunque el gobierno alemán reconoce las violaciones a los derechos humanos en México, argumenta que frente al gobierno mexicano tendría que actuar con el “beneficio de la duda” (presunción de inocencia)⁹. El acuerdo de seguridad tiene que ser aprobado por el Parlamento y el Consejo Federal, eso todavía está pendiente. En su visita a Alemania el Secretario de Relaciones Exteriores de México dijo que: “Se trata de crear confianza en instituciones que se ganen esa confianza” y afirmó que la criminalidad en México se ha disminuido desde 2011. En cuanto al caso del asesinato de los 43 estudiantes en Iguala en septiembre de 2014 recalcó que la Policía Federal mexicana no estuvo involucrada. El Ministro de Relaciones Exteriores

⁵ Neuber, Harald: *Weiter deutsche Ausbildung von Polizisten in Mexiko* [Entrenamiento alemán adicional a policías en México]. En Amerika 21 del 07.01.2015.

⁶ Ibídem.

⁷ Parlamento alemán, legislatura 17 del 29.12.2011: Respuesta del gobierno federal a la pequeña consulta de los diputados Andrej Hunko, Heike Hänsel, Wolfgang Gehrcke, otros diputados y la fracción de la izquierda. Impreso 17/8146-: *Sicherheits- und Rüstungscooperation mit Mexiko* [Cooperación de seguridad y armamento con México]. Pg.2.

⁸ Parlamento alemán, legislatura 17 ibid. Pg.3.

⁹ Cf. Coordinación Alemana para los Derechos Humanos en México: *Polizeizusammenarbeit Mexiko- Eine kritische Analyse* [Cooperación policial con México- Un análisis crítico]. Documento de posición de la Coordinación Alemana para los Derechos Humanos en México del 23 de enero de 2010, Pg. 3.

alemán Frank-Walter Steinmeier recalcó la disposición de Alemania para ayudar a las fuerzas de seguridad de México,¹⁰ dijo que “el alto grado de corrupción de las autoridades policiales se concentra principalmente en una comunidad y no existe un problema de corrupción sistemático en la Policía Federal de México. La Policía Federal, según mi opinión, es una institución digna de confianza”¹¹.

Desde el principio de las negociaciones ha habido resistencia contra el acuerdo de seguridad. La Coordinación Alemana por los Derechos Humanos se apartó el primero de julio de 2011 con una petición que le hizo al Ministro de Relaciones Exteriores alemán, en la que le recomendaba no firmar el acuerdo. En mayo de 2011 se llevó a cabo una hora de preguntas en el Parlamento Federal en la que, tanto delegados de los partidos La Izquierda como de los Verdes, se manifestaron en contra del acuerdo.

¿Qué quiere conseguir Alemania con este acuerdo? ¿Quiere adelantar o seguir a otros socios europeos, ya que entre México y Francia también existe un trabajo conjunto en el campo de la seguridad? ¿O se trata de competir con los Estados Unidos a cuya tradicional zona de influencia pertenece México con unos 3200 kilómetros de frontera? México es un socio comercial importante para los EEUU dentro del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA). Además México es un socio prioritario de los Estados Unidos en lo referente a la seguridad en Latinoamérica. Juega un rol clave en los esfuerzos de los EEUU por contener la migración ilegal de Latinoamérica y el tráfico de drogas. Después del 11 de septiembre de 2001 la política de los Estados Unidos quedó subordinada en todos sus aspectos a una doctrina global de seguridad, en la que también se incluyeron los países latinoamericanos, como se consagró en la doctrina de “Seguridad Continental”. La doctrina prevé la formación de una red de seguridad americana (de todo el continente) para la lucha contra el crimen organizado y los movimientos insurgentes y de oposición (Counterinsurgency- lucha contra la rebelión). Debido a su larga frontera con los Estados Unidos y a la influencia de los militares y la policía al interior del país en el marco de la “Doctrina de Seguridad Nacional”, México es el puente para la realización de la “Doctrina de Seguridad Continental”. Con la “Iniciativa Mérida” de 2007 entre México y Estados Unidos la cooperación en seguridad entre los dos países aumentó fuertemente. Entre 2008 y 2012 el Congreso de los Estados Unidos autorizó ayudas económicas de 1,9 billones de dólares para el trabajo conjunto de seguridad con México, y en los años siguientes estas ayudas aumentaron¹². Se trata del armamento y el entrenamiento de las

¹⁰ Lücke, Herdis: *Mexiko wirbt in Deutschland für Sicherheitsabkommen* [México atrae a Alemania para el acuerdo de seguridad]. En: Periódico Deutsche Mexiko DMZ del 20.01.2015. <http://www.mexiko-travel-news.de/index.php/politik33/984-mexiko-wirbt-in-deutschland-fuer-sicherheitsabkommen>.

¹¹ Jaimes, Francisco: *Staatsbesuch des mexikanischen Außenministers José Antonio Mead in Deutschland* [Visita estatal del Secretario de Relaciones Exteriores de México José Antonio Mead en Alemania]. En: EXPERTMEX del 27.01.2015. <http://www.experimentmex.com/staatsbesuch-des-mexikanischen-aussenminister-jose-antonio-meade-nach-deutschland/>.

¹² Schröter, Barbara (Ed.): *Das politische System Mexikos* [El sistema político de México]. Springer VS, Wiesbaden 2015, Pg.386.

fuerzas de seguridad mexicanas, objetivos similares a los del acuerdo de seguridad germano-mexicano. En el marco de la Iniciativa Mérida se pusieron de acuerdo el presidente mexicano Calderón, Barack Obama y las oficinas bilaterales de los servicios secretos estadounidenses y mexicanos. En el 2012 existían nueve delegaciones civiles y militares en México¹³. Es especialmente estrecha la colaboración de los Estados Unidos con México en el norte y en el sur, en donde las unidades policiales y militares de los dos países llevan a cabo operaciones comunes. En el 2012 tuvo lugar un encuentro entre el presidente mexicano Calderón y el jefe de la CIA Patraeus en el que se acordó el fortalecimiento de la “cooperación en seguridad”¹⁴.

Uno se pregunta cómo encaja el compromiso alemán en este aspecto político y estratégico tan sensible de los Estados Unidos con México. Es de suponerse que el acuerdo de seguridad entre Alemania y México es una acción concertada con los Estados Unidos. Las profundas diferencias históricas entre mexicanos y estadounidenses siguen existiendo dentro de distintos sectores de la sociedad mexicana, incluyendo parte de las élites, pese a los trascendentales acuerdos de hoy entre los gobiernos. Por estas razones la integración de las políticas de seguridad de México con Occidente, a través de la República Federal de Alemania, es tácticamente muy útil, pues los alemanes tienen muy buena reputación en México.

2. ¿El fortalecimiento de los servicios de seguridad puede crear más seguridad en México?

El entorno político-económico en la situación de la seguridad en México

La crisis de 1982 por el endeudamiento del país y el subsiguiente programa de condiciones del FMI y del Banco Mundial así como la entrada en vigor de la zona franca norteamericana NAFTA el primero de enero de 1994 fueron empujando poco a poco a México a un giro neoliberal, que resultó en la subordinación de su política a una política económica neoliberal y a los intereses de explotación de las empresas transnacionales y provocó la reducción drástica de la economía nacional, la crisis, y finalmente el colapso del sistema político tradicional del PRI orientado a nivel nacional. En este contexto también aumentaron la “economía criminal” y la criminalidad económica.

Al tráfico de drogas en México se le llama “economía criminal” y en el contexto de la criminalidad económica ha hecho muchas conexiones con la economía oficial¹⁵. Puesto que, como corresponde a la política neoliberal, existen muy pocos

¹³ Ibídem.

¹⁴ Schlegel, Michael: *Mexikos Präsident trifft CIA* [El presidente de México se encuentra con la CIA]. En: Amerika21 del 31.01.2012.

¹⁵ Tribunal Permanente de los Pueblos: *Freier Handel, Gewalt, Straflosigkeit und Völkerrechte in Mexiko* [Libre comercio, violencia, impunidad y derechos civiles en México] (de 2011 a 2014) Audiencia final. Juicio 12-15.11.2014. Ciudad de México: 16.

gravámenes a los monopolios, poca o ninguna vigilancia a la actividad económica de los bancos y ningún mecanismo de prevención del lavado de activos, tanto la economía de las drogas como su vínculo con la economía oficial se ven favorecidos. Las empresas transnacionales también se benefician porque como los requisitos para el comercio de bienes son mínimos y no hay ninguna normativa fiscal, pueden transferir al exterior sus ganancias casi completas. Luis Hernández Navarro dijo en el tribunal de los pueblos: “México es como otro estado federal de los Estados Unidos, pero sin sus leyes y normas.”¹⁶ Ese espacio libre de leyes favorece la criminalidad económica. El tribunal de los pueblos estableció que parte de la economía transnacional “vive en una perversa relación complementaria con el tráfico de drogas y su espantosa criminalidad”¹⁷.

Además la reglamentación existente para la prevención de la corrupción, el prevacato y los delitos fiscales es insuficiente y aún más insuficientes son los controles de las escasas leyes en estas cuestiones, de modo que su aplicación efectiva está completamente por fuera de las posibilidades. El tribunal de los pueblos manifestó: “En la actitud de las élites económicas está una de las causas de la parálisis de la justicia penal en el país, que fue desplazada por un estado de profunda impotencia, y también en que la lucha del narcotráfico se transfirió de modo equivocado a los militares y a la marina...”¹⁸

Una concentración en las fuerzas de seguridad en el acuerdo germano-mexicano no puede tener resultados eficientes sin atender al contexto político económico. Considerando un concepto de seguridad más amplio, un tratado de seguridad debería incluir también cuestiones de la reglamentación de la economía, pero estas probablemente contradirían los intereses inversionistas de los alemanes. Puesto que el acuerdo de seguridad germano-mexicano es parte de un concepto de seguridad bastante limitado y se enfoca solo en una parte de las fuerzas de seguridad: la policía, sin considerar el contexto político económico, no puede funcionar. La policía sola no puede hacer nada contra la falta de regulación y las leyes inexistentes contra la criminalidad económica.

La situación de los derechos humanos en México y el acuerdo de seguridad

El gobierno alemán ha asegurado varias veces que México respeta los derechos humanos. También en el Parlamento de la Unión Europea una mayoría de conservadores, liberales y social demócratas han acentuado que la UE tiene que apoyar al gobierno mexicano en la lucha contra la mafia¹⁹. Si se parte de que México es el país en el mundo que más acuerdos internacionales de derechos humanos ha firmado, se podría llegar a esa conclusión. Es positiva la reforma constitucional de 2011, según la cuál los acuerdos internacionales de derechos humanos firma-

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Lochbihler, Barbara: *Keine Pistole, kein Gewehr nach Mexiko* [Ni pistolas ni rifles para México]. En: Neues Deutschland del 05.02.2015.

dos por México tienen ahora un rango constitucional. Esto incluye también la convención internacional de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas frente a la desaparición forzada. A partir de entonces las cortes tienen que considerar los tratados internacionales de derechos humanos en sus decisiones. Además en el artículo 14 de la constitución está estipulado que nadie puede ser detenido arbitrariamente. Según el artículo 17 a todo el mundo se le debe garantizar el acceso a la justicia²⁰.

Pero, pese a esta legislación satisfactoria sobre los derechos humanos, la praxis política en México es totalmente diferente. El gobierno alemán no debería hacerse el de la vista gorda ante este hecho. Desde hace por lo menos 20 años las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), una serie de otras organizaciones mexicanas como por ejemplo Fray Bartolomé de las Casas en Chiapas, Amnistía Internacional o Human Rights Watch y, desde hace algunos años, el Tribunal Permanente de los Pueblos en México, la ONU y el Parlamento Europeo, han llamado la atención sobre la masiva y grave violación a los derechos humanos en México. Se mostraron numerosas pruebas de arrestos extralegales, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones ilegales y se denunció la impunidad para los delincuentes²¹. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) condenó, en su informe del 23 de octubre hasta el 7 de noviembre de 2014, la impunidad en México y la permisividad de la “guerra sucia”²². La guerra de las drogas en México costó en los últimos ocho años la vida de 100.000 personas²³. De momento hay en México 250.000 refugiados internos. Las 26.000 desapariciones,²⁴ ejecuciones ilegales y numerosas torturas²⁵ recuerdan fatalmente la “guerra sucia” de las dictaduras latinoamericanas de los años 1970s. El 99 por ciento de los crímenes siguen en la impunidad²⁶. Las numerosas violaciones a los derechos humanos en México por parte de las fuerzas de seguridad y de los carteles de las drogas son posibles debido a

²⁰ Schulz, Christiane: *Verschwindenlassen in Mexiko: ein systematisch begangenes Verbrechen* [Desaparición forzada en México: Un crimen sistemático]. En: Análisis 48 de febrero 2015, Pg.13. Cf. Coordinación Alemana para los Derechos Humanos en México, Brot für die Welt [Pan para el mundo] Misereor.

²¹ La Comisión Nacional Mexicana para los Derechos Humanos documentó que el número de quejas sobre la participación de la Policía Federal en violaciones a los derechos humanos aumentó de 136 casos en el año 2007 a 802 casos en el año 2012. En el año 2013 hubo 619 casos. Las quejas sobre violaciones a los derechos humanos por el ejército y la marina aumentaron considerablemente. En el año 2007 la Comisión Nacional para los Derechos Humanos recibió 398 quejas, en el año 2011 fueron 2.190 (Meyer 2014). Existen numerosos informes sobre la participación directa de fuerzas de seguridad nacionales en casos de ejecuciones extrajudiciales, tortura y desapariciones forzadas (AI 2009/2014; HRW 2011). Está documentado que, por ejemplo el 30 de junio del año pasado soldados ejecutaron extrajudicialmente a 21 personas en el distrito rural Tlatlaya en el Estado de México (Carrasco 1.10./4.10.2014).

En: Schulz, Christiane Idb.

²² Camacho Servín, Fernando: *Impunidad de la „guerra sucia“, con efectos en Ayotzinapa y Tlatlaya: CIDH*. En: La Jornada del 02.01.2015.

²³ Arte-Reportage del 05.02.2015. <http://info.arte.tv/de/mexiko-ich-kann-nicht-mehr>.

²⁴ En febrero de 2013 el nuevo gobierno del presidente Enrique Peña Nieto publicó que en el gobierno anterior hubo más 26.000 víctimas de desaparición forzada. En: Schulz, Christiane: Ibd. Pg.7.

²⁵ Lochbihler, Barbara: Ibd.

²⁶ Schulz, Christiane: Ibd.

la impunidad. Organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales documentan una complicidad entre los militares, la Policía Federal, la Policía Comunitaria Local y el crimen organizado²⁷. El estudio sobre la desaparición forzada en México por „Brot für die Welt“ (Pan para el mundo) dice:

„El Estado es triplemente responsable del deterioro sistemático de la situación de los derechos humanos en México desde 2006: primero por la participación directa de actores estatales en los crímenes violentos, segundo por el desacato del deber estatal de brindar protección, y tercero por la violación del deber de garantizar los derechos humanos (véase. Naciones Unidas 1948).“²⁸

Los sucesos alrededor de los 43 estudiantes de la escuela normal de Ayotzinapa desaparecidos en el estado de Guerrero evidencian otra vez el accionar conjunto de los órganos estatales y la mafia de las drogas y con ello la autoría del Estado. En este caso, la mafia de las drogas sirvió claramente de auxiliar ejecutivo en el combate y exterminio de la oposición política, a través de órganos estatales. El 26 de septiembre de 2014 el Alcalde de Iguala le ordenó a la policía impedir una protesta de estudiantes. La policía arrestó a los estudiantes y se los entregó al cartel de las drogas “Guerreros Unidos”. Según el fiscal general, los testigos dijeron que los estudiantes fueron asesinados y quemados y sus restos fueron tirados en bolsas de plástico a un río²⁹. Sin embargo, la obtención de pruebas es altamente cuestionable y tiene muchos vacíos³⁰.

En todo México surgió por este suceso un movimiento de protesta enorme contra la clase política. En muchos lugares se exigió la renuncia del Presidente pues las maniobras criminales del Alcalde de Iguala ya se conocían desde hacía tiempo. Las denuncias contra él, su jefe de policía, y los carteles de la droga fueron ignoradas. En la búsqueda de los estudiantes asesinados se encontraron docenas de fosas comunes, 25 exactamente³¹. El obispo mexicano Raúl Vera dijo que “finalmente debería hablarse sobre el terrorismo de Estado en México” y explicó que el gobierno mexicano: “Sabe exactamente que gobierna es sólo un porcentaje de la población. Lo que pasó en Ayotzinapa sólo podemos llamarlo terror estatal. Es un acto terrorista para amedrentar”³². Estas situaciones dicen mucho sobre las estructuras autoritarias en México y no se dejan encasillar exclusivamente en el concepto del *failed state*, sino que se acercan más bien a la denominación de

²⁷ Ibídem.

²⁸ Ibídem.

²⁹ Castillo, Gustavo: *Dialogan Solalinde y Murillo Karam sobre el caso Ayotzinapa*. En: La Jornada del 23.10.2014. y Camacho Servín, Fernando: *Murillo Karam se reune con familiares de los desaparecidos; no brinda datos nuevos*. En: La Jornada del 04.11.2014.

³⁰ Camacho Servín, Fernando: *Normalistas rechazan versión de la PGR; piden pruebas contundentes*. En: La Jornada del 07.11.2014.

³¹ Vogel, Wolf-Dieter: *Mafia-Staat Mexiko* [El Estado mafioso en México]. En: Blätter für deutsche und internationale Politik [Páginas sobre política alemana e internacional]. Diciembre2014.

³² Neuber, Harald: *Mexikanischer Bischof kritisiert Abkommen mit Deutschland* [Obispo mexicano critica acuerdo con Alemania]. En: Amerika21 del 13.02.2015.

una “dictadura moderna y dependiente con disfraz democrático”. Los sucesos alrededor de los estudiantes en Ayotzinapa perjudicaron la imagen de México en lo referente a los derechos humanos más que todos los sucesos acaecidos hasta entonces; fueron tema en la ONU, que exigió averiguaciones transparentes. El Departamento de Estado de los Estados Unidos amenazó con la suspensión de las subvenciones financieras en el trabajo conjunto en el tema de seguridad. Los diputados europeos se pronunciaron en contra de nuevas negociaciones del acuerdo global hasta que no se restablezca la confianza³³.

A principios de febrero de 2015 tuvo lugar ante la Comisión de la ONU contra la Desaparición Forzada y ante el Comité de Derechos Humanos del Parlamento Europeo la audición de los padres de los estudiantes desaparecidos de Ayotzinapa. Se le exigió a México hacer más esfuerzos contra la desaparición forzada³⁴. La comisión de la ONU recomendó la fundación de una unidad de búsqueda oficial y la instalación de una base de datos completa de los desaparecidos³⁵.

El gobierno alemán asegura que México respeta los derechos humanos, que los eventos en Ayotzinapa fueron un caso aislado, pero jurídicamente esta afirmación es falsa, pues hay numerosas pruebas documentadas de lo contrario, y políticamente es más que cuestionable. Además representa una falta de respeto y una burla a las víctimas. El 3 de febrero de 2015 la Coordinación Alemana por los Derechos Humanos le entregó a México³⁶ en el Ministerio de Interior alemán 7.830 firmas en contra del acuerdo ante un público numeroso³⁷. Los funcionarios escucharon las quejas de varios mexicanos afectados y la declaración del obispo mexicano Raúl Vera, pero así como es de laudable que los altos funcionarios del Ministerio del Interior alemán hayan escuchado a los mexicanos afectados, es de superficial el texto del tratado que sólo menciona de pasada las violaciones a los derechos humanos. El obispo Raúl Vera les explicó a los funcionarios que México es un “país destruido”, en el que imperan la violencia y la impunidad, como lo evidencia la autoría del gobierno mexicano en el caso de los estudiantes asesinados y desaparecidos de Ayotzinapa y la colaboración entre el Alcalde de Iguala y la mafia de las drogas. El gobierno mexicano abusó de la policía para defender sus intereses. Él dijo: “Si el gobierno alemán quiere imponer ese acuerdo, la única consecuencia será que en México habrá armas mejores y más modernas para la opresión”³⁸. La queja de la viuda Sofía Mendoza, cuyo cónyuge era uno de los miembros líderes del “Frente de Unidad Popular” (FUP) cruelmente asesinado por el alcalde de

³³ Parlamento Europeo condena el caso de Igualá. En: La Jornada del 23.10.2014.

³⁴ FOCUS: *UN verlangen von Mexiko mehr Anstrengungen gegen Polizeigewalt* [La ONU le exige a México más esfuerzos contra la violencia policial]. En: Focus-Online del 14.02.2015.

³⁵ Goertz, Gert: *Ayotzinapa: verschärfter Tonfall der Regierung zu Zweifeln an der offiziellen Version* [Ayotzinapa: Un tono más fuerte del gobierno ante las dudas frente a la versión oficial]. En: Poonal Nr.1131 del 17.02.2015.

³⁶ A la Coordinación Alemana por los Derechos Humanos en México pertenecen 14 organizaciones.

³⁷ Misión central de los franciscanos: *Entrega de 7830 firmas contra el tratado policial entre México y Alemania*. http://www.mzf.org/webcom/show_article.php/_c-232/_lkm-309/i.html.

³⁸ Neuber, Harald: Idb.

Iguala en persona,³⁹ dejó compungidos e indisuestos a los funcionarios del Ministerio de Interior. Prometieron exponerle la presentación de los afectados a los iniciadores del acuerdo de seguridad e incluirlos en el acuerdo. Que así lo hicieran significaría un paso hacia adelante y también un buen ejemplo de participación ciudadana democrática en cuestiones de política exterior y de seguridad. Sin embargo, la sola referencia a la situación de los derechos humanos en México, sin nombrar el vínculo entre Estado, fuerzas de seguridad y mafia de las drogas, -que en efecto colisionaría con las explicaciones del gobierno alemán-, no basta para eliminar las deficiencias estructurales del acuerdo. No se hacen acuerdos de seguridad con Estados que tienen estructuras como las de México porque estas estructuras no pueden cambiarse por medio de acuerdos que, dicho sea de paso, tienen que considerar la soberanía e integridad de la contraparte, es decir, no pueden inmiscuirse en las cuestiones internas del país, esto significa que cuando no se pueden cambiar las estructuras, éstas deben ser aceptadas. Pensándolo bien, si hay que aceptar las estructuras de la violación a los derechos humanos hay que aceptar también las violaciones mismas a los derechos humanos. Si uno fortalece a las élites que violan los derechos humanos se convierte en actor aunque lo haga sin querer o sin saber. La violación a los derechos humanos no puede impedirse mediante un acuerdo de seguridad, sino solamente mediante la presión internacional y el apoyo a los actores que realmente combaten la violación de los derechos humanos, puesto que se ven afectados por ésta. Por eso los familiares de los estudiantes desaparecidos de Ayotzinapa exigen la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰.

La situación de las fuerzas de seguridad en México y el acuerdo de seguridad

El acuerdo de seguridad entre Alemania y México se concentra en una parte específica de las fuerzas de seguridad: la policía. La Coordinación Alemana por los Derechos Humanos determinó en un estudio en el 2012: “Los policías mexicanos no tienen el apoyo de la población y los policías federales se desempeñan deliberadamente en zonas alejadas de los barrios en los que residen. Estas debilidades son inherentes al sistema y existen desde hace mucho tiempo. Son el resultado de la función tradicionalmente represiva de la policía mexicana. Los rangos inferiores de muchas unidades policiales son mal remunerados- un campo de cultivo para la corrupción...”⁴¹

En México se ha seguido desde hace ya muchos años, y en especial después de la nueva asociación con los Estados Unidos en el tema de seguridad que siguió al 11 de septiembre de 2001 y de la “Doctrina de la Seguridad Continental”, una estrategia en la que se fusionaron las diferentes instituciones de seguridad como la policía, la milicia y la seguridad interna, se subordinaron a una autoridad de control superior

³⁹ Hernández Navarro, Luis: El estado infernal de Iguala. En: La Jornada del 13.01.2015.

⁴⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se fundó en 1979 con base en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en San José en Costa Rica.

⁴¹ Coordinación Alemana por los Derechos Humanos en México: *Polizeizusammenarbeit* [Trabajo policial conjunto]. Ibid. Pg. 4.

y fueron puestas bajo control de las fuerzas de seguridad estadounidenses⁴². En el 2011 se utilizaron 60.000 militares en el interior del país, en 17 de los 32 estados mexicanos fueron utilizados como fuerzas policiales a nivel local⁴³.

Cabe señalar que la milicia mexicana, que está ahora en la misma línea junto con la policía y el servicio secreto, tuvo un rol mayor en la sociedad desde la Revolución Mexicana de 1910 que en otros países latinoamericanos, debido a que dominó la sociedad por la revolución de 1910 y obtuvo derechos especiales en la legislación post-revolucionaria (gobierno de Álvaro Obregón de 1920 a 1924). Desde el principio del México post-revolucionario se estableció la estrategia de Seguridad Nacional en la que a la milicia no sólo se le asignó una función intraestatal de defensa sino que también se le asignaron funciones policiales y por eso está estrechamente vinculada con la policía. Esta estrategia que aplicaron las dictaduras militares latinoamericanas como Chile, Brasil y Argentina en los años 70s para oprimir a su población, fue la equivalente, basada en la violencia, a la regularización democrática errada de los conflictos internos⁴⁴. La milicia y la policía fueron parte constitutiva de la estructura de poder corporativa del gobierno bajo el PRI (Partido Revolucionario Institucional) y sobre su base se desarrolló un pacto civil-militar. Desde el principio esta doctrina definió los movimientos de protesta como una amenaza para la paz nacional y legalizó la opresión y aniquilación brutal por parte de la milicia y la policía. Esto también justificó la tradicional función represiva de la policía mexicana. La represión de la huelga de ferroviarios en 1958, la extremadamente brutal represión de la guerrilla en Guerrero, Oaxaca y Chiapas en los años 1960s hasta 1980s, la masacre contra los estudiantes que protestaban en la “plaza de las tres culturas” en 1968 y en 1970 en las calles en Ciudad de México⁴⁵, en los años 1990s en Chiapas y Guerrero contra el EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) y el EPR (Ejército Popular Revolucionario) y contra comunidades indígenas en estos dos estados federales y en Oaxaca⁴⁶ son algunos ejemplos.

Cuando en 1999 la policía federal preventiva PFP se fundó según el modelo de la policía federal estadounidense FBI, la milicia asumió el entrenamiento de los oficiales, el comando y la supervisión de las operaciones policiales⁴⁷. La labor de esa fuerza policial consiste en combatir el crimen organizado, imponer el orden oficial en situaciones de crisis, luchar contra el terrorismo y construir y controlar vías estratégicas importantes⁴⁸. El gobierno justificó la participación de la milicia en el ámbito de la seguridad pública con el argumento de que los problemas nuevos del tráfico de drogas y la criminalidad no los puede resolver la policía sola. Para

⁴² Cf. Zimmering, Raina: *Das mexikanische Militär: Von der Revolutionsarmee zur Polizeikraft* [La milicia mexicana: Del ejército revolucionario a la fuerza policial]. En: *WeltTrends* 13 (2005) 49: 60-72.

⁴³ Parlamento alemán, Legislatura 17. *Ibd.*

⁴⁴ Zimmering, Raina: *Ibd.* Pg.2.

⁴⁵ Gallardo Rodriguez, José Francisco: *Directa, la participación del Ejército en Tlatelolco*. En: *Proceso* del 20.12.2001.

⁴⁶ Gutierrez Moreno, Maribel: *The Army in Guerrero : Always New*. En: *CIEPAC, Global Exchange* 2000: 63-70.

⁴⁷ Lopez-Menendez, Marisol: *The Army and the Public Security*. En: *The Mexican Armed Forces*. 2000: 55.

⁴⁸ Reforma del 09.07.1999.

eso se modificó la constitución en 1995, particularmente los artículos 16, 19 y 73⁴⁹. El presidente autorizó a la milicia para complementar, administrar y comandar las fuerzas policiales, eso significó el traslado de labores civiles ejecutivas, como la lucha contra el crimen y la persecución penal, al ejército. La participación de la milicia en las acciones del PFP fue autorizada por el Ministerio de Defensa SEDENA y apoyada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH. En 1999 se dio a conocer que 5.000 militares fueron incluidos el PFP⁵⁰. En el año 2000 unidades del PFP ocuparon el territorio de la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, para terminar con una de las protestas estudiantiles más grandes violando así la autonomía de la Universidad. El PFP era primero una policía política en manos de los militares. Debido a rivalidades en el PFP, atropellos descarados, corrupción y violaciones a los derechos humanos⁵¹ la policía preventiva se unió a la “Agencia Federal de Investigación” (Servicio secreto mexicano) en el 2009 convirtiéndose en la policía federal (PF) con 35.000 funcionarios más⁵². Su labor principal es combatir el crimen organizado y los carteles de la droga⁵³.

La policía es entonces una parte de las fuerzas de seguridad, que debe considerarse, junto con la milicia y el servicio secreto, como una unidad y no aisladamente. Aunque, según las ideas democráticas, la policía debería representar una unidad operativa en sí misma, es decir, debería estar separada de las otras fuerzas de seguridad, pero este no es el caso en México.

En la doctrina de la “Seguridad Continental” puesta en marcha por los Estados Unidos después del 11 de septiembre de 2001, la función asignada a la milicia debe fortalecerse con las acciones de la policía y la policía debe asumir funciones militares. Por medio de la privatización de los servicios de seguridad y la formación de unidades especiales a la policía y a la milicia se le retiraron cada vez más los controles parlamentarios⁵⁴. La nueva doctrina de seguridad de México no sólo significó la militarización de las fuerzas de seguridad - una estrecha interdependencia entre la milicia y la policía, sino también la inclusión creciente de grupos ilegales fuertemente armados en el trabajo de la seguridad. Esto se vio especialmente en el sur, donde se recurrió a grupos paramilitares para combatir la insurgencia. En las zonas ocupadas por el EZLN⁵⁵, se les dieron títulos de propiedad de tierra en zonas zapatistas a pequeños agricultores y se les entrenó militarmente para supuestamente defender “su” país. Así perpetraron atentados

⁴⁹ Zimmering, Raina: Das mexikanische Militär . . . Ibid.

⁵⁰ Lopez-Menendez, Marisol: Ibid.:58

⁵¹ Niels, Uildriks: *Implementing Human Rights in Police and Juridical Reform under Democratization*. Lexington Books 2010:63-66.

⁵² Wikipedia, http://de.wikipedia.org/wiki/Bundespolizei_%28Mexiko%29#cite_note-unrule-2.

⁵³ Gertchen, Alex: *Moral für den Krieg ohne absehbares Ende* [Moral para la guerra sin fin]. En: NZZ-Online del 06.10.2010.

⁵⁴ Ibídem.

⁵⁵ El EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) es un grupo indígena armado en Chiapas que se rebeló contra el gobierno en 1994. En las negociaciones el EZLN se unificó en un territorio que ocupó hasta un acuerdo de paz. Pero el acuerdo fue incumplido una y otra vez por los militares, la policía y los paramilitares.

contra la población de comunidades indígenas. Un ejemplo es el ataque de los paramilitares a una comunidad simpatizante de los zapatistas en Acteal en 1996, en el que 45 personas fueron asesinadas y cientos heridas. Nunca capturaron a los autores. Desde entonces tuvieron lugar incontables sucesos de este tipo. Uno de los más recientes es el ataque a la comunidad zapatista “La Realidad”, en el que un respetado profesor fue cruelmente asesinado por un grupo paramilitar (CIOAC) en mayo de 2014. Los miembros de CIOAC también destruyeron la escuela, el hospital y otras instalaciones de la comunidad⁵⁶.

La otra cara de la lucha contra la insurgencia es la instrumentalización de los carteles de la droga contra protestas, especialmente en el centro y el norte de México, como lo muestra claramente el caso de Ayotzinapa. En el año 2012 el 71,5 por ciento de todas las comunidades mexicanas estaban controladas por los carteles de las drogas. Desde el 2012 se han encontrado en México 246 fosas comunes con 534 cadáveres⁵⁷. La policía oficial actúa a menudo como un ejército privado de los carteles y los carteles son usados por las fuerzas de seguridad para hacer el “trabajo sucio” en la lucha contra la oposición y los migrantes. Los políticos son pagados y controlados por los carteles. La policía mexicana se caracteriza en todos sus niveles (desde la policía local hasta la FP) por la violación masiva a los derechos humanos (secuestros, tortura y ejecuciones extralegales) una corrupción rampante, el trabajo mancomunado con el crimen organizado y la impunidad para sus miembros y los miembros de la milicia⁵⁸. La policía federal (PF) no es una excepción y se no esta afuera de la corrupción y vinculación con la delincuencia organizada. Según Amnistía Internacional (AI)⁵⁹ y otras investigaciones científicas, la policía federal está involucrada en casos de detenciones arbitrarias, tortura y encubrimiento a las violaciones a los derechos humanos, contrario a las afirmaciones de los Ministros de Relaciones Exteriores alemán y mexicano⁶⁰. En el 2010 fueron despedidos de la FP 4.600 funcionarios debido a la corrupción, es decir el 13 % de todos los empleados⁶¹.

En el caso del asesinato y desaparición de los estudiantes de Ayotzinapa el 26 de septiembre de 2014 se evidenciaron especialmente los nexos directos entre

⁵⁶ Hillenbrand, Leticia: *Tödlicher Angriff auf Mitglieder der EZLN. Ein Toter und mehrere Verletzte bei Überfall durch anti-zapatistische Gruppe CIOAC. Generalstab der EZLN berät Reaktion auf die Vorkommnisse* [Ataque mortal a miembros del EZLN. Un muerto y varios heridos en redada de grupos anti-zapatistas CIOAC. Estado mayor del EZLN discute reacción a los acontecimientos]. En: Amerika21 del 08.05.2014.

⁵⁷ Vogel, Wolf-Dieter: Ibid.

⁵⁸ Coordinación Alemana por los Derechos Humanos en México: Ibid. Pg. 3.

⁵⁹ Neuber, Harald: *BKA bildet Polizei in Mexiko aus* [Oficina Federal de Investigación Criminal de Alemania entrena a la policía en México]. En: Periódico Neue Rheinische del 15.02.2015.

⁶⁰ Botello, Yaotzin: *Mexikos Drogenkrieg. Die Show des Präsidenten* [La guerra contra las drogas en México. El show del presidente]. En: Spiegel-Online del 12.08.2011; 2010 Human Rights Report: Mexico. En: *2010 Country Reports on Human Rights Practices*; U.S. Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor del 8 de abril de 2011: „According to CNDH the government entities with the greatest number of human rights complaints filed against them were SEDENA, the Mexican Institute for Social Security (IMSS), the Federal Police, and the PGR.”

⁶¹ Ibídem.

el Estado, las fuerzas de seguridad y el crimen organizado⁶². A la policía federal (FP) se le informó de inmediato de la detención y la entrega de los estudiantes a la mafia, pero lo único que hizo fue bloquear calles y dejar en libertad a la mafia; fue cómplice del asesinato, lo cuál contradice la afirmación de los Ministros de Relaciones Exteriores mexicano y alemán según la cuál, únicamente la policía local estuvo involucrada en la masacre. El Ministerio del Interior alemán supo que la policía federal mexicana y el servicio secreto fueron informados en todo momento sobre el asesinato de los estudiantes de Ayotzinapa el 26 de septiembre. Esto salió la luz en un informe secreto del Ministerio del Interior⁶³.

Pero incluso antes de los sucesos de Ayotzinapa hubo numerosos ejemplos de la colaboración de la policía en todos sus niveles con el crimen organizado, en los que varias personas perdieron la vida. En el 2013 secuestraron seis activistas de izquierda, tres de ellos fueron ejecutados. Uno de ellos, Arturo Hernández Cardona fue asesinado personalmente por el alcalde de Iguala⁶⁴.

Después de las protestas masivas en México por la masacre de los 43 estudiantes, el presidente mexicano Enrique Peña Nieto anunció una reforma constitucional en la que las unidades de policía comunales serían disueltas y reemplazadas por fuerzas bajo el control de los estados federales,⁶⁵ pero hasta ahora no hay planes concretos para la ejecución de esa reforma.

El acuerdo de seguridad entre México y Alemania se concentra en la policía; en la estrategia de seguridad de México la policía representa sólo una parte de las fuerzas de seguridad, por eso el acuerdo está condenado al fracaso, pues excluye a los demás órganos de seguridad. Puesto que todas las partes de las fuerzas de seguridad están involucradas en corrupción, nexos con el crimen organizado y violaciones masivas a los derechos humanos, el acuerdo de seguridad entre Alemania y México no puede tener efecto si apoya únicamente a una parte de estas fuerzas que además no está en condiciones de actuar sin las demás fuerzas de seguridad porque está bajo su mando, dicho de otro modo: el sistema total de las fuerzas de seguridad siempre contribuirá a que la policía siga la lógica del sistema total. Eso es especialmente evidente en las operaciones mezcladas entre la policía y la milicia⁶⁶.

⁶² Peteranderl, Sonja: *Mexiko: Aufwärtung des Verbrechens* [México: El rearne del crimen]. En: Zeit-Online del 27.12.2014. http://www.juergengraesslin.com/index.php?seite=Onlineber_Mexiko_Aufwaertung_des_Verbrechens_2014-12-27.htm.

⁶³ Hänsel, Heike: *Verhandlungen für Sicherheitsabkommen mit Mexiko aussetzen* [Interrumpir las negociaciones del acuerdo de seguridad con México]. Página web de la Izquierda en el Parlamento alemán del 18.12.2014. <http://www.heike-haensel.de/2014/12/18/verhandlungen-fuer-sicherheitsabkommen-mit-mexiko-aussetzen/>.

⁶⁴ Vogel, Wolf-Dieter: Ibid.

⁶⁵ Präsident Nieto kündigt Polizeireform an [El presidente Nieto anuncia reforma policial]. En: Siegel-Online del 27.11.2014.

⁶⁶ Coordinación por los Derechos Humanos en México: *Trabajo policial conjuntos*. . . Ibid.Pg.9.

Venta de armas a México

En el acuerdo de seguridad la venta de armas a México no es un tema. El Ministro de Relaciones Exteriores mexicano dijo en su visita a Berlín: "México apoyó el acuerdo internacional del comercio de armas para instalar mecanismos que impidan que las armas caigan en malas manos."⁶⁷

En el 2011 la República Federal de Alemania (RFA) determinó que no "existe ningún riesgo de que el armamento pueda ser usado para la represión interna" (Impreso del Parlamento 17/4383, respuesta a la pregunta 2)⁶⁸. Sin embargo, la venta de armas de Alemania a México representa un problema de seguridad por su uso contra los manifestantes. La venta de armas en determinados países en los que hay zonas de conflicto y enfrentamientos bélicos está prohibida según las leyes federales alemanas. La RFA probó en México un nuevo procedimiento en el que la prohibición ya no aplica para países con conflictos sino sólo para determinados estados federales de un país. La empresa de armamento alemana Heckler & Koch (H&K) le presentó una solicitud a la Oficina Federal de Economía y Exportaciones en el 2006 para proporcionarle rifles G-36 a México. La oficina autorizó la exportación con la excepción de cuatro estados federales mexicanos en los que hay conflictos, Guerrero está entre ellos. Pero la mitad de las más de 9.000 armas aterrizaron en los estados federales mexicanos con la prohibición. En dos de esos estados federales H&K incluso entrenó a policías en su uso. El abogado alemán Jürgen Gräßlin interpuso una denuncia en el 2010 contra H&K⁶⁹. Desde entonces se adelanta un sumario contra H&K. Durante esa época se suspendieron las licencias de exportación de armas pequeñas a México⁷⁰. El 12 de diciembre de 2011 la policía les disparó con rifles de asalto de H&K a los estudiantes de Ayotzinapa que protestaban por las malas condiciones de la Universidad. Dos estudiantes fueron asesinados en ese entonces⁷¹. Según expedientes de investigación que tiene el periódico "taz", después del 26 de septiembre de 2014 a la policía en Iguala se le confiscó, en su proceder contra los manifestantes que protestaban por la desaparición de los estudiantes de Ayotzinapa, rifles de asalto G36 de la empresa Heckler & Koch otra vez⁷². El Ministerio Federal de Economía dijo que las autoridades mexicanas pusieron datos falsos en los documentos de exportación y así ocultaron el paradero de las armas alemanas en Guerrero⁷³. Se confió en el cumplimiento de la "declaración de uso final" del subcontratista del Ministerio de Defensa en México, según la cuál las armas no deberían haber aterrizado en Guerrero. Sin embargo, también

⁶⁷ Secretario de Relaciones Exteriores en Berlín. dpa del 19.01.2015

⁶⁸ Parlamento alemán, Legislatura 17. .Ibd. Pg.11.

⁶⁹ Peteranderl, Sonja: Ibd.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Vogel, Wolf-Dieter: *Deutsche Waffen, deutsches Geld* [Armas alemanas, dinero alemán]. En: Periódico Taz del 16.01.2015. Y en: <http://wdvogel.wordpress.com/2014/12/10/die-spur-fuhrte-nach-iguala/>

"Los oficiales de policía confiscaron 228 armas de fuego en el cuartel del jefe de policía Velázquez, 97 de las cuales eran rifles. Entre ellas había también, junto a armas italianas y americanas, 36 armas G36 de H & K. Así se desprende de una lista de objetos incautados en la Fiscalía". (Traducción)

⁷³ Vogel, Wolf-Dieter: *Deutsche Waffen, deutsches Geld*. Ibd.

la empresa H&K debió haber sabido del paradero ilegal de las armas. Si uno tiene en cuenta que las autoridades alemanas quedaron contentas con las “declaraciones de uso final” y no hicieron ningún otro control, la invalidez de semejante declaración es evidente. El gobierno federal dijo en el 2011: “-En la ley de control de exportaciones no está contemplada una comprobación posterior del paradero final del armamento exportado”⁷⁴ El abogado alemán Holger Rothbauer dijo: “El caso actual comprueba que las declaraciones del paradero final son documentos completamente inválidos y manipulables”⁷⁵.

Otro factor es que después de los problemas con H&K México construyó armas similares según planes de construcción alemanes. Los fusiles de asalto FX-05 producidos en la empresa de armamento estatal se parecen mucho a los fusiles G-36. Gräßlin interpuso una segunda demanda contra H&K debido a la entrega ilegal de Know-hows de la técnica armamentista⁷⁶.

Si el acuerdo de seguridad entre México y Alemania en realidad se preocupara por una mayor seguridad en México tendría que prohibir la entrega de armas a este país en conflicto, pues México tendría que ser automáticamente reconocido como tal en el acuerdo referente a la “Guerra contra las drogas”. También tendría que señalar la total falta de sentido de las declaraciones de uso final y recomendarle al gobierno alemán prohibir la entrega de armas a este país caracterizado por conflictos, las fuerzas de seguridad corruptas y las violaciones a los derechos humanos. Pero eso se refería de nuevo a intereses económicos alemanes.

3. EL ACUERDO DE SEGURIDAD CON MÉXICO ES INACEPTABLE PARA UNA ALEMANIA DEMOCRÁTICA

¿Quién crea la seguridad en México? Como se concluyó en los últimos capítulos, los sucesos alrededor de la desaparición de los estudiantes de Ayotzinapa son una clara muestra de que en grandes partes del país no fueron el gobierno y aparato de seguridad los que crearon la seguridad para los ciudadanos mexicanos. La seguridad de los ciudadanos mexicanos fue violada por la instrumentalización de la mafia de las drogas a favor de los intereses políticos de órganos estatales como la obstaculización y el exterminio de la oposición. Pasó lo mismo hace más de 20 años cuando el gobierno y sus órganos de seguridad se sirvieron de tropas paramilitares para la opresión de indígenas opositores como por ejemplo los zapatistas en Chiapas. Aunque el gobierno no se haya ensuciado las manos, sino se haya servido

⁷⁴ Parlamento alemán, legislatura 17 . . . Ibid Pg. 11.

⁷⁵ Al respecto Vogel, Wolf-Dieter: “Ya en abril de 2010 el abogado de los activistas por la paz Jürgen Gräßlin había puesto una denuncia en la Fiscalía de Stuttgart contra H&K. Gräßlin le reprocha a H&K que aproximadamente la mitad de cerca de 10.000 rifles de asalto exportados a México entre 2006 y 2009 fue entregada en regiones „prohibidas“ . Documentos confirman que nada más 1924 armas fueron a parar a manos de autoridades policiales en Guerrero, es decir, en un estado federal en el que la mayoría de funcionarios están involucrados, como en Iguala, en una red de mafia, política y gobernantes locales“ (traducción)

⁷⁶ Peteranderl, Sonja: Ibid.

de “manos sucias” para hacer el trabajo, no se puede hablar de una garantía de seguridad por parte del Estado.

¿Los iniciadores del acuerdo entre México y Alemania sólo eran ingenuos e ignorantes o el acuerdo sirve a los intereses alemanes sin importar que las autoridades mexicanas tengan unas estructuras ilegales y represivas? ¿Se trata de inversiones alemanas para tener influencia política y económica o de una asociación transatlántica estratégica con los Estados Unidos?

En vista de la violación masiva a los derechos humanos, la impunidad, la falta de regulación en el ámbito económico, el aparato de seguridad represivo y antide-mocrático, la corrupción en las instituciones estatales, el trabajo mancomunado entre los órganos estatales y el crimen organizado, México tiene rasgos represivos, ilegales, pero también moderno-dictatoriales que no justifican un acuerdo de seguridad.

En la entrega de las firmas de la Coordinación Alemana por los Derechos Humanos en México en el Ministerio del Interior contra el acuerdo de seguridad el 3 de febrero de 2015, un funcionario del Ministerio les dijo a los afectados que informaron sobre casos graves de violaciones a los derechos humanos: No podemos cambiar las circunstancias de su país. Si uno se toma en serio esa afirmación, entonces el mismo funcionario dio la respuesta al sentido de tal acuerdo. ¿Qué sentido debería tener el acuerdo si no cambiar la condiciones en México, mejorar la situación de los derechos humanos, combatir la corrupción? Eso lo dice el acuerdo mismo. El gobierno federal dijo en 2011 acerca del acuerdo: “Además, las medidas policiales internacionales de formación y equipamiento tienen el objetivo de estimular la formación de estructuras estatales justas en los países receptores en el ámbito de la seguridad y el orden públicos, así como la creación de condiciones democráticas”⁷⁷. Pero la verdad sale a veces a la superficie como en la confrontación directa con una viuda, cuyo esposo fue asesinado por el alcalde, que describe su calvario a su manera natural y sencilla: Los alemanes no pueden cambiar este dilema, eso lo entendieron hace mucho tiempo. Como dijo el diputado del partido Los Verdes hans-Christian Ströbele, es de temer que con el acuerdo de seguridad, el *know-how* y el armamento de las autoridades de seguridad alemanas no se usen contra los carteles sino caigan directamente en sus manos⁷⁸. Y la Coordinación Alemana por los Derechos Humanos en México expresó que no se pueden entrenar fuerzas de seguridad que actúen criminalmente⁷⁹. Con el acuerdo de seguridad las corruptas fuerzas de seguridad de México se legitiman y se admiten internacionalmente. Si los motivos del acuerdo de seguridad formulados al principio del artículo, en especial los intereses económicos,

⁷⁷ Parlamento alemán, legislatura 17... Ibd. Pg.5.

⁷⁸ Página web de los verdes y coalición 90 con hans-Christian Ströbele y el acuerdo de seguridad con México 17.10.2014. <http://www.stroebele-online.de/themen/sicherheit/7967955.html>.

⁷⁹ Deutsche Welle: *Mexiko helfen, aber wie?* [ayudar a México, pero ¿cómo?] <http://www.dw.de/mexiko-helfen-aber-wie/a-18054929>.

son la razón verdadera de este acuerdo, entonces estaríamos ante un caso muy reprochable de la política exterior y económica alemana, asumida esta vez por el Ministerio del Interior de Alemania. El diputado Heike Hänsel dijo al respecto en el parlamento: “¡El gobierno federal tiene una responsabilidad cuando planea firmar el acuerdo de seguridad entre la policía mexicana y la alemana, pues eso significa ser cómplice de los crímenes y las violaciones a los derechos humanos que suceden en México!”⁸⁰.

La complicidad es autoría. El gobierno alemán no debe convertirse en autor de la violación de los derechos humanos en México.

⁸⁰ Rotscheidt, Ina: *Sicherheitsabkommen mit Mexiko: Deutschland in zweifelhafter Rolle* [Acuerdo de seguridad con México: Alemania en un rol dudoso]. En: Deutschlandfunk –DLF-Magazin el 18.01.2015, a las 19:15.

¿QUÉ PUEDE HACER EL ACUERDO DE SEGURIDAD ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO?

Bibliografía

Arte-Reportage del 05.02.2015. <http://info.arte.tv/de/mexiko-ich-kann-nicht-mehr>. Ministerio de Asuntos Exteriores: Beziehungen zwischen Deutschland und

Mexiko [Relaciones entre Alemania y México]. Octubre 2014. http://www.auswaertiges-amt.de/DE/Aussenpolitik/Laender/Laenderinfos/Mexiko/Bilateral_node.html.

Botello, Yaotzin: Mexikos Drogenkrieg. Die Show des Präsidenten [La guerra contra las drogas en México. El show del presidente]. En: Spiegel-Online del 12.08.2011;

Parlamento alemán, legislatura 17 del 29.12.2011: Respuesta del gobierno federal a la pequeña consulta de los diputados Andrej Hunko, Heike Hänsel, Wolfgang Gehrcke, otros diputados y la fracción de la Izquierda. Impreso 17/8146-: Sicherheits- und Rüstungskooperation mit Mexiko [Cooperación de seguridad y armamento con México].

Coordinación alemana por los Derechos Humanos en México: Polizeizusammenarbeit Mexiko- Eine kritische Analyse [Trabajo conjunto policial con México- Un análisis crítico]. Documento de posición de la Coordinación alemana para los Derechos Humanos del 23 de enero de 2010.

Deutsche Welle: Mexiko helfen, aber wie? [Ayudar a México, pero ¿cómo?] <http://www.dw.de/mexiko-helfen-aber-wie/a-18054929>.

FOCUS: UN verlangen von Mexiko mehr Anstrengungen gegen Polizeigewalt [La ONU le exige a México más esfuerzos contra la violencia policial]. En: Focus-Online del 14.02.2015.

Gallardo Rodriguez, José Franzisco: Directa, la participación del Ejército en Tlatelolco. En: Proceso del 20.12.2001.

Gertchen, Alex: Moral für den Krieg ohne absehbare Ende [Moral para la guerra sin fin] En: NZZ-Online del 06.10.2010.

Goertz, Gert: Ayotzinapa: verschärfter Tonfall der Regierung zu Zweifeln an der offiziellen Version Version [Ayotzinapa: Un tono más fuerte del gobierno ante las dudas frente a la versión oficial] En: Poonal Nr.1131 del 17.02.2015.

Gutierrez Moreno, Maribel: The Army in Guerrero. En: CIEPAC, Global Exchange: Always Near, 2000: 63-70.

Hänsel, Heike: Verhandlungen für Sicherheitsabkommen mit Mexiko aussetzen [Interrumpir las negociaciones del acuerdo de seguridad con México]. Página web de la izquierda en el Parlamento

alemán del 18.12.2014. <http://www.heike-haensel.de/2014/12/18/verhandlungen-fuer-sicherheitsabkommen-mit-mexiko-aussetzen/>.

Hernández Navarro, Luis: El estado infernal de Iguala. En: La Jornada del 13.01.2015.

Hillenbrand, Leticia: Tödlicher Angriff auf Mitglieder der EZLN. Ein Toter und mehrere Verletzte bei Überfall durch anti-zapatistische Gruppe CIOAC. Generalstab der EZLN berät Reaktion auf die Vorkommnisse [Ataque mortal a miembros del EZLN. Un muerto y varios heridos en redada de grupos anti-zapatistas CIOAC. Estado mayor del EZLN discute reacción a los acontecimientos]. En: amerika21 vom 08.05.2014.

Jaimes, Francisco: Staatsbesuch des mexikanischen Außenministers José Antonio Mead in Deutschland. [Visita estatal del Secretario de Relaciones Exteriores de México José Antonio Mead en Alemania]. En: EXPERTMEX del 27.01.2015. <http://www.expertmex.com/staatsbesuch-des-mexikanischen-aussenminister-jose-antonio-meade-nach-deutschland/>.

Lochbihler, Barbara: Keine Pistole, kein Gewehr nach Mexiko Mexiko [Ni pistolas ni rifles para México]. En: Neues Deutschland del 05.02.2015.

Lücke, Herdis: Mexiko wirbt in Deutschland für Sicherheitsabkommen [México pauta en Alemania para el acuerdo de seguridad]. En: Deutsche Mexiko-Zeitung del 20.01.2015. <http://www.mexiko-travel-news.de/index.php/politik33/984-mexiko-wirbt-in-deutschland-fuer-sicherheitsabkommen>.

Missionszentrale der Franziskaner: Entrega de 7830 firmas contra el tratado policial entre México y Alemania. http://www.mzf.org/webcom/show_article.php/_c-232/_lkm-309/i.html.

Neuber, Harald: BKA bildet Polizei in Mexiko aus [BKA entrena a la policía en México]. En: Periódico Neue Rheinische del 15.02.2015.

Neuber, Harald: Weiter deutsche Ausbildung von Polizisten in Mexiko [Entrenamiento militar alemán a policías en México]. En Amerika21 del 07.01.2015.

Neuber, Harald: Mexikanischer Bischof kritisiert Abkommen mit Deutschland [Obispo mexicano critica acuerdo con Alemania]. En: Amerika21 del 13.02.2015.

Niels, Uildriks: Implementing Human Rights in Police and Juridical Reform under Democratization. Lexington Books 2010:63-66.

Peteranderl, Sonja: Mexiko: Aufrüstung des Verbrechens [México: El armamento del crimen]. En: Zeit-Online del 27.12.2014. http://www.juergengraesslin.com/index.php?seite=Onlineber_Mexiko_Aufruestung_des_Verbrechens_2014-12-27.htm.

¿QUÉ PUEDE HACER EL ACUERDO DE SEGURIDAD ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO?

- Rotscheidt, Ina: Sicherheitsabkommen mit Mexiko: Deutschland in zweifelhafter Rolle [Acuerdo de seguridad con México: Alemania en un rol dudoso]. En: Deutschlandfunk -DLF-Magazin el 18.01.2015, a las 19:15.
- Schlegel, Michael: Mexikos Präsident trifft CIA [El presidente de México se encuentra con la CIA]. En: amerika21 del 31.01.2012.
- Schröter, Barbara (Ed.): Das politische System Mexikos [El sistema político de México]. Springer VS, Wiesbaden 2015.
- Schulz, Christiane: Verschwindenlassen in Mexiko: ein systematisch begangenes Verbrechen. [Desaparición forzada en México: Un crimen sistemático]. En: Análisis 48 de febrero 2015, Pg.13. Cf. Coordinación alemana por los Derechos Humanos en México, Brot für die Welt [Pan para el mundo] Misereor.
- Tribunal Permanente de los Pueblos: Freier Handel, Gewalt, Straflosigkeit und Völkerrechte in Mexiko [Libre comercio, violencia, impunidad y derechos civiles en México] (de 2011 a 2014) Audiencia final. Juicio 12-15.11.2014. Ciudad de México.
- Vogel, Wolf-Dieter: Mafia-Staat Mexiko [Estado mafioso en México]. En: Blätter für deutsche und internationale Politik [Páginas sobre política alemana e internacional]. Diciembre 2014.
- Vogel, Wolf-Dieter: Deutsche Waffen, deutsches Geld [Armas alemanas, dinero alemán]. En: Periódico taz del 16.01.2015 y en: <http://wdvogel.wordpress.com/2014/12/10/die-spur-fuert-nach-iguala/>
- Página web de los verdes y coalición 90 con hans-Christian Ströbele y el acuerdo de seguridad con México 17.10.2014. <http://www.stroebeleonline.de/themen/sicherheit/7967955.html>.
- Wikipedia, http://de.wikipedia.org/wiki/Bundespolizei_%28Mexiko%29#cite_note-unrule-2.
- Zimmering, Raina: Das mexikanische Militär: Von der Revolutionsarmee zur Polizeikraft Polizeikraft [La milicia mexicana: Del ejército revolucionario a la fuerza policial]. En: WeltTrends 13 (2005) 49: 60-72.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

N°
41

242

Recensión

Dominique Méda, Patricia Vendramin, Réinventer le travail, 2013, Presses Universitaires de France, Paris, 256 p.

*María Rosalba Buitrago Guzmán**

Réinventer le travail, en español *Reinventar el trabajo*, es una de las obras más recientes que la reconocida filósofa francesa Dominique Méda y la socióloga belga Patricia Vendramin publicaron para el mundo académico y universitario, en el verano del año 2013, con la editorial Presses Universitaires de France -PUF-. Esta obra adquiere una gran importancia al menos por tres motivos. El primero, elabora un recuento histórico sobre el valor asignado al trabajo en las diferentes teorías filosóficas y sociológicas. El segundo, muestra a través de las grandes encuestas cuantitativas las expectativas que los ciudadanos europeos tienen sobre el trabajo, lo cual se pone en diálogo con los últimos cambios importantes acaecidos en el mercado laboral. Y el tercero, el libro pone el acento en el hecho de que la relación de los individuos con el trabajo depende en buena medida de la edad y del género. Para las autoras, es claro que lejos de volver sobre el debate del fin del trabajo en nuestras sociedades, propuesto en la década de los noventa por Jeremy Rifkin y por la propia Méda y que retoma las obras de los años ochenta de André Gorz, Claus Offe y Jürgen Habermas, el libro pretende dar respuestas a la cuestión del sentido y del lugar del trabajo en la sociedad europea, de forma tal que este objetivo atraviesa toda la obra y, por ende, también constituye el eje de la presente recensión.

* Abogada, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho del Trabajo, Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Candidata a Doctor en Ciencias Sociales, Universidad de París IX. Doctoranda en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la misma Universidad. Abogada Especializada, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Correo electrónico mrbuitragog@unal.edu.co

1. UNA HISTORIA DEL VALOR ASIGNADO AL TRABAJO

Siguiendo sus trabajos anteriores, Méda y Vendramin resaltan que la valorización del trabajo como una de las actividades más importantes del ser humano solo pudo llevarse a cabo recientemente, durante los siglos XVIII, XIX y XX, cuando convergieron las ideas del trabajo como un factor de producción y de riqueza (A. Smith), como un espacio de realización y de expresión (K. Marx) y como soporte de la distribución de ingresos, derechos y protecciones (doctrina social demócrata). Estas tres *capas de significado* del trabajo condujeron a una real glorificación de éste y a consolidar lo que se ha denominado como “*las sociedades fundadas en el trabajo*” (p. 7). El principal aporte de las autoras es que solo a ellas se llegó en un momento determinado de la historia, pues antes de la modernidad no se puede encontrar configurada esta categoría. Entonces, la historicidad del concepto de trabajo como un símbolo claro de la sociedad moderna es la clave para entender el mismo en las sociedades contemporáneas.

En efecto, para las autoras, de una parte, diferentes textos antropológicos y etnológicos dan cuenta de que en las sociedades pre-económicas, entiéndase los grupos tribales tales como los estudiados por Marie-Noëlle Chamoux, Marshall Sahlins ou Philippe Descola, existe una imposibilidad de encontrar el concepto de trabajo, al no predicarse tampoco el de producción. De otra parte, los textos de J.P. Vernant, en el mismo objetivo de no interpretar las sociedades pre-modernas con las categorías surgidas en la modernidad, demuestran que en la sociedad griega se podían encontrar diferentes oficios, actividades, tareas, pero no la categoría de “el trabajo”, pues lo cierto es que los griegos diferenciaban entre *ponos* –actividades penosas, que exigían un esfuerzo y, por tanto, eran degradantes– y *ergon* –obra–. Para Méda y Vendramin, la inexistencia del trabajo se mantuvo durante toda la Edad Media, por cuanto las consideraciones de la determinación del más allá, el desprecio por lo terrestre, el aprecio por la ganancia y por la acumulación y el comercio, impedían que el trabajo fuera valorizado o que, al menos, fuera tenido como una categoría homogénea que identificara diferentes tipos de actividades.

Las investigaciones analizadas por Méda y Vendramin revelan que el trabajo no solo no constituye una categoría universal desde la antigüedad, sino que, además, está compuesta en la actualidad de varias *capas de significado*, término retomado de Ignace Meyerson. Las diferentes comprensiones del trabajo corresponden a épocas determinadas y constituyen el soporte de las interpretaciones y de las expectativas que los individuos tienen sobre el mismo. Así, en el siglo XVIII, a partir de la teoría económica liberal, se comenzó a hablar de “el trabajo” como un concepto que englobaba la multitud de actividades realizadas en una sociedad. Fue A. Smith quien inauguró la consideración de que el trabajo es lo que crea el valor o la riqueza y constituye el fundamento del orden social. Sin embargo, resaltan las autoras, Smith no glorifica el mismo, pues lo considera como una pena o un sacrificio. Posteriormente, con Hegel el trabajo deviene en la esencia del hombre, pues

¿QUÉ PUEDE HACER EL ACUERDO DE SEGURIDAD ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO?

con éste el hombre espiritualiza la naturaleza y hace el mundo a su imagen. Marx lleva al extremo esta idea, para sostener que toda actividad humana es trabajo y el trabajo es actividad humana. Desde entonces, con Hegel y Marx, el trabajo es sinónimo de realización de sí y medio de desarrollo de todas las facultades del ser humano. Finalmente, en el siglo XX se desarrolló un significado diferente del trabajo como el sistema de distribución de ingresos, de derechos (derecho al trabajo, derecho a la seguridad social y derecho al consumo) y de protecciones con el pensamiento social-demócrata. Robert Castel encontrará en la clase obrera una fuerza central en el mundo del siglo XX, pues constituye el canal y el medio mediante el cual se reparten las riquezas. Estas tres *capas de significado* coexisten hoy día alrededor del trabajo.

En este mismo punto, para las autoras del libro, desde Smith hasta Taylor se pone la atención en el producto del trabajo y no en la actividad en sí misma considerada. Para ellos, muy poco importa que el trabajo provoque placer o no, pues predomina en su concepción la dimensión instrumental del mismo. Solo será con la gran transición que esta idea instrumental tendrá un cambio radical. En la teoría, se dio con Hegel y Marx, y en la práctica, se generó en la segunda mitad del siglo XX, cuando las elevadas tasas de crecimiento económico en las sociedades avanzadas lograron extraer al hombre de la necesidad. A partir de este momento, el trabajo se convierte en el vector privilegiado de la expresión y realización de sí y, por ende, la sociedad, se pone al servicio del individuo y de su florecimiento personal. Esto conducirá a una verdadera *ética de la plenitud* que introduce una dimensión de creación en la actividad desarrollada, dejando en un segundo plano los objetivos extrínsecos al trabajo, tales como el ganar un ingreso o adquirir un lugar determinado, para dar vía libre y predominio a las finalidades intrínsecas al mismo, tales como el orgullo o la satisfacción del trabajo (p. 31- 32).

Entonces, las autoras resaltan dos dimensiones que se encuentran en el seno mismo de la relación que tiene el individuo frente al trabajo. Una dimensión materialista o instrumental, en tanto con el trabajo se busca una finalidad ajena a la actividad misma y una dimensión postmaterialista consistente en la realización del trabajo por el placer o la satisfacción. Analizando la importante obra de John H. Golthorpe y su equipo de trabajo, *L'ouvrier de l'abondance*, y en relación con la más reciente investigación de Ronald Inglehart, *The silent Revolution; changing values political styles among western publics*, Méda y Vendramin concluyen que de la dimensión instrumental que observaba el primero en el desarrollo del trabajo –los asalariados buscan ante todo una remuneración o una seguridad en el empleo– se dio un salto a la dimensión posmaterialista en la década de los 70, según el segundo, pues lo cierto es que una vez garantizadas las necesidades físicas de los individuos, éstos ponen el acento en las necesidades inmateriales, tales como la estima, la satisfacción intelectual o los deseos de plenitud personal.

2. LAS INMENSAS EXPECTATIVAS PLANTEADAS SOBRE EL TRABAJO

Méda y Vendramin estudian a profundidad las grandes encuestas europeas sobre el valor del trabajo en los diferentes países del viejo continente. La *European Social Survey* (ESS), la *European Value Study* (EVS), la *International Social Survey Programme* (ISSP), la *European Social Survey* (ESS), la *Enquête européenne sur les conditions de travail* (EWCS), el *Panel communautaire des ménages* (ECHP) y el *Eurobaromètre* son analizados para llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, los ciudadanos europeos otorgan una gran relevancia al trabajo, pues la mayoría de ellos consideran el trabajo como importante o muy importante. Menos del 20% en la casi totalidad de todos los países declaran que el trabajo no es muy relevante. Sin embargo, se resalta por las autoras la heterogeneidad europea. En efecto se puede distinguir un grupo de países, en el cual se encuentran Irlanda, Reino Unido, Dinamarca y Países Bajos, para los cuales el trabajo es poco importante o nada importante y un segundo grupo de países formado por Grecia, Italia, España, Francia y Luxemburgo, en los cuales entre el 60% y el 70% de la población indica que el trabajo es muy importante. Francia se destaca dentro de las encuestas, dado que para el 70% de la población de este país el trabajo es muy importante, encontrándose en similar nivel a países pobres como Rumania y Polonia. Existe entonces una división entre países protestantes y países católicos, pues es menos importante el trabajo para los primeros, mientras que es muy importante para los segundos (p.61).

Sin embargo, las autoras consideran que hay que hacer hincapié en un tipo de centralidad relativa, pues si bien el trabajo puede considerarse como importante en una sociedad, debe ponerse en juego con otros valores o campos como la familia, el ocio, los amigos, etc., de forma tal que se pueda comparar estas diferentes actividades, clasificar o jerarquizar. Así, luego de analizar las encuestas nacionales en Francia, Méda y Vendramin llegan a la conclusión de que a pesar de que el trabajo es importante particularmente en este país, lo cierto es que el espacio que mejor identifica a las personas es la familia por encima del mismo, siendo el “*pilar de las identidades*” (p. 66). Por el contrario, la actividad laboral es lo que define mejor a las personas cuando éstas pertenecen a la categoría de trabajadores con los ingresos más elevados, independientes o si no se cuenta con hijos de corta edad. Aseveran las autoras que “Sintéticamente, dos elementos parecen entonces constitutivos de lo que podría llamarse “una identidad fuerte por el trabajo”: pertenecer a las categorías socio- profesionales más elevadas y no tener una carga de familia” (p. 66). Sin embargo, es una constante para los países europeos que se sitúe la familia en el punto más alto de la jerarquía de los diferentes campos, y en más de 11 países sobre 15, más del 50% de la población desearía consagrarse más tiempo a la familia, por lo que desearía ver disminuir el tiempo consagrado al trabajo, lo cual se ve notablemente acentuado en el caso de la presencia de hijos de corta edad en la familia y el hecho de ser mujer.

¿QUÉ PUEDE HACER EL ACUERDO DE SEGURIDAD ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO?

Los resultados encontrados en Francia son muy similares a los arrojados por las investigaciones adelantadas en Quebec (Canadá) por Daniel Mercure, quien ha subrayado que $\frac{3}{4}$ partes de los interrogados en sus encuestas responden que, en efecto, el trabajo hace parte de los valores más importantes de su vida en general. Sin embargo, en cuanto a la centralidad relativa, el trabajo deviene en segundo lugar después de la vida en pareja y la vida familiar.

Pero entra una pregunta clara en el escenario ¿cuáles son las dimensiones del trabajo preponderantes en Europa? Lo primero que se encuentra en las grandes encuestas para Méda y Vendramin es que existe una disminución en la ética del deber. En el año 2008, 63% de los franceses y 61% de los ingleses consideraban que el trabajo es un deber, pero un porcentaje importante de los mismos, esto es, el 22% se encuentran completamente de acuerdo en que sería humillante recibir dinero sin trabajar. De igual forma, se puede predicar, según ellas, que hay una constante persistencia en la dimensión instrumental del trabajo. El salario en el año 2008 es el elemento más citado por el 79% de los europeos como el aspecto más importante del trabajo. Pero esta opinión difiere según los países. En definitiva, los países menos ricos de Europa ponen el acento más en el salario que permite ganar el trabajo, de modo tal que la variedad en las consideraciones depende del contexto económico e institucional del que se esté hablando. Por ejemplo, los países nórdicos otorgan menos importancia a los aspectos extrínsecos al trabajo o instrumentales, mientras que le otorgan más a los elementos intrínsecos. Países como España, Portugal, Grecia e Irlanda tienen la relación inversa.

Otro punto revelador del estudio es que, de una manera general, los aspectos intrínsecos del trabajo, tales como la satisfacción y el orgullo de hacerlo, adquirieron a finales del siglo XX una importancia creciente en la mayoría de países, en particular Francia. Por ejemplo, casi la mitad de franceses está de acuerdo en que el trabajo es necesario para desarrollar plenamente sus capacidades, por lo que el mismo es muy importante para realizarse a plenitud. Por el contrario, los países escandinavos y anglosajones no ponen tales expectativas en el trabajo. Pero también esta consideración cambia de acuerdo con la composición de la población, por ejemplo, los jóvenes tienen un mayor interés intrínseco por el trabajo, al igual que los trabajadores más calificados y con altos ingresos. En contraste, las categorías ubicadas en la parte baja de la escala social se representan menos como un vector de realización personal.

Resulta demasiado importante que Méda y Vendramin, cuando se preguntan sobre el sentido que las sociedades le otorgan al trabajo (¿es un simple medio de ganar la subsistencia, ¿un deber? o ¿una fuente de realización personal?), llegan a la conclusión de que la diversidad de preferencias en Europa proviene en parte de las diferencias estructurales de los países, tales como los niveles de educación, la estructura de las políticas económicas y sociales, el crecimiento económico y de la protección social y no solamente de la cultura propia de cada país (p. 84-85).

No obstante que los aspectos intrínsecos del trabajo hayan tenido un ascenso (entre las cuales se pueden contar tres: el desarrollo de las potencialidades individuales, las relaciones sociales y el ambiente del trabajo y la consolidación de una carrera en el tiempo), éstos varían entre los países formando tres grupos de países: a) Países Bajos, Suecia y Dinamarca, para los cuales el ambiente de trabajo es más importante que ganar la vida con el salario; b) Francia, Bélgica y Gran Bretaña, quienes ponen en igualdad las dimensiones instrumentales y no instrumentales, y por último, c) Alemania y Portugal no presentan más que una diferencia de algunos puntos entre estas dos dimensiones. Lo que aparece esencial en la casi totalidad de los países en los cuales se desarrollaron las entrevistas es la importancia otorgada a las relaciones interpersonales consistente en la comunicación, los contactos y las relaciones sociales.

Méda y Vendramin, encuentran que existe actualmente una paradoja en Francia según los resultados cuantitativos, dado que es el país europeo donde se le otorga mayor importancia al trabajo en todo el continente, pero, a su vez, es el lugar donde la población desea que el mismo tome menos importancia (65%). Las posibles explicaciones a esta paradoja podrían ser: i) no hay una crisis del trabajo en Francia, pero la paradoja sería la expresión de un fuerte malestar en el trabajo (Thomas Philippon) y ii) si los trabajadores quieren reducir el lugar del trabajo es porque en los hechos éste no es un medio de expresión y de realización, sino es una actividad generadora de malestar y estrés, en razón de la intensificación del trabajo y de las consecuencias de las nuevas formas de organización en la salud, así como la degradación de las condiciones laborales (p. 95-96). Las autoras se inclinan por la segunda explicación, pues lo cierto es que el interés que los franceses otorgan al trabajo parece tener como reverso un cierto estrés y un compromiso agotante, dada la fatiga general y la intensidad del trabajo. Al final, la intensificación del trabajo se encuentra en el origen del malestar y de la insatisfacción en el mismo. Frente a esto, los franceses tendrían entonces una actitud de repliegue en sí y, por ende, de querer que el trabajo tome menos lugar en sus vidas.

La conclusión de este acápite de la investigación es que para los europeos, en especial para los franceses, el trabajo es visto como muy importante, pero el mismo es sobrepassado por otros valores como la pareja y la familia, en tanto prioridades en la vida de los individuos. Además, si bien los aspectos intrínsecos al trabajo tales como las expectativas de realización y de expresión de sí, se volvieron relevantes desde el fin del siglo XX en Europa, lo cierto es que aún persiste la dimensión económica, con una fuerte polarización según la edad, la situación familiar y la condición socio-profesional.

3. LAS EXPECTATIVAS QUE SE ENFRENTAN A LOS CAMBIOS EN EL TRABAJO

Para Méda y Vendramin, el sentido que se le da al trabajo está ligado íntimamente a las experiencias singulares de un mundo del trabajo que, en los últimos tres decenios, conoció profundas transformaciones.

¿QUÉ PUEDE HACER EL ACUERDO DE SEGURIDAD ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO?

En Europa, en la época de los treinta gloriosos de los que hablaba Jean Fourastié, se había dispuesto una organización del trabajo basada en la estandarización de los productos, así como en la racionalización del proceso productivo. La idea era producir más al menor costo, haciendo de la producción en masa el modelo de reconstrucción de las economías de la posguerra. Las relaciones de trabajo eran claras: organizaciones poderosas de trabajadores como colectivos masculinos y homogéneos, que negociaban con patrones locales, bien identificables y disponiendo de un gran poder de decisión.

Son los años 90 los que marcan una verdadera conmoción en materia de organización del proceso productivo. Surgen nuevas formas de organización del trabajo. La característica principal es la flexibilización de la organización productiva que reemplaza la estandarización, la cual contribuyó a individualizar las situaciones del trabajo, así como a producir en medio de la inseguridad y de la exclusión. Se crea una diversificación de formas de empleo. Por supuesto, estos cambios transformaron profundamente la manera de trabajar y la definición de un trabajo de calidad. Las consecuencias claras fueron la presión sobre el trabajo, la dualidad del mercado y la individualización, según estas autoras.

Se podría sostener, en opinión de Médá y Vendramin, que el hilo conductor de las transformaciones de los años 90 es la búsqueda de la flexibilidad de todas las dimensiones del trabajo: el contrato, la localización, el tiempo, la subordinación, la cualificación, etc. Sobre esto señalan las autoras:

La flexibilidad del tiempo de trabajo designa todos los tipos de adaptación y de variabilidad de los horarios de trabajo y del tiempo de trabajo, desarrollados seguidamente por iniciativa del empleador y en función de su estrategia de cara a los mercados y a los clientes, pero también a veces a la solicitud de los trabajadores, en el objetivo de conciliar mejor actividad profesional y vida privada. La flexibilidad de la localización del trabajo recubre las diversas formas de teletrabajo, el acceso a distancia de los mercados de trabajo o a mercados de consumidores, la deslocalización y generalmente todas las formas de organización geográfica del trabajo que se apoyan en las tecnologías de la información y de la comunicación y que permiten trabajar sin importar dónde. La flexibilidad contractual comprende dos aspectos: la flexibilidad numérica, es decir, el ajuste del número de trabajadores y de las formas de empleo a las fluctuaciones de la demanda, principalmente a través de contratos a duración determinada y las otras formas de trabajo atípico y la flexibilidad salarial, es decir, la utilización de un eventual sistema de remuneración flexible en función de los resultados de la empresa o de las habilidades del trabajador. La flexibilidad de la subordinación que es ligada al desarrollo de la externalización y al reemplazo de los contratos de trabajo por contratos comerciales, a través de medidas como el recurso a las agencias de trabajo temporal o la subcontratación independiente (...) La flexibilidad funcional concierne la rotación de tareas, la polivalencia, la movilidad profesional y la adaptación de trabajadores en referencia a una

eventual ampliación de las funciones, determinadas notablemente por las relaciones con la clientela y la evolución de productos y servicios (p. 106-107).

Las estadísticas traídas por Méda y Vendramin son dicientes al respecto: en 2011, en Europa, los contratos temporales representan el 14% del empleo total. En 2010, 13% de los trabajadores de cuello blanco más calificados tenían un contrato a duración determinada y 25% de los empleados de cuello azul tenían este tipo de contratación. En 2011, los contratos a tiempo parcial en Europa constituyen el 19% del empleo total (8.5% del empleo total masculino y 32% del empleo total femenino). Lo cierto es que no todos los trabajadores son afectados de la misma manera por el crecimiento de la flexibilidad. A las inequidades tradicionales, se adicionan hoy inequidades nuevas. Por ejemplo, el estatus del empleo ha generado lo que algunos autores han denominado como *dualidad del mercado de trabajo*, dado que la mano de obra se ha dividido en dos: de una parte un nudo central, el cual solo es afectado por la flexibilidad funcional y una parte periférica, afectada por la flexibilidad numérica (trabajo a tiempo parcial, contratos de corta duración, empleos subvencionados). Sin embargo, habría todavía una tercera parte, más alejada del núcleo central, conformada por los subcontratados, temporales y similares. Entonces, se puede hablar que las transformaciones en el mercado de trabajo conducen a la explosión de modelos de empleo y a diferenciaciones en el trabajo con una igual repartición de riesgos y de precariedad. Los trabajadores periféricos son esencialmente mujeres, jóvenes, personas poco calificadas y jóvenes extranjeros.

250

Hablar del *trabajo incierto* en Europa no es ya ninguna novedad. La inseguridad en el empleo es una realidad que concierne en el 2010 al 16% de los trabajadores europeos, quienes declararon tener temor de perder su trabajo en los seis meses siguientes. Con la flexibilización del contrato de trabajo y los bajos salarios, los años 2000 y siguientes vieron emerger la problemática de los trabajadores pobres. Ya la condición de precario no es excepcional o provisional en el viejo continente, pues los empleos a bajo salario devinieron en un fenómeno de importancia creciente, máxime que los mismos presentan restricciones en el acceso a la protección social. En el 2009, en Europa este tipo de empleos representan el 8% del total de los trabajadores.

Méda y Vendramin llegan a una conclusión trascendental, al afirmar que si bien se propone desde los años 90 una visión pretendidamente liberadora del trabajo –un trabajo más rico en saber-hacer y en saber-ser–, más autónomo, en equipo, más creativo, más responsable, lo cierto es que la autonomía se revela como una fuente de intensificación del trabajo y de autoexplotación. Las nuevas formas de organización del trabajo lo que generan es una multiplicación de la penibilidad y el estrés en el mismo, máxime que el tiempo de trabajo invade cada vez más el tiempo fuera del trabajo. También se observó un aumento de los riesgos sicosociales, tales como la fatiga general, la depresión y problemas de sueño. Las mujeres son quienes más sufren de este tipo de problemas. Entonces, las tensiones que se

¿QUÉ PUEDE HACER EL ACUERDO DE SEGURIDAD ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO?

presentan entre las expectativas de los trabajadores y las nuevas formas de organización del trabajo, dan nacimiento a lo que Christophe Dejours ha denominado el *sufrimiento en el trabajo*.

Como consecuencia de lo anterior, las mutaciones que el trabajo ha sufrido en los últimos 30 años modificaron fundamentalmente las condiciones de trabajo y la estructura del mercado del mismo, en el cual la inseguridad económica se instaló de manera duradera. Por supuesto, en frente de un trabajo que no garantiza más la seguridad económica y que produce más insatisfacción, la calidad del empleo es hoy más que nunca un necesario desafío político.

4. EL SIGNIFICADO DEL TRABAJO AL PRISMA DE LAS GENERACIONES

La significación del trabajo también tiene una relación directa con las generaciones y con la edad, de modo tal que debe necesariamente adoptarse una perspectiva generacional en los análisis.

Las autoras indican que la forma en que se comprometen los individuos en su trabajo puede ser de dos tipos. Un compromiso pragmático que corresponde a la idea de que es indispensable trabajar para satisfacer las necesidades personales y familiares y un compromiso expresivo, es decir, el que entiende que el trabajo juega un rol más esencial en la identidad y expresión individual.

Analizados los datos estadísticos de los países de Europa, el libro de investigación concluye que no obstante las diferencias que se presentan entre jóvenes mujeres y jóvenes hombres, lo cierto es que se observan convergencias en la actitud de los jóvenes hacia el trabajo. La integración de éstos en el mercado de trabajo es compleja, toda vez que en él se encuentran jóvenes muy calificados o diplomados, pero también hay buen porcentaje de jóvenes en empleos precarios. Sin embargo, se revela que el principal problema de la joven generación parece ser no solamente encontrar un trabajo, sino conservarlo (p. 170-172).

De igual forma, las encuestas internacionales y las entrevistas muestran que las mujeres tienen expectativas expresivas muy fuertes sobre su trabajo, y de igual forma, manifiestan los deseos de construir una carrera y de desarrollar sus capacidades personales en el empleo.

Para Méda y Vendramin, la joven generación y las mujeres dibujan una nueva concepción del trabajo, pues los jóvenes son más interesados en los valores expresivos del mismo, aunque también otorgan una gran importancia a otros aspectos de la vida, de forma tal que ellos confirman la evolución hacia una concepción policéntrica de la existencia y, en consecuencia, hay un rechazo al lugar hegemónico del trabajo en la vida en general. Entonces, el trabajo permanece importante, pero no

es la única dimensión de la construcción de la identidad. Es así como se encuentra que el equilibrio trabajo-familia ha devenido en una necesidad de la sociedad.

5. LA COEXISTENCIA DE LAS GENERACIONES EN EL TRABAJO

La perspectiva intergeneracional es relativamente reciente en el campo científico y en el campo político. Es una realidad según el estudio que las trayectorias de los jóvenes adolecen de una gran precariedad. El trabajo provisional de los estudiantes constituye una forma particular de socialización profesional. Éste es ejecutado especialmente por jóvenes poco calificados.

La dualidad entre la innovación y la experiencia es una dimensión que se presenta en las discusiones alrededor de las relaciones intergeneracionales. Las entrevistas realizadas en seis países de Europa dan cuenta que hay un acuerdo generalizado en que la experiencia pertenece a los trabajadores de más edad, mientras que los jóvenes aportan con la innovación y la creatividad. Esta dicotomía entre experiencia e innovación es lo que refuerza la polarización entre trabajadores jóvenes y trabajadores de más edad. Al respecto señalan las autoras:

Las relaciones entre generaciones son también empujadas por la coexistencia de dos modelos de valorización del empleo, por la creación de espacios científicos de empleo para los jóvenes, por la exclusión de los trabajadores de más edad, por el desempleo de masa y la precariedad en el trabajo, pero también por ciertos discursos que inducen a la duda a propósito de los trabajadores de más edad. A causa de esta ruptura en la regulación intergeneracional pero también de la diversidad creciente de las actitudes y de las creencias entre los grupos de edad, numerosos investigadoras sugirieron la idea de un conflicto entre generaciones que tendría incidencias sobre una serie de aspectos: los modos de gestión y la resistencia al cambio, la integración de las edades en el trabajo, las experiencias del conflicto o de la exclusión sobre el sitio del trabajo. Desde este punto de vista, los trabajadores experimentados representan para los jóvenes un objetivo inaccesible o un contra modelo. Para los trabajadores de más edad, los nuevos amenazan a veces la seguridad en el empleo (particularmente cuando las reestructuraciones se encuentran al orden del día) o más fundamentalmente los valores y las representaciones del mundo en el cual son reconocidos. En una perspectiva bastante determinista, ciertos autores analizan estas situaciones como resultado de una "lucha por el poder" entre las diferentes generaciones las cuales no tuvieron el mismo recorrido y las mismas oportunidades (...) Hoy, nosotras estamos lejos de ideas radicales de este periodo. Por el contrario, con la precariedad, los jóvenes parecen primordialmente buscar un lugar, incluso inconfortable en la sociedad actual (p. 225-226).

Pero, en todo caso, las relaciones entre jóvenes y trabajadores de más edad son débiles y carecen de un sentido de solidaridad.

6. LAS REFLEXIONES QUE SE ABREN EN EL CAMINO CON EL LIBRO *REINVENTAR EL TRABAJO*

El libro *Reinventar el trabajo* constituye un aporte invaluable como un claro diagnóstico del lugar y del sentido que tiene el trabajo en la sociedad europea a partir de la crisis que sufrieron los países del viejo continente en el año 2008, mostrando con ellos las claras divergencias existentes entre ellos, de acuerdo con su contexto social, cultural e institucional. Esto muestra que lejos de ser Europa una unidad homogénea, el continente constituye una gama diversificada en materia de problemáticas, dinámicas y desafíos en materia de trabajo. Se pueden encontrar países altamente desarrollados, con altos niveles de riqueza y de organización, caracterizados por una cultura no católica, para los cuales el trabajo no tiene depositadas todas las expectativas de realización personal de los ciudadanos, como también países pobres para quienes el trabajo es muy importante, pues representa un medio para asegurar la subsistencia. La crisis financiera del 2008, lo que ha venido es a acentuar las diferencias económicas, sociales y culturales que existían en Europa y que hoy se reflejan más que nunca en la diversa comprensión que se tiene sobre un punto tan delicado en las sociedades como lo es el trabajo.

No obstante la diversidad, el trabajo de Méda y Vendramin nos otorga una claridad contundente en cuanto a que en Europa el trabajo es considerado como importante por los ciudadanos y que, a partir del mismo, se puede estar presentando una real polarización de la sociedad. De una parte, se encuentran los trabajadores altamente calificados y con elevados ingresos, esto es, quienes se hallan en lo alto de la escala socio-profesional, para quienes el trabajo es un espacio de realización personal, autonomía, responsabilidad, implicación, creatividad y quienes estarían haciendo de éste una experiencia “postmaterialista” y, de otra, parte, se encuentran los trabajadores no calificados, con bajos ingresos, con un empleo inseguro, situados en la parte baja de la escala socio-profesional, para quienes el trabajo representa un simple medio para obtener una remuneración, pero que jamás es considerado como el vector de la realización personal y del desarrollo de las capacidades y las potencialidades. Entonces, las dimensiones materialista y postmaterialista del trabajo, que fueron introducidas por John H. Golthorpe y Ronald Inglehart, no solo permanecen y coexisten, sino que, además, estarían repartidas de manera inequitativa entre quienes tienen hoy el enorme privilegio de participar en los mercados laborales. En efecto, la dimensión materialista del trabajo no ha sido suprimida para dar paso a la dimensión postmaterialista. Ella se mantiene latente y coexiste al lado de la postmaterialista, solo que ambas dimensiones se encuentran en ambos extremos de la escala socio-profesional. La dimensión postmaterialista, esto es, el desarrollo de capacidades individuales, de la autonomía y de la realización personal se encuentra del lado de quienes devengán más y tienen mayores posibilidades de un empleo seguro y de promoción y la dimensión materialista, es decir, el entendimiento del trabajo como un medio de acceder a una remuneración y a un sistema de protección social, se halla al lado de los trabajadores no calificados, de bajos ingresos y con un trabajo inseguro.

Pero todavía puede sostenerse algo más importante que esto. Como bien lo vislumbran las autoras de *Reinventar el trabajo*, el discurso de la realización personal en el trabajo es manejado por la gestión de empresas con fuerza e ímpetu desde los años 90. Hoy en día se habla de un trabajo más autónomo, más creativo, más responsable, pero como se dijo, solo para unos cuantos, no para todos. Sin embargo, lo que da cuenta la investigación es que la autonomía y las altas responsabilidades hoy en día se revelan como una fuente de intensificación del trabajo, de aumento del estrés, la depresión, la fatiga y de la penibilización, del desdibujamiento entre el trabajo y el no trabajo, de la imbricación entre labor y ocio. Con certeza hoy en día los trabajadores altamente calificados son los que están más sobrecargados en materia de tiempo dedicado al trabajo. No puede haber en ello una idea de liberación real del ser humano, cuando a cambio de la autonomía y la creatividad en la labor, éste se encuentra totalmente sometido desde el punto de vista afectivo, emocional y sicológico.

Por este camino, también resulta inquietante que las expectativas de realización personal y de plenitud de los trabajadores altamente calificados pueda resultar asociada al nivel de ingresos, es decir, a una condición necesariamente materialista. En el mundo del siglo XXI, en el cual escasea el empleo para todos, el empleo seguro y con salarios y protecciones dignas, es difícil escindir el reconocimiento social de las consideraciones económicas como si éstas no tuvieran nada que ver con el primero. Se podría llegar a pensar que la plenitud y realización de la que hablan los altos empleados está asociada directamente con la mayor ganancia salarial y de estabilidad que tienen frente al resto de trabajadores. Entonces, esto también desvirtuaría con contundencia la idea de un trabajo liberador y emancipador del ser humano.

254

De otra parte, el panorama nada alentador del mercado laboral europeo (alta inseguridad en el empleo, aumento del tiempo parcial y de los contratos temporales y de la precariedad), y que afecta de manera principal a mujeres, jóvenes, trabajadores no calificados y a extranjeros, invita al análisis desde el otro lado del océano, a saber cuál es el rol que entrará a jugar Latinoamérica en el mercado laboral mundial. Ante la carencia de empleos seguros y dignos en Europa y ante la dualidad entre un centro nodal de trabajadores y una periferia de ellos, ¿qué pasará con los países de Latinoamérica?, ¿regresarán todos nuestros connacionales a buscar acá las oportunidades fallidas en el viejo continente?, ¿se agravarán nuestros problemas de trabajo no decente y de informalidad? ¿seremos el centro nuevamente de una forma adicional de colonización, en la cual la mano de obra calificada de Europa venga a nuestro territorio, se sitúe y desplace a nuestra mano de obra calificada? La respuesta desde ya positiva a estas inquietudes hace urgente un análisis más profundo sobre las mismas y una previsión política frente a lo que se avecina en el futuro para América Latina en el mercado laboral.

Reinventar el trabajo se convierte en un diagnóstico que muestra el estado débil y enfermo en que se encuentran los mercados laborales europeos, provocado por

¿QUÉ PUEDE HACER EL ACUERDO DE SEGURIDAD ENTRE ALEMANIA Y MÉXICO EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO?

la entrada del modelo económico neoliberal y con la flexibilización económica. Latinoamérica y otros países periféricos tenemos mucho que decir al respecto. A fin de cuentas, siempre hemos aportado en su historia y en sus economías. El momento actual no constituye ninguna excepción a ello. Por lo pronto, entre las múltiples alternativas que se pueden dibujar ante la crisis de los mercados laborales, la más razonable será una defensa acérrima del derecho del trabajo y de la seguridad social como garantía de un mínimo de vida digna y de protección a quienes logran ingresar en aquéllos. La alternativa desacertada es su desmonte y su flexibilización.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

N°
41

256

Revista Pensamiento Jurídico

Instrucciones para los autores de artículos a publicar

- 1) **EXTENSIÓN DEL DOCUMENTO:** entre 15 y 35 páginas a espacio sencillo en letra Times New Roman, tamaño 12.
- 2) **CUERPO DEL DOCUMENTO:** sin falta debe estructurarse en tres partes fundamentales:
 - a) *Contenido:* Estructura mínima con tres subtítulos.
 - b) *Conclusión preliminar.*
 - c) *Bibliografía:* Debe dar cuenta de un panorama representativo de los expertos de la temática tratada.

Es responsabilidad del autor o los autores señalar y referenciar claramente cualquier fragmento que sea tomado de la obra de otro autor, en la construcción de su trabajo. Si no se hace así, se considerará como plagio y el trabajo será descartado para publicación.

3. **NORMAS GENERALES DE ORGANIZACIÓN DEL ARTÍCULO:** debe tenerse en cuenta los siguientes criterios:
 - a. *Nombre del artículo* en español e inglés
 - b. *Nombre del(os) autor(es)* con un asterisco el cual indicará a pie de página la filiación del autor, en la que se indicará la formación académica y cargo o campo de desempeño en 2 o 3 líneas y el respectivo correo electrónico.
 - c. *Resumen* en español e inglés (máximo 50 palabras).
 - d. *Palabras clave* en español e inglés (de 5 a 8).
 - e. *Títulos.* En todos los casos aparecerán marginados a la izquierda, con numeración según la tabla de contenido sin tabulado, respetando las siguientes normas:
 1. Títulos principales en negrita, tamaño 12, Times New Roman.

- 2) Títulos secundarios en negrita, tamaño 10, Times New Roman.
- 3) Subtítulos en itálica, tamaño 10, Times New Roman.
- f) *Números:*
- 1) Los números de pies de página deben aparecer como superíndices ANTES de un punto o de una coma si lo hubiese.
 - 2) La escritura de números deberá corresponder con las normas castellanasy, vale decir, la numeración deberá llevar *punto* (.) y no *coma* (,) para las cifras que indiquen miles y millones. Por su parte los números decimales se escribirán con *coma* (,).

Ejemplo:

1.000; 10.000; 100.000 o 1.000.000 para los miles y millones

52,7; 9,1; 10,5 o 100,0 para los decimales.

Cuando el número designe una enumeración se escribirá en letras.

Ejemplo:

En 1990 *veinticuatro* personas recorrieron el lugar, *ocho* de ellas...

- g) *Elementos gráficos:* tener presente que el interior se imprime en blanco y negro, por lo tanto para cualquier elemento gráfico en los avances (ilustraciones, mapas, cuadros, tablas, etc.) se deberán tener los recaudos necesarios para su correcta interpretación. Tonos grises contrastados o utilización de rayados o punteados que permitan una clara lectura o identificación.

1) *Las ilustraciones:*

- a) Los cuadros, tablas, fotos, mapas u otros (con su respectiva numeración, escalas, títulos y/o epígrafes) podrán enviarse por separado, indicando en el texto, la ubicación de cada uno de ellos. En el texto se harán las remisiones a las ilustraciones que correspondan.
- b) Los símbolos incluidos deberán ser claros y estar bien diferenciados entre sí. En lo posible utilizar figuras geométricas planas.
- c) En todos los casos el título y la fuente de la información aparecerá de la siguiente manera:

Ejemplo:

Cuadro 1.

(Centrado, tamaño 10, Times New Roman)

Algunos indicadores educativos, República Mexicana***1a. Población de 6 a 14 años que asiste a la escuela******(% de la población total)***

(Centrado, en negrita e itálica, tamaño 10, Times New Roman)

Asisten a la escuela					
Año	1990	1995	1997	1997	1997
Edad (años)				Hombres	Mujeres
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Fuente: *Informe de Labores 1998-1999 de la SEP*, México.

2) Los mapas

- a) Presentar los mapas que incluyan solamente los elementos imprescindibles, evitando que estén excesivamente recargados de dibujo o de texto.
- b) En cada mapa deberá constar en un recuadro ubicado en el ángulo superior o inferior derecho, la ubicación del sector a nivel regional/providencial/ y del país.
- c) Recordar que estas imágenes se imprimen en blanco y negro.

3) Los gráficos

- a) Los gráficos y diagramas deberán tener una adecuada calidad original. Se recomienda que en todos los casos se utilice un programa de gráficos para computadora. No utilizar colores en los diagramas.
- b) Definir claramente, en el caso de las tablas, las columnas y filas que encabezan los ingresos a los valores interiores de las mismas.

Tener en cuenta que no se admitirán agregados ni modificaciones una vez iniciado el proceso de edición y posterior composición gráfica del documento.

4. NORMAS DE CITACION

La *Revista Pensamiento Jurídico* acepta dos sistemas de citación, el Sistema APA y el Sistema ICONTEC. Los autores solo podrán hacer uso de **uno** de ellos en sus textos.

Sistema APA. Cuando se cite un autor o un documento, en el cuerpo central del artículo usted tiene tres opciones para colocar las citaciones en relación con el texto.

- a) Coloque el autor(es) y fecha(s) entre paréntesis en un lugar adecuado dentro o al final de una frase:

Ejemplos

El concepto de derecho natural ha caído en desuso por sus múltiples falencias en su fundamentación (Silva 1976)

Los derechos humanos son exigibles jurídicamente (Díaz y Sánchez 2010)

Las categorías analíticas en derecho son relevantes para la argumentación (López, Castro y Pérez 1998)

- b) Coloque sólo la fecha entre paréntesis:

Ejemplo:

Sánchez, Aldana y Fischer (2009) se han preguntado si: “¿Acaso las decisiones de la Corte Constitucional no tienen control?” (p. 96).

Tenga en cuenta que tiene que proporcionar el número(s) de página entre paréntesis para citas directas. No es necesario proporcionar el número de página si está resumiendo o parafraseando una fuente, en lugar de citar.

- c) Integrar el autor y la fecha en su frase:

Ejemplo:

En 2009, Robledo y Puerta informaron que, después de analizar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia respecto a los casos de parapolítica,

Cuando se cite un documento elaborado por uno o dos autores se debe citar los apellidos en todas las citaciones

Ejemplo:

(Caro & Camacho 2009) o Caro y Camacho (2009)

Cuando se cite un documento elaborado entre 3 y 5 autores se debe citar todos los autores en la primera citación; pero en todas las citas posteriores, se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al.*

Ejemplo:

Primera cita: (Aldana, Ramírez y Orozco 2009)

Citas subsiguientes: (Aldana *et al* 2009)

Cuando se cite un documento elaborado por más de seis autores se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al* en todas las citas:

Ejemplo:

(Murcia *et al* 2000)

Cuando se cite un documento elaborado por una organización se debe utilizar el nombre completo de dicha organización en la primera cita, sin embargo en las citas posteriores debe utilizarse la abreviatura del nombre de la organización.

Ejemplo:

Primera referencia: (Instituto Nacional de Salud [INS] 2005)

Las referencias subsecuentes: (INS 2005)

Cuando se citen dos o más trabajos los mismos se deben referenciar entre paréntesis y se deben ser separados mediante el uso de punto y coma.

Ejemplo:

(Aldana, Orozco y Ramírez 2009; Singer 1976).

Cuando cite dos o más trabajos elaborados por el mismo autor basta con indicar los años de elaboración de los documentos en orden cronológico del más reciente al más antiguo:

Ejemplo:

(Artunduaga 2005; 1999)

Cuando se cite una cita contenida en otro documento (referencia secundaria) debe indicarse tanto el documento que se cita como aquel de donde se extrae la cita tal como se muestra a continuación:

Ejemplo:

La injusticia racial es uno de los factores de riesgo para el adecuado desarrollo de los niños de acuerdo a Cohen *et al* (según la citación hecha en Greenberg, Domitrovich y Bumbarger, 2000).

Sistema ICONTEC: se usan 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:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

- b) Cuando se cite un conjunto de páginas de un libro:
Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.
- c) Cuando se refiera a un artículo publicado en una revista científica:
Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5 - 56
- d) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:
Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23
- e) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:
"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.
- f) Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado:
Ibíd., p. 23
- g) Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente:
Roth Deubel, *Políticas Públicas*, op. cit. p. 176.
- h) Para otras fuentes, véase el apartado bibliográfico.

5. BIBLIOGRAFÍA

262

Toda la bibliografía citada en el texto mediante el Sistema APA (autor: año), o el Sistema ICONTEC debe ir al final del mismo, respetando los siguientes criterios:

- a) Cuando se refiere a un libro:
Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.
- b) Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:
Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.
- c) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:
Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

d) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

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, Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009).¹

f) Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica, luego seguida de una coma, 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.

Ejemplo:

Constitución cubana de 1895 de Jimaguayú, en Lazcano Mazón, Manuel(ed.), *Las constituciones de Cuba. Historia y texto de las constituciones de la República de Cuba*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1952, pp. 25-40.

Estatuto Real para la convocatoria de las Cortes generales del Reino, mandado observar por S.M. la Reina Gobernadora en 10 del corriente, 1834, en *Gaceta Madrid*, No. 55, de 16 de abril de 1834, pp. 251-252. (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

Constitución de Cundinamarca de 30/03/1811, Santafé de Bogotá, Imprenta Patriótica de D. Nicolás Calvo y Quijano, 1811. Lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. Por: Marquardt, Bernd (ed.), “Constitutional Documents of Colombia 1793-1853”, en Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

¹ La norma APA tiene una regla especial cuando el documento electrónico tiene DOI (*Digital Objective Identification*) pues en este caso, en vez de utilizarse el URL, debe usarse el DOI.

g) Sentencias judiciales:

Ejemplo:

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en (páginas de Internet, libros, etc.) (20.04.2009)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Alejandro Bonivento Fernández, Gaceta Judicial No...., fecha.... Disponible en (página de Internet, libro, etc.) (20.04.2009)

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009)

Nota: En el apartado bibliográfico los libros, artículos y ponencias empleadas en el artículo, deben aparecer ordenados alfabéticamente en orden ascendente según el apellido. Cuando se citen varias publicaciones de un autor, estas se ordenan cronológicamente de la más reciente a la más antigua. Si se citan varias obras del mismo autor de un mismo año, éstas se ordenan agregando al año una letra en orden alfabético. 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).

6. NORMAS GENERALES DE PRESENTACIÓN

Al momento de presentar una postulación de un documento el autor o autores deberán completar y firmar una “carta de compromiso” en la que se declara que el artículo no ha sido publicado y que no será presentado de manera simultánea a otra revista mientras permanezca en el proceso de arbitraje.

Todos los autores deberán remitir un archivo adicional con los datos completos de su formación académica, filiación institucional, correo electrónico (institucional y personal) y listado de publicaciones recientes. Además, los autores deberán transferir, a la revista, de forma irrevocable, los derechos de publicación con licencia para copiar, usar, difundir, trasmitir y exponer las obras públicamente, tanto en su versión impresa como en su versión *on line*, ya incluir la revista en diferentes bases de datos en las cuales se encuentre indexada la revista.

Todos los textos serán remitidos al Comité Editorial, el cual designará los árbitros especialistas que realizarán la evaluación académica de los materiales, y quienes no conocerán las identidades de los autores. Una vez evaluados y aprobados los artículos, la revista se comunicará con los autores, y luego iniciará el proceso de corrección de estilo y puesta a punto del material seleccionado.

Journal Pensamiento Jurídico

Instructions for authors

1. **EXTENSION OF DOCUMENT:** between 15 and 35 single-spaced pages in Times New Roman, size 12.
2. **STRUCTURE OF DOCUMENT:** It must be structured into three main parts:
 - a) *Content:* minimum structure with three subtitles.
 - b) *Conclusion:* Preliminary conclusion.
 - c) *Bibliography:* It must account for a representative outlook of the experts of the treated subject.

It is responsibility of the author or authors to indicate and cite clearly any fragment that is taken from the work of another author, in the construction of his work. If it does not become like that, it will be considered a plagiarism and the work will be rejected for publication.

3. **GENERAL RULES OF ORGANIZATION OF THE ARTICLE:** the following standards should be considered:
 - a) *Article name* in Spanish and English
 - b) *Name of author (s)* with an asterisk that at footnotes indicates the academic affiliation of the author, the academic formation and field of study in 2 or 3 lines and the respective email..
 - c) *Abstract* in Spanish and English (maximum 50 words).
 - d) *Keywords* in Spanish and English (5 to 8).
 - e) *Titles.* In all cases appear marginalized left, numbered according to the table of contents without weighted, subject to the following rules:
 - 1) Main Titles in bold, size 12, Times New Roman.
 - 2) Secondary Titles in bold, size 10, Times New Roman.
 - 3) Subtitles in italic, size 10, Times New Roman.

f. *Numbers:*

- 1) Numbers footers should appear as superscript BEFORE a dot or a comma if any.
- 2) Writing numbers must correspond with the Castilian rules, the numbering shall bear dot (.) not comma (,) for quantity showing thousands and millions. Meanwhile decimal numbers will be written with comma (,).

Example:

1,000, 10,000, 100,000 or 1,000,000 for the thousands and millions

52.7, 9.1, 10.5 or 100.0 for decimal.

When the number designates an enumeration will be written in letters.

Example:

In 1990 twenty – four people visited the site, eight of them ...

g. *Graphic elements:* Keep in mind that the inside is printed in black and white, so for the graphic elements (illustrations, maps, charts, tables, etc...) must take reasonable steps to correct interpretation. Gray tones contrasted or utilization of striped or dotted that allow a clear reading or identification.

1) The illustrations:

- a) Charts, tables, photos, maps or other (with their respective numbers, scales, titles and / or captions) may be sent separately, indicating in the text, the location of each. Referrals will be made to the corresponding illustrations in the text.
- b) The symbols should be clear and distinct from each other. If possible use flat shapes.
- c) In all cases the title and source of information appears as follows:

Example:

Table 1. (Centered, size 10, Times New Roman)

Some educational indicators, Mexican Republic

1a. Population aged 6-14 years attending school

(% Of total population)

(Centered, bold and italic, size 10, Times New Roman)

Attending School					
Year	1990	1995	1997	1997	1997
Age(years)				Men	Women
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Source: *Report of Work 1998-1999 SEP, Mexico.*

2) Maps

- a) Submit maps include only the essentials, avoiding excessively busy are drawing or text.
- b) Each map shall contain in a box located in the upper or lower right corner, the location of the sector at regional / providence / and country level.
- c) Remember that these images are printed in black and white.

3) Graphics

- a) Graphs and diagrams should be properly original quality. It is recommended that in all cases, a computer graphics program to be used. Don't use colors in the diagrams.
- b) Clarify, in the case of tables, columns and rows that lead to income inner values thereof.

Note that no additions or modifications are permitted once in the process of editing, and typesetting of the document.

4. RULES OF QUOTING

Pensamiento Jurídico Journal accepts two sets of citation, the APA system and ICONTEC System. Authors may only use **one** of them in his writings.

APA System. When an author or document are cited, in the body of the article you have three options for placing citations in relation to the text is acknowledged.

- a) Place the author (s) and date (s) in brackets in a suitable location within or at the end of a sentence:

Examples

The concept of natural law has fallen into disuse because of its many flaws in its reasoning (Silva 1976)

Human rights are legally enforceable (Díaz and Sánchez 2010)

The analytical categories in law are relevant to the argument (Lopez Castro and Perez 1998)

- b) Place only the date in parentheses:

Example:

Sanchez, Aldana and Fischer (2009) have questioned “whether the decisions of the Constitutional Court doesn't have control?” (p. 96).

Note that you must provide the number (s) page in parentheses for direct quotes. They do not require the page number if summarizing or paraphrasing a source, instead of quoting.

- c) Embed author and date your sentence:

Example:

In 2009, Robledo and Puerta reported that, after reviewing the decisions of the Supreme Court in parapolitica cases...

When quoting a document prepared by one or two authors should cite the names in all citations

Example:

(Caro & Camacho 2009) or Caro and Camacho (2009)

When a document drawn up between 3 and 5 cite authors must cite all authors in the first citation, but in all subsequent citations, use the name of the first author followed by et al.

Example:

First quote: (Aldana, Ramirez and Orozco 2009)

Subsequent Appointments: (Aldana et al 2009)

When a document drawn up by more than six authors should use the name of the first author followed by et al in all citations:

Example:

(Murcia et al 2000)

When a document prepared by an organization is cited to use the full name of the organization on the first quote, however in subsequent citations the abbreviation of the name of the organization should be used.

Example:

First reference: (National Institute of Health [NIH] 2005)

Subsequent references: (NIH 2005)

When two or more works must cite the same reference in brackets and should be separated using semicolons.

Example:

(Aldana, Orozco and Ramirez 2009; Singer 1976).

When citing two or more works prepared by the same author just indicate the years of preparing the documents in chronological order from newest to oldest:

Example:

(Artunduaga 2005; 1999)

When quoting a quote contained elsewhere (secondary reference) both document that is cited as that from which the quotation is taken as shown below should indicate:

Example:

Racial injustice is one of the risk factors for the proper development of children according to Cohen et al (According to the citation made on Greenberg, Domitrovich and Bumbarger, 2000).

ISO System: page footnotes are used. These shall be consecutively numbered (1, 2, 3, etc.). The number should appear in the text with superscript predating the punctuation. Should appear as follows:

- a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

- b) When a set of pages of a book is cited:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234..

- c) When referring to an article published in a scientific journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5 - 56

- d) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23

- e) When an article (news type) published in newspapers is cited:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

- f) When you cite someone immediately cited above:

Ibid., p. 23

- g) When you cite someone previously mentioned, but not immediately:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, op. cit. p. 176.

- h) For other sources, see bibliography.

5. BIBLIOGRAPHY

All references cited in the text by the APA System (author: year), or ISOSystem must go to the end of it, respecting the following criteria:

- a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

- b) When referring to an article published in journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

- c) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

- d) When an article (news type) published in newspapers is cited:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

- e) Electronic Documents:

Aguilera Peña, Mario, "Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953", in *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 2003 Digital Publishing website Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)².

- f) Historic legislation (primary sources) must first be written the name of the rule in italics, followed by a comma then the source that is, there are 3 options. The first book, the second a court gazette or any other compilation and regulations, the third an electronic source available on the internet.

In case of a book, first written the name of the rule in italics, then the authors, in small capitals, followed the title of the work in italics, then the country, publisher and year of publication. These data are separated by commas.

Example:

Cuban Constitution of 1895 of Jimaguayú, in Lazcano Mazón, Manuel (ed), *The Constitutions of Cuba. History and text of the constitutions*

- 2 The APA System has an special rule where the electronic document is DOI (Digital Objective-Identification) as in this case, rather than use the URL, the DOI should be used.

of the Republic of Cuba, Madrid, Editions Cultura Hispánica, 1952, p. 25-40.

Royal Charter for the convening of the General Cortes of the Kingdom, sent to observe by HM Queen Governor on 10 of the current, 1834, in *Gaceta Madrid*, No. 55, on April 16, 1834, p. 251-252. (Ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-is-i.html> (20.04.2009).

Constitution of Cundinamarca of 30/03/1811, Bogota, Imprenta Patriótica de D. Nicolas Calvo y Quijano, 1811. Location: Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, Rare Books and Manuscripts Room. Ed. By: Marquardt, Bernd (ed.), "Constitutional Documents of Colombia 1793 1853" in Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

g) Court decisions:

Example:

Constitutional Court of Colombia, *Judgment T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Available in (websites, books, etc..) (20.04.2009)

Supreme Court, Civil Chamber, MP Bonivento Alejandro Fernández, Judicial Gazzette No. date Available in (website, book, etc..) (20.04.2009)

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, Judgements of German Federal Constitutional Court, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009)

Note: In the bibliography section books, articles and papers used in the article, are listed alphabetically in ascending order by name. When an author of several publications are cited, these are ordered chronologically from newest to oldest. If several works by the same author in the same year are cited, they are ordered annually adding a letter in alphabetical order. This bibliographic listing the pages you are not mentioning, but only the start and end of the articles in journals, newspapers or chapters of a collective work (multiple authors) pages.

6. GENERAL PRESENTATION TERMS

At the time of filing, an application for a document's author must complete and sign a "compromise document" in which he declares that the article has not been

published and will not be submitted simultaneously to another journal so while in the arbitration process.

All authors must submit an additional file with full details of your educational background, institutional affiliation, email (institutional and personal) and list of recent publications. In addition, authors must transfer to the journal, irreversibly, the rights to publish with license to copy, use, disseminate, transmit and display the work publicly, both in print and on its online version, and to include the journal in different databases in which the journal is indexed.

All texts will be sent to the Editorial Committee, which arbitrators shall appoint specialists to conduct academic evaluation of materials, and those who do not know the identities of the authors. Once reviewed and approved the articles, the journal will contact the authors, and then begins the process of proofreading and tuning of the selected material.

Política de Etica Editorial

La revista define los siguientes criterios y recomendaciones relacionados con la ética en la publicación científica:

1. Criterios generales

- 1.1. Los artículos deben contener suficiente detalle y referencias que permitan replicar o rebatir el estudio.
- 1.2. Declaraciones fraudulentas o deliberadamente inexactas constituyen un comportamiento poco ético.
- 1.3. Se deben respetar los derechos de privacidad de los seres humanos.

2. Autoría

Criterios:

- 2.1. Un “autor” es la persona que ha hecho una contribución intelectual significativa al artículo, por lo tanto, todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que los reúnan deben ser mencionados de forma explícita.
- 2.2. Se deben cumplir colectivamente tres criterios básicos para ser reconocido como autor:
 - a) Contribución sustancial a la concepción y diseño, adquisición de datos, análisis e interpretación del estudio.
 - b) Redacción o revisión del contenido intelectual.
 - c) Aprobación de la versión final.
- 2.3. El orden de la autoría debe ser una decisión conjunta de los coautores.
- 2.4. Las personas que participen en un estudio pero que no se ajusten a los criterios de autoría deben aparecer como “Colaboradores” o “Personas reconocidas”.
- 2.5. Hay tres tipos de autorías que se consideran inaceptables: autores “fantasma”, que contribuyen sustancialmente pero no son reconocidos (a menudo pagados por promotores comerciales); autores “invitados”, que no hacen ninguna contribución discernible pero se nombran para aumentar las posibilidades de

publicación; y autorías “honorarias”, que se basan únicamente en una afiliación tenue con un estudio.

Recomendaciones:

- 2.6. Antes de iniciar la investigación se recomienda documentar la función y la forma como se reconocerá la autoría de cada investigador.
- 2.7. No se debe mentir sobre la participación de una persona en la investigación o publicación, si su contribución se considerada “sustancial” se justifica la autoría, bien sea como autor o colaborador.
- 2.8. No se debe asignar una autoría sin contar con el consentimiento de la persona.
- 2.9. Todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que reúnan los requisitos deben aparecer como autores o contribuidores.
- 2.10. Algunos grupos colocan los autores por orden alfabético, a veces con una nota para explicar que todos los autores hicieron contribuciones iguales al estudio y la publicación.

3. Cambios en la autoría

Criterios:

- 3.1. Hace referencia a la adición, supresión o reorganización de los nombres de autor en la autoría de un artículo aceptado.
- 3.2. Las peticiones de añadir o eliminar un autor, o para reorganizar los nombres de los autores, deben ser enviados por el autor correspondiente del artículo aceptado, y deben incluir:
 - a) La razón por la cual debe ser añadido o eliminado, o los nombres de los autores reorganizado.
 - b) La confirmación por escrito (e-mail) de todos los autores que están de acuerdo con la adición, supresión o reorganización. En el caso de adición o eliminación de los autores, esto incluye la confirmación de que el autor sea añadido o eliminado

4. Conflicto de intereses

Criterios:

- 4.1. Cuando un investigador o autor, editor tenga alguna opinión o interés financiero/personal que pueda afectar su objetividad o influir de manera inapropiada en sus actos, existe un posible conflicto de intereses. Este tipo de conflictos pueden ser reales o potenciales.

4.2. Los conflictos de intereses más evidentes son las relaciones financieras, como:

- a) Directas: empleo, propiedad de acciones, becas, patentes.
- b) Indirectas: honorarios, asesorías a organizaciones promotoras, la propiedad de fondos de inversión, testimonio experto pagado.

4.3. Los conflictos también pueden existir como resultado de relaciones personales, la competencia académica y la pasión intelectual. Por ejemplo, un investigador que tenga:

- a) Algún tipo de interés personal en los resultados de la investigación.
- b) Opiniones personales que están en conflicto directo con el tema que esté investigando.

Recomendaciones:

- 4.4. Revelar si se está en algún conflicto real o potencial de intereses que influya de forma inapropiada en los hallazgos o resultados del trabajo presentado, dentro de los tres (3) años de haber empezado el trabajo presentado que podría influir indebidamente (sesgo) el trabajo.
- 4.5. Revelar el papel de un promotor (o promotores) del estudio, si los hubiere, en el diseño del estudio, en la recopilación, análisis e interpretación de los datos, en la redacción del informe y en la decisión de presentar el documento para su publicación.
- 4.6. Los investigadores no deben entrar en acuerdos que interfieran con su acceso a todos los datos y su capacidad de analizarlos de forma independiente, y de preparar y publicar los manuscritos.
- 4.7. Al presentar un documento, se debe hacer una declaración (con el encabezamiento “Papel que ha tenido la fuente de financiación”) en una sección separada del texto y colocarse antes de la sección “Referencias”.
- 4.8. Algunos ejemplos de posibles conflictos de intereses que deben ser revelados, incluyen: empleo, consultoría, propiedad de acciones, honorarios, testimonio experto remunerado, las solicitudes de patentes / registros y subvenciones u otras financiaciones.
- 4.9. Todas las fuentes de apoyo financiero para el proyecto deben ser revelados.
- 4.10. Se debe describir el papel del patrocinador del estudio.

5. Publicación duplicada

Criteria:

- 5.1. Los autores tienen la obligación de comprobar que su artículo sea basado en una investigación original (nunca publicada anteriormente). El envío o

reenvío intencional de su trabajo para una publicación duplicada se considera un incumplimiento de la ética editorial.

- 5.2. Se produce una publicación duplicada o múltiple cuando dos o más artículos, sin hacerse referencias entre sí, comparten esencialmente las mismas hipótesis, datos, puntos de discusión y/o conclusiones. Esto puede ocurrir en diferentes grados: Duplicación literal, duplicación parcial pero sustancial o incluso duplicación mediante parafraseo.
- 5.3. Uno de los principales motivos por los que la publicación duplicada de investigaciones originales se considera no ético es porque puede dar lugar a una “ponderación inadecuada o a un doble recuento involuntario” de los resultados de un estudio único, lo que distorsiona las pruebas disponibles.

Recomendaciones:

- 5.4. Los artículos enviados para su publicación deberán ser originales y no deberán haberse enviado a otra editorial. En el momento del envío, los autores deberán revelar los detalles de los artículos relacionados (también cuando estén en otro idioma), artículos similares en prensa y traducciones.
- 5.5. Aunque un artículo enviado esté siendo revisado y no conozca el estado, debe esperar a que el equipo de la revista informe antes de ponerse en contacto con otra revista, y sólo si la otra editorial no publicará el artículo.
- 5.6. Evite enviar un artículo previamente publicado a otra revista.
- 5.7. Evite enviar artículos que describan esencialmente la misma investigación a más de una revista.
- 5.8. Indique siempre los envíos anteriores (incluidas las presentaciones de reuniones y la inclusión de resultados en registros) que pudieran considerarse una publicación duplicada.
- 5.9. Evite escribir sobre su propia investigación en dos o más artículos desde diferentes ángulos o sobre diferentes aspectos de la investigación sin mencionar el artículo original.
- 5.10. Se considera manipulador crear varias publicaciones a raíz de la misma investigación.
- 5.11. En el momento del envío, indique todos los detalles de artículos relacionados en un idioma diferente y las traducciones existentes.

6. Reconocimiento de las fuentes

Criterios:

- 6.1. Los autores deben citar las publicaciones que han sido influyentes en la determinación de la naturaleza del trabajo presentado.

- 6.2. Información obtenida de forma privada, no debe ser usada sin explícito permiso escrito de la fuente.
- 6.3. La reutilización de las tablas y / o figuras requiere del permiso del autor y editor, y debe mencionarse de manera adecuada en la leyenda de la tabla o figura.
- 6.4. La información obtenida en el transcurso de servicios confidenciales, tales como manuscritos arbitrales o las solicitudes de subvención, no debe ser utilizada sin el permiso explícito y por escrito del autor de la obra involucrada en dichos servicios.

7. **Fraude científico**

Criterios:

- 7.1. El fraude en la publicación científica hace referencia a la presentación de datos o conclusiones falsas que no fueron generados a través de un proceso riguroso de investigación.
- 7.2. Existen los siguientes tipos de fraude en la publicación de resultados de investigación:
 - a) Fabricación de datos. Inventar datos y resultados de investigación para después comunicarlos.
 - b) Falsificación de datos. La manipulación de materiales de investigación, imágenes, datos, equipo o procesos. La falsificación incluye la modificación u omisión de datos o resultados de tal forma que la investigación no se representa de manera precisa. Una persona podría falsificar datos para adecuarla al resultado final deseado de un estudio.

Recomendaciones:

- 7.3. Antes de enviar un artículo, lea cuidadosamente las políticas editoriales y de datos de la revista.
- 7.4. Nunca modifique, cambie u omita datos de forma intencional. Esto incluye materiales de investigación, procesos, equipos, tablas, citas y referencias bibliográficas.
- 7.5. Tanto la fabricación como la falsificación de datos son formas de conducta incorrecta graves porque ambas resultan en publicaciones científicas que no reflejan con precisión la verdad observada.
- 7.6. El autor debe hacer una gestión adecuada de los datos que soportan la investigación, teniendo especial cuidado en la recopilación, producción, conservación, análisis y comunicación de los datos.

- 7.7. Mantenga registros minuciosos de los datos en bruto, los cuales deberán ser accesibles en caso de que un editor los solicite incluso después de publicado el artículo.

8. Plagio

Criterios:

- 8.1. El plagio es una de las formas más comunes de conducta incorrecta en las publicaciones, sucede cuando uno de los autores hace pasar como propio el trabajo de otros sin permiso, mención o reconocimiento. El plagio se presenta bajo formas diferentes, desde la copia literal hasta el parafraseado del trabajo de otra persona, incluyendo: datos, ideas, conceptos, palabras y frases.
- 8.2. El plagio tiene diferentes niveles de gravedad, como por ejemplo:
- Qué cantidad del trabajo de otra persona se tomó (varias líneas, párrafos, páginas, todo el artículo)
 - Qué es lo que se copió (resultados, métodos o sección de introducción)
- 8.3. El plagio en todas sus formas constituye una conducta no ética editorial y es inaceptable.
- 8.4. La copia literal solo es aceptable si indica la fuente e incluye el texto copiado entre comillas.

Recomendaciones:

- 8.5. Recuerde siempre que es esencial reconocer el trabajo de otros (incluidos el trabajo de su asesor o su propio trabajo previo) como parte del proceso.
- 8.6. No reproduzca un trabajo palabra por palabra, en su totalidad o en parte, sin permiso y mención de la fuente original.
- 8.7. Mantenga un registro de las fuentes que utiliza al investigar y dónde las utilizó en su artículo.
- 8.8. Asegúrese de reconocer completamente y citar de forma adecuada la fuente original en su artículo
- 8.9. Incluso cuando haga referencia a la fuente, evite utilizar el trabajo de otras personas palabra por palabra salvo que lo haga entre comillas.
- 8.10. El parafraseado solo es aceptable si indica correctamente la fuente y se asegura de no cambiar el significado de la intención de la fuente.
- 8.11. Incluya entre comillas y cite todo el contenido que haya tomado de una fuente publicada anteriormente, incluso si lo está diciendo con sus propias palabras.

9. Fragmentación

Criterios:

- 9.1. La fragmentación consiste en dividir o segmentar un estudio grande en dos o más publicaciones.
- 9.2. Como norma general, con tal de que los “fragmentos” de un estudio dividido comparten las mismas hipótesis, población y métodos, no se considera una práctica aceptable.
- 9.3. El mismo “fragmento” no se debe publicar nunca más de una vez. El motivo es que la fragmentación puede dar lugar a una distorsión de la literatura existente.

Recomendaciones:

- 9.4. Evite dividir inapropiadamente los datos de un solo estudio en dos o más trabajos.
- 9.5. Cuando presente un trabajo, sea transparente. Envíe copias de los manuscritos estrechamente relacionados al manuscrito en cuestión. Esto incluye manuscritos publicados, enviados recientemente o ya aceptados.

10. Corrección de artículos publicados

Criterion:

- 10.1. Cuando un autor descubre un error o inexactitud significativa en el trabajo publicado, es obligación del autor notificar de inmediato a la revista y cooperar en el proceso de corrección.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

N°
41

280

Editorial Ethics Policy

The journal defines the following criteria and recommendations related to ethics in scientific publication:

1. General criteria

- 1.1. The articles must contain sufficient detail and references to permit replicate or refute the study.
- 1.2. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behavior.
- 1.3. You must respect the privacy rights of human beings.

2. Authorship

Criteria:

- 2.1. An “author” is the person who has made a significant intellectual contribution to the article, therefore, all persons named as authors should qualify for authorship, and all those who meet should be mentioned explicitly.
- 2.2. They must collectively meet three basic criteria to be recognized as author:
 - a) Contribution: substantial contributions to conception and design, data acquisition, analysis and interpretation of the study.
 - b) drafting or revision of intellectual content.
 - c) Approval of the final version.
- 2.3. The order of authorship should be a joint decision of the coauthors.
- 2.4. Persons participating in a study but do not meet the criteria for authorship must be listed as “Partners” or “recognized persons”.
- 2.5. There are three types of authorship that are considered unacceptable: authors “ghost”, which contribute substantially but are not recognized (often paid by commercial developers); authors “guests” who make no discernible contribution but are named to increase the chances of publication; and authorship “honorary”, which are based solely on a tenuous affiliation with a study.

Recommendations:

- 2.6. Before starting the research it is recommended to document the function and how the responsibility of each researcher will be recognized.
- 2.7. Do not lie on the participation of a person in research or publication, if their contribution is considered “substantial” authorship is justified, either as author or collaborator.
- 2.8. You do not assign authorship without the consent of the person.
- 2.9. All persons named as authors should qualify for authorship, and all those who qualify should be listed as authors or contributors.
- 2.10. Some groups put the authors in alphabetical order, sometimes with a note explaining that all authors made equal contributions to the study and publication.

3. Changes in authorship**Criteria:**

- 3.1. It refers to the addition, deletion or rearrangement of author names in the author of an accepted article.
- 3.2. Requests to add or remove an author, or to rearrange the names of the authors should be sent by the corresponding author of a paper accepted, and should include:
 - a) The reason why the names of the authors should be added, deleted or reorganized.
 - b) The written confirmation (e-mail) of all authors agree with the addition, deletion or reorganization. In the case of addition or removal of the authors, this includes confirmation that the author is added or removed

4. Conflict of interests**Criteria:**

- 4.1. When a researcher or author, publisher have any opinion or financial / personal interest that could affect their objectivity or improperly influence their acts, there is a potential conflict of interest. Such conflicts can be real or potential.
- 4.2. The most obvious conflicts of interest are financial relations, such as:
 - a) Direct: employment, stock ownership, grants, patents.

- b) Indirect: fees, consulting promoting organizations, property of investment funds, pay for expert testimony.
- 4.3. Conflicts can also occur as a result of personal relationships, academic competition and intellectual passion. For example, a researcher who has:
 - a) any personal interest in the outcome of the investigation.
 - b) Personal opinions that are in direct conflict with the topic they are researching.

Recommendations:

- 4.4. Disclose if you are in any real or potential conflict of interest that inappropriately influence on the findings or results of the work presented, within three (3) years of beginning the work presented that could unduly (bias) influence the work.
- 4.5. Reveal the role of a promoter (s) of the study, if any, in study design; in the collection, analysis and interpretation of data, writing the report and the decision to submit the paper for publication .
- 4.6. Researchers must not enter into agreements that interfere with their access to all data and its ability to analyze it independently, and to prepare and publish manuscripts.
- 4.7. When submitting a document, you must make a statement (with the heading "Paper that has been the source of financing") in a separate text and placed before the "References" section.
- 4.8. Some examples of potential conflicts of interest that must be disclosed, including: employment, consultancies, stock ownership, honoraria, paid expert testimony, patent applications / registrations and grants or other funding.
- 4.9. All sources of financial support for the project must be disclosed.
- 4.10. You must describe the role of the study sponsor.

5. Publication duplicate

Criteria:

- 5.1. The authors are required to check that their articles are based on original research (never published before). Sending or forwarding his work intentionally for a duplicate publication is considered a breach of editorial ethics.
- 5.2. a duplicate or multiple publication occurs when two or more items, without making references to each other, essentially share the same hypothesis, data, discussion points and / or conclusions. This can occur in varying

degrees: literal Duplication, partial duplication but substantial or even by paraphrasing.

- 5.3. One of the main reasons that duplicate publication of original research is considered unethical is because it can lead to an “inadequate weight or inadvertent double counting” of the results of a single study, which distorts the available evidence.

Recommendations:

- 5.4. Articles submitted for publication must be original and should not have been sent to another publisher. At the time of shipment, authors should disclose details of related items (also when they are in another language), like newspaper articles and translations.
- 5.5. Although a paper submitted is being reviewed and does not know the state of it, you must wait for the journal's report before contact with another journal, and only if the other publisher does not publish the article.
- 5.6. Avoid submitting an article previously published in another journal.
- 5.7. Avoid sending articles describing essentially the same research to more than one journal.
- 5.8. Always state the previous submission (including meeting presentations and the inclusion of results in registries) that could be considered a duplicate publication.
- 5.9. Avoid writing about his own investigation into two or more items from different angles or different aspects of the investigation not to mention the original article.
- 5.10. It is considered manipulative create multiple publications as a result of the same investigation.
- 5.11. At the time of shipment, specify every detail of articles in a different language and existing translations.

6. Recognition of sources

Criteria:

- 6.1. Authors must cite publications that have been influential in determining the nature of the work presented.
- 6.2. Information obtained privately must not be used without express written permission from the source.
- 6.3. The reuse of tables and / or figures requires the permission of the author and editor, and must be mentioned properly in the legend of the table or figure.

- 6.4. The information obtained in the course of confidential services, such as arbitration manuscripts or grant applications must not be used without the express written permission of the author of the work involved in such services.

7. Scientific Fraud

Criteria:

- 7.1. Fraud in scientific publication refers to the submission of false data or conclusions that were not generated through a rigorous screening process.
- 7.2. There are the following types of fraud in the publication of research results:
- Manufacture of data. Invent data and research results and then communicate.
 - Falsification of data. Manipulating research materials, images, data, equipment or processes. Counterfeiting includes modification or omission of data or results such that the research is not accurately represented. A person could falsify data to suit the desired study outcome.

Recommendations:

- Before submitting an article, please read the editorials and journal data policies.
- Never alter, change or omit information intentionally. This includes research materials, processes, equipment, tables, citations and references.
- Both manufacturing and data falsification are forms of serious misconduct because both result in scientific publications that do not accurately reflect the observed truth.
- The author must make a proper data management that support the investigation, taking special care in the collection, production, storage, analysis and reporting of data.
- Keep careful records of raw data, which must be accessible in case of an editor's request even after publication of the article.

8. Plagiarism

Criteria:

- 8.1. Plagiarism is one of the most common forms of misconduct in publications, it happens when an author poses as their own the work of others without permission, mention or recognition. Plagiarism occurs in different forms,

from the literal to the paraphrased copy of another person's work, including: information, ideas, concepts, words and phrases.

- 8.2. Plagiarism has different severity levels, such as:
 - a) How much of someone else's work took (several lines, paragraphs, pages, whole article)
 - b) What is it was copied (results, methods or input section)
- 8.3. Plagiarism in all its forms constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.
- 8.4. Verbatim copying is only acceptable if it indicates the source and include the copied text in quotes.

Recommendations:

- 8.5. Always remember that it is essential to recognize the work of others (including work your adviser or their own previous work) as part of the process.
- 8.6. Do not replicate a work, word by word, in whole or in part without permission and reference to the original source.
- 8.7. Keep track of the sources used to investigate and where used in his article.
- 8.8. Be sure to fully recognize and properly cite the original source in his article
- 8.9. Even when you reference the source, avoid using other people's work word by word unless you do it in quotes.
- 8.10. The paraphrase is only acceptable if properly indicates the source and make sure not to change the intended meaning of the source.
- 8.11. Include quotes and cite all the content is taken from a published source above, even if it is saying in their own words.

9. Fragmentation

Criteria:

- 9.1. Fragmentation is to divide or segment a large study in two or more publications.
- 9.2. As a general rule, provided that the "fragments" of a study divided share the same assumptions, population and methods, it is not considered an acceptable practice.
- 9.3. The same "fragment" should never post more than once. The reason is that fragmentation can lead to distortion of the existing literature.

Recommendations:

- 9.4. Avoid improperly split the data from a single study in two or more works.
- 9.5. When submitting a job, be transparent. Send copies of manuscripts closely related to the manuscript in question. This includes manuscripts published recently accepted or already sent.

10. Correction of published articles**Criteria:**

When an author discovers a significant error or inaccuracy in the published work, the author is obliged to immediately notify the magazine and cooperate in the process of correction.

Poder Judicial, consolidación y aplicación de los derechos humanos y el Derecho

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales
“Gerardo Molina” – UNIJUS

Se terminó de imprimir en los talleres de Digiprint Editores S.A.S.
PBX: 251 7060 – Calle 63 bis No. 70-49 Bogotá D.C.,
en el mes de Junio de 2015.
300 libros impresos sobre papel bond blanco de 90 grs,
con tipografía de familia Constantia a 10 puntos.
Diagramación Digiprint Editores S.A.S

