





Revista  
**PENSAMIENTO JURÍDICO**  
julio-diciembre de 2015 No. 42

## Poder Constituyente: fundamentos y límites



Revista  
**PENSAMIENTO JURÍDICO**  
julio-diciembre de 2015 No. 42

# Poder Constituyente: fundamentos y límites



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. 42

Título del número: "Poder Constituyente: fundamentos y límites"

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

Lugar y fecha: Bogotá, julio - diciembre 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)

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 LetellierLoyola, 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 Sao 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

Mercedes Iglesias Báñez (Universidad de Salamanca, España)

David Bondía García (Universidad de Barcelona, España)

Aristides Obando Cabezas (Universidad del Cauca, Colombia)

Gonzalo Andrés Ramírez Claves (Universidad Externado de Colombia, Colombia)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III de Madrid, España)

Dayana Becerra Alipio (Universidad Antonio Nariño, Colombia)

Gloria Amparo Rodríguez (Universidad del Rosario, Colombia)

### Coordinador Editorial

Luis Fernando Sánchez Supelano

### Correspondencia y Suscripción

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

Teléfono (571) 316 5000 Ext.: 17306

Correo electrónico: rpjuridico\_fdvog@unal.edu.co

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

**Portada:** Primer Congreso Constituyente del Perú de 1822. Pintura de Francisco González Gamarra.

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.....	11-13
<b><i>El poder constituyente de los pueblos del mundo</i></b>	
<b><i>The constituent power of the people of the world</i></b>	
Antonio José Rengifo Lozano.....	15-45
1. Introducción.....	17
2. “Nosotros, los pueblos...”.....	18
3. Guerras y humanidad.....	19
4. ¿Podrá la violencia ser la única respuesta a esas nuevas formas de violencia?.....	24
5. Por los pueblos, no contra los pueblos.....	25
6. Las organizaciones financieras.....	30
7. Supervivencia.....	32
8. Poder constituyente y constitucionalización.....	34
Bibliografía.....	42
<b><i>El derecho a la protesta social en Colombia</i></b>	
<b><i>The social protest right in Colombia</i></b>	
Edwin Cruz Rodríguez.....	47-69
1. Introducción.....	48
2. Auge de la protesta e incremento de la represión.....	48
3. La normalidad de lo anormal.....	53
4. El marco normativo.....	56
5. La contención policial de la protesta.....	60
6. Corolario.....	64
Bibliografía.....	66
<b><i>Cuba, ciudadanía múltiple y estatuto personal. Perspectiva de cambio</i></b>	
<b><i>Cuba, multiple citizenship and personal status. Change perspective</i></b>	
Marien Piorno Garcell.....	71-102
1. A modo de introducción.....	72
2. Ciudadanía múltiple. Su impacto en la ley aplicable al estatuto personal de los ciudadanos.....	74
3. Multipatridia a la luz del nuevo constitucionalismo latinoamericano.....	83
3.1. Venezuela.....	85
3.2. Ecuador.....	87
3.3. Bolivia.....	88
4. ¿Incide el fenómeno de ciudadanía múltiple en la ley aplicable al estatuto personal de los ciudadanos cubanos?.....	91
5. Reflexión final.....	94
Bibliografía.....	95

***Políticas públicas, narrativas y control social de adolescentes: un estudio comparado de la construcción de la política pública criminal en el siglo XXI***

***Public policies, stories and social control of the youth: a comparative study of the construction of the criminal policy in the 21th century***

<i>Adriana Romero Sánchez</i> .....	103-131
1. Introducción.....	104
2. Método de investigación.....	106
3. Contenido.....	108
3.1. Transformación de los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes y cambio social.....	108
3.2. Narrativas y conceptos del proceso transformación de la política pública criminal de adolescentes.....	115
3.3. Narrativas sobre la impunidad y reforma a los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes.....	121
4. Conclusión preliminar.....	124
Bibliografía.....	128

***Constitución, reforma constitucional y sus límites materiales. Un acercamiento desde la experiencia cubana***

***Constitution, constitutional reform and its material limits. An approach from the cuban experience***

<i>Karel Luis Pachot Zambrana / Juan Ramón Pérez Carrillo</i> .....	133-163
1. Introducción.....	134
2. A propósito de la reforma constitucional y sus límites. Unos criterios mínimos imprescindibles.....	135
3. Los límites a la reforma constitucional desde el prisma del constitucionalismo histórico cubano.....	142
4. Los límites materiales (contenidos especialmente protegidos) a la reforma constitucional en la Constitución de 1976.....	152
5. Consideraciones finales.....	159
Bibliografía.....	162

***Crónica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el primer semestre del 2014***

***Chronicle of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the first half of 2014***

<i>Oscar Parra Vera</i> .....	165-187
1. Introducción.....	166
2. Principio de legalidad, doble conformidad judicial, libertad de circulación.....	166
3. Responsabilidad del Estado por el asesinato de mujeres en contextos de violencia contra la mujer y debida diligencia de las investigaciones en este tipo de casos.....	169
4. Matices en la jurisprudencia sobre excepciones a la falta de agotamiento de recursos internos.....	174
5. Derecho a la defensa, doble conformidad judicial en sistemas acusatorios, garantías y principio de legalidad en casos de terrorismo. Protección a la familia de las personas privadas de libertad.....	179
Bibliografía.....	187

**“El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío”**

**“The economical regime in the ancient roman model of marriage and the similarities or not with the one content in the spanish Fuero del Baylío”**

Antonio Silva Sánchez.....	189-211
1. Introducción.....	190
2. Concepto de matrimonio: la importancia de la <i>affectio maritalis</i> y el régimen económico matrimonial en Roma.....	190
2.1. Introducción.....	190
2.2. La <i>affectio maritalis</i> : desde Roma hasta la actualidad.....	190
2.3. Concepto de matrimonio en Roma.....	193
3. Concepto, contenido y régimen económico matrimonial del Fuero del Baylío.....	195
3.1. Concepto, ámbito de aplicación y origen.....	195
3.2. Vigencia, contenido y régimen económico del Fuero del Baylío.....	198
3.3. Régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío.....	199
4. Efectos del Fuero del Baylío en relación con los bienes matrimoniales.....	203
5. Conclusiones.....	207
Bibliografía.....	209
Lista de abreviaturas utilizadas.....	211

**Afectación del derecho al medio ambiente sano en la Comunidad de Condoto-Chocó por el otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales**

**Effect of the right to a healthy environment in the community of Condoto-Chocó in the granting of mining titles to multinationals**

July Mariona Rivas Bustacara / Angie Katerine Palomeque Serna

Narda Leonor Berardinelli Caicedo/ Dra. Lisneider Hinestroza Cuesta..... 213-240

1. Introducción.....	214
2. Metodología.....	215
3. El municipio de Condoto.....	218
4. La actividad minera en el municipio de Condoto.....	220
4.1. Comunidades negras.....	221
4.2. Títulos mineros.....	222
4.3. Empresas multinacionales.....	227
5. Afectación del derecho a gozar de un medio ambiente sano.....	228
6. Conclusiones.....	234
Bibliografía.....	236

**Recensión**

**Alain Supiot, *Grandeur et Misère de L'état Social*, 2013, Collègue de France et Librairie Arthème Fayard, Paris, 63 P.**

María Rosalba Buitrago Guzmán..... 241-246

1. Grandeza del Estado Social.....	242
2. Miseria del Estado Social.....	244
3. Las reflexiones de <i>Grandeur y Miseria del Estado Social</i> .....	245

Revista *Pensamiento Jurídico*. Instrucciones para los autores de artículos a publicar..... 247

Journal *Pensamiento Jurídico*. Instructions for authors..... 255

Política de Ética Editorial..... 263

Editorial Ethics Policy..... 271



## Presentación

**E**n esta ocasión la *Revista Pensamiento Jurídico*, publicación arbitrada –bajo la modalidad de doble ciego– y de carácter semestral de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia presenta, desde un enfoque transdisciplinar e interdisciplinar, algunas reflexiones teóricas y prácticas alrededor del poder constituyente, sus alcances y límites, con el ánimo de contribuir al debate público y académico en la construcción de paradigmas útiles en la construcción de la democracia. 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 presenta el artículo elaborado por el Profesor de la Universidad Nacional de Colombia Antonio José Rengifo Lozano titulado *El poder constituyente de los pueblos del mundo*. Este artículo analiza y reivindica el poder constituyente de los pueblos en la escena internacional. Observa cómo, en un mundo globalizado, la capacidad de acción de la gran mayoría de Estados parece atrapada en el discurso neoliberal, en democracias radicalmente cooptadas por medios de comunicación y por la influencia de grupos financieros, que menguan su capacidad para enfrentar los problemas que afectan a todos los pueblos. Sea que se trate de la reforma a la Organización de Naciones Unidas; sea sobre la guerra o las violaciones masivas de derechos humanos; sea sobre la crisis ambiental planetaria y en particular sobre el cambio climático o las organizaciones internacionales financieras y el inestable sistema perpetuado por ellas, este artículo apuesta por la oportunidad para los pueblos de ejercer su poder constituyente. En relación con los procesos de constitucionalización del derecho internacional, se formula un interrogante: ¿tienen futuro esos procesos sin una toma en consideración de los pueblos, de su poder legitimador, sus luchas, sus resistencias y sus aportes desde diversas perspectivas culturales? Se argumenta que los individuos y los pueblos deben ser el fundamento de la organización política internacional. La tesis central sustenta el imperativo, para los pueblos, de reivindicar su poder legitimador para promover una democracia global que cierre espacios a la uniformización del mundo, consolidando a la vez un foro comunicativo entre las diversas culturas que permita determinar hasta dónde va “el universal” que nos hace a todos humanos y hasta dónde van las especificidades culturales y políticas de los pueblos inscritas en otras formas posibles de mundialización.

Seguidamente, el estudiante del doctorado en derecho de la Universidad Nacional de Colombia Edwin Cruz Rodríguez, presenta su artículo *El derecho a la protesta social en Colombia*; este trabajo examina la situación actual del derecho a la protesta en Colombia, destacando como, aunque la protesta ha aumentado en los últimos años, también lo ha hecho la represión, configurando un ambiente precario para el ejercicio de este derecho que se explica por las estrategias coyunturales del gobierno para contener el ciclo de protesta, pero también por factores estructurales como las limitaciones que impone el conflicto armado, las doctrinas y políticas contrainsurgentes del Estado heredadas de la Guerra Fría, un marco jurídico punitivo y un modelo de contención policial de la protesta intensivo en fuerza.

A continuación, la profesora de la Universidad de Guantánamo Marien Piorno Garcell introduce el artículo intitulado *Cuba, ciudadanía múltiple y estatuto personal. Perspectiva de cambio*. En este documentos se analiza como la ciudadanía múltiple ha sido regulada por los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados con medidas de acogida o rechazo según la perspectiva política y la realidad social de cada país. En ese orden de ideas se realiza un estudio de derecho comparado en los países representativos del nuevo constitucionalismo latinoamericano como paradigma de identidad nacional pluralista y de formas de ciudadanía diferenciada y multicultural, seguida de un análisis exegético que caracterice la incidencia de tal fenómeno en el estatuto personal de los cubanos, implementando propuesta de modificación al Código Civil vigente.

Posteriormente, la abogada Adriana Romero Sánchez nos presenta el texto *Políticas públicas, narrativas y control social de adolescentes: Un estudio comparado de la construcción de la política pública criminal en el siglo XXI*. En este documento se estudia como desde la década de los noventa, con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, se inició un proceso sistemático de reforma de la legislación y las políticas de los Estados en relación con los derechos y obligaciones frente a la infancia y la adolescencia. Dentro se este contexto el documento profundiza en la forma como ha sido establecida la responsabilidad penal de adolescentes, que se muestra como uno de los casos más representativos y polémicos en el intento de construcción de un sistema universal para enfrentar las múltiples dificultades que atraviesan las niñas y los niños del mundo. A partir de la revisión de los procesos de construcción de las políticas de Colombia, Venezuela, Perú y Brasil, este artículo se ocupará de exponer las distintas similitudes y diferencias, centrando el análisis en tres elementos: la imputabilidad, la edad penal y la sanción pedagógica diferenciada. Asimismo, se evidencia cómo estos cambios sistemáticos en la construcción de la política pública criminal no están desconectados de otros procesos de transformación de las prácticas e instituciones sociales en general, lo cual se va a ver reflejado, entre otros, en la opinión pública, reconociendo la necesidad de formular una interpretación más comprensiva y que reconozca la complejidad de estos procesos.

Seguidamente, los profesores de la Universidad de Oriente (Cuba) Karel Luis Pachot Zambrana y Juan Ramón Pérez Carrillo presentan el documento deno-

minado *Constitución, reforma constitucional y sus límites materiales. Un acercamiento desde la experiencia cubana\**. En este texto se analiza los límites materiales al poder de reforma constitucional tomando como caso de estudio el caso cubano y se analiza como la reforma constitucional se concibió con el propósito de salvaguardar contenidos de especial significación, el orden político concebido y, con ello, la supremacía constitucional. En el caso cubano el reconocimiento de los límites materiales, relativos o absolutos, motiva unas merecidas consideraciones que desde la doctrina serán expuestas en este estudio.

A continuación, se ubica el texto del abogado Oscar Parra Vera denominado “*Crónica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el primer semestre del 2014*”, con el objetivo de presentar, los desarrollos más relevantes que ofrece este tribunal regional. Este texto se concentra en el análisis de las cuatro sentencias emitidas en el marco de la jurisdicción contenciosa de la Corte durante el bienio 2014-2015. El objetivo de este documento es el de introducir algunas ideas que permitan contextualizar el aporte de la jurisprudencia interamericana en ciertos temas y su eventual utilidad para otros sistemas regionales de protección de los derechos.

Seguidamente, el Profesor de la Universidad de Extremadura Antonio Silva Sánchez, presenta el artículo titulado *El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío*. Este texto trata de exponer, partiendo del concepto de matrimonio en el derecho romano, el requisito del consentimiento matrimonial (*affectio maritalis*) y del régimen económico matrimonial, su semejanza o no con el de comunidad universal de bienes que se recoge en el Fuero del Baylío extremeño (España). La importancia de la *affectio maritalis* se sustenta en este caso, en su falta, lo que produce la disolución matrimonial por divorcio, entrando en juego la división de los bienes matrimoniales.

Finalmente, la profesora Lisneider Hinestroza Cuesta y los estudiantes de pregrado en derecho Angie Katherine Palomeque Serna, July Marion Rivas Bustacara y Narda Leonor Berardinelli Caicedo integrantes del Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente en la de la Universidad Tecnológica del Chocó presentan el artículo *Afectación del derecho al medio ambiente sano en la Comunidad de Condoto-Chocó por el otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales*. En el cual se analiza la forma como la minería se ha convertido en Colombia en una de las principales fuentes de ingreso para la economía, pero también como su uso irracional ha ocasionado un detrimento al ambiente. Se precisa y se estudia como en el municipio de Condoto, en el departamento del Chocó, se desarrolla la minería amparada, en algunos casos, por títulos otorgados a empresas multinacionales con el desconocimiento de los derechos fundamentales de la comunidad. Para finalizar con una reflexión sobre la vulneración al derecho a gozar de un ambiente sano, porque no se adoptan las medidas necesarias para mitigar y compensar las afectaciones y daños causados al medio ambiente.

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 en materias relacionadas con el poder constituyente y la legitimidad democrática de los Estados.

**BERND MARQUARDT**

Director *Revista Pensamiento Jurídico*

# El poder constituyente de los pueblos del mundo

## The constituent power of the people of the world

*Antonio José Rengifo Lozano\**

---

**Fecha de recepción:** 10 de junio del 2015

**Fecha de aceptación:** 8 de julio del 2015

---

### RESUMEN

Este artículo analiza y reivindica el poder constituyente de los pueblos en la escena internacional. Observa cómo, en un mundo globalizado, la capacidad de acción de una gran mayoría de Estados parece atrapada en el discurso neoliberal, en democracias radicalmente cooptadas por medios de comunicación y por la influencia de grupos financieros, que menguan su capacidad para enfrentar los problemas que afectan a todos los pueblos. Sea que se trate de la reforma a la Organización de Naciones Unidas; sea sobre la guerra o las violaciones masivas de derechos humanos; sea sobre la crisis ambiental planetaria y en particular sobre el cambio climático o las organizaciones internacionales financieras y el inestable sistema perpetuado por ellas, este artículo apuesta por la oportunidad para los pueblos de ejercer su poder constituyente. En relación con los procesos de constitucio-

nalización del derecho internacional, se formula un interrogante: ¿tienen futuro esos procesos sin una toma en consideración de los pueblos, de su poder legitimador, sus luchas, sus resistencias y sus aportes desde diversas perspectivas culturales? Se argumenta que los individuos y los pueblos deben ser el fundamento de la organización política internacional. La tesis central sustenta el imperativo, para los pueblos, de reivindicar su poder legitimador para promover una democracia global que cierre espacios a la uniformización del mundo, consolidando a la vez un foro comunicativo entre las diversas culturas que permita determinar hasta dónde va “el universal” que nos hace a todos humanos y hasta dónde van las especificidades culturales y políticas de los pueblos inscritas en otras formas posibles de mundialización.

**Palabras clave:** poder constituyente, globalización, Democracia, derecho internacional, legitimidad.

---

\* Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Obtuvo un doctorado en la Universidad de Londres, School of Oriental and African Studies, SOAS, con una tesis, con dirección de la profesora Patricia Birnie, sobre la teoría de régimen internacional aplicada al derecho del mar, publicada por la Universidad Nacional de Colombia. Su interés académico se centra en la teoría de régimen internacional y en problemas culturales, particularmente en el trabajo de restitución de la Colección Quimbaya de España a Colombia y en la defensa de los derechos colectivos en el caso del Galeón San José. Dirige el grupo Frontera y Territorio en la Universidad Nacional. Dirección electrónica: ajrengifol@unal.edu.co

## ABSTRACT

This article analyzes and claims the constituent power of the peoples of the world on the international arena. Notice how, in a globalized world, the ability of acting of a large majority of States seems trapped in the neoliberal discourse in democracies radically co-opted by media and the influence of financial groups that diminish their capacity to deal with problems affecting all peoples. Whether dealing with the reform of the United Nations; the war or massive human rights violations; the global environmental crisis and in particular on climate change or the international financial organizations and the unstable system perpetuated by them, this article puts emphasis on the opportunity for the peoples to exercise their constituent power. In relation to the processes of constitutionalization of international law, a question arises from the analysis: these processes have a future without consideration of the peoples, their legitimating power, their struggles, their strengths and their contributions from different cultural perspectives? It is argued that individuals and peoples must be the foundation of the international political organization. The central thesis underpins the imperative, for the peoples of the world, to claim their legitimating power to promote global democracy in order to close spaces to the standardization of the world, consolidating a forum and a dialogue between the different cultures to determine the scope of the "universal" that makes us all humans and the far-ranging cultural and political specificities of people's enrolled in alternative forms of globalization.

**Keywords:** constituent power, globalization, democracy, international law, legitimacy.

## RESUMÉ

Cet article analyse et revendique le pouvoir constituant des peuples sur la scène internationale. Il présente comment, dans un monde globalisé, la capacité d'action d'une grande majorité d'États semble prise au piège dans le discours néolibéral et dans des démocraties cooptées par les médias et l'influence des groupes financiers, réduisant leur capacité à faire face aux problèmes qui affectent l'ensemble des peuples. Ceux-ci, par l'exercice de leur pouvoir constituant, peuvent influencer, entre autres, sur la réforme des Nations Unies, sur la guerre ou les violations massives des droits de l'homme, la crise mondiale de l'environnement et notamment le changement climatique, ou encore sur les organisations financières internationales et le système instable qu'elles perpétuent. Une question se pose en ce qui concerne les processus de constitutionnalisation du droit international: leur avenir ne dépend-il pas du fait de tenir compte ou non du pouvoir de légitimation des peuples, de leurs luttes, de leurs résistances et des contributions des différentes cultures? Les individus et les peuples doivent être le fondement de l'organisation politique internationale. La thèse centrale de cet article souligne le devoir impérieux des peuples de revendiquer leur pouvoir de légitimation afin de promouvoir une démocratie capable de fermer les espaces à l'uniformisation du monde tout en établissant un forum et un lien de communication entre les différentes cultures; ainsi, la portée de l'«universalité» qui relie les humains, tout autant que les spécificités culturelles et politiques des peuples, pourront mener vers d'autres formes de mondialisation.

**Mots-clés:** pouvoir constituant, la mondialisation, la démocratie, le droit international, la légitimité.

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando en el año 2525 los historiadores estudien los tiempos que hoy vivimos, muy probablemente constatarán, si el mundo todavía es mundo, el amplio desfase entre los desarrollos tecnológicos alcanzados por el ser humano y los desequilibrios e injusticias que están poniendo en riesgo las probabilidades mismas de vida sobre este planeta. Como en la celebrada imagen en “2001, Odisea del espacio”, la película con libreto de Arthur C. Clarke y Stanley Kubrick, pareciera que los progresos tecnológicos van superando por varios siglos a la organización tribal.

El hipotético historiador del futuro registraría que nuestro tiempo nos está confrontando, como nunca antes en la historia de la humanidad, a las limitaciones de nuestro planeta, principalmente en materia de recursos naturales, y al potencial de autodestrucción por dos medios: el arma nuclear y la degradación ambiental. Registraría también que estos tiempos de crisis están caracterizados por un alto grado de unicidad de los problemas que enfrenta la humanidad, pero a la vez también, de incertidumbres y dificultades para hacer avanzar mecanismos concretos en los procesos de un mundo irreversiblemente intercomunicado y globalizado.

La capacidad de acción de un gran número de Estados parece hoy capturada por el discurso neoliberal y, como si fuera poco, por una camisa de fuerza impuesta por pseudodemocracias cooptadas, en alto grado, por la manipulación desde algunos medios de comunicación y por la capacidad de influencia de grupos financieros. Los poderes públicos van perdiendo progresivamente legitimidad. La desconfianza se ha instalado entre el poder y los ciudadanos, en una sociedad del espectáculo, donde muchos aspectos de la política tienden a ser “tramitados” junto con las frivolidades del entretenimiento. Es observable hoy una falta de voluntad política de la mayoría de Estados para enfrentar los desafíos que presenta un “orden” internacional agotado en condiciones muy diferentes de aquellas que generaron su nacimiento a mediados del siglo XX.

El conformismo actual tiende a sustituir la autonomía y la conciencia para aceptar el discurso neoliberal como la “opción única” que pueda convertir en sujetos económicos a miles de millones de seres humanos. Además de unos pocos jefes de Estado que cuestionan el actual estado de cosas, otro, el Papa Francisco, ha hecho cuestionamientos a la lógica de la evolución capitalista criticando cierto liberalismo que considera como prioridad producir riqueza sin consideración de los mecanismos, dejando para después las políticas redistributivas por parte de los Estados (*Telesur*, 2015).

Es urgente abrir nuevos espacios de racionalidad política, que con participación de los pueblos, pudieran contribuir a una revitalización de las democracias y a generar mayores equilibrios internacionales, necesarios para enfrentar los graves problemas que aquejan a los pueblos del mundo en conjunto.

## 2. “NOSOTROS, LOS PUEBLOS...”

La Carta de las Naciones Unidas, el tratado constituyente que dotó de estructura al máximo grado de organización que ha tenido hasta hoy la sociedad internacional, proclamó en su preámbulo la determinación firme, por parte de “nosotros los pueblos”, encaminada a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra; a reafirmar la fe en los derechos humanos; a crear condiciones propicias para mantener la justicia y el respeto a las obligaciones internacionales; y a promover el progreso social y el mejoramiento de las condiciones de vida en un entorno de libertad.

Dos constataciones se imponen, en cuanto al rol, jurídicamente vago y, a todas luces, deliberadamente modesto, reclamado para los pueblos por el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, entendible, si se considera la coyuntura colonialista posterior a la Segunda Guerra Mundial. La primera, que los pueblos como tales no estuvieron presentes en los procesos de negociación de la Carta. Ese tratado fue adoptado por los representantes diplomáticos de los Estados, de conformidad con la tradición y usos, aún hoy vigentes, del derecho internacional en materia de adopción de instrumentos jurídicos internacionales, que otorgan preeminencia a los Estados en esas materias. Lo anterior no pasaría de ser la verificación de un hecho histórico si no fuera porque, a pesar de las importantes realizaciones de la Organización de las Naciones Unidas, hay que decir, como segunda constatación, que han sido precisamente los pueblos, en varias ocasiones durante los años de existencia de esa organización, las víctimas de genocidios y violaciones sistemáticas y masivas a los derechos humanos, instigadas o cometidas, las más de las veces, desde los mismos Estados, ante la mirada impotente de esa organización.

O los pueblos fueron suplantados por los Estados en la Carta de la ONU, dentro de la más pura tradición del constitucionalismo clásico, consistente en dejar los pueblos por fuera, sin acción, pero después de haber “constituido” en su nombre, o bien la mención a los pueblos en el preámbulo de la Carta fue una cuestión de retórica, sin opciones reales para la coyuntura histórica al momento de su adopción, vaciada de contenidos sustantivos. Es decir, meramente simbólica.

Cualquiera que sea la hipótesis a asumir en esta materia, lo que hay que resaltar es que la Carta de las Naciones Unidas reconoció, pero omitiéndolo, el papel legitimador de los pueblos, necesario para cualquier organización política, y que ese papel está actualmente por realizar. No existe hoy en el mundo una Constitución política que no funde en los pueblos el poder legitimador para la organización del Estado. Y no existe razón alguna para que no sea así en la institucionalidad internacional. Es preciso rescatar hoy el rol de los pueblos, como fundamento de la legitimidad, también para las organizaciones internacionales.

Después de Auschwitz, durante siete décadas, el “universo concentracionario” extendió sus constelaciones de campos por los cinco continentes, en menor

escala, bajo el ropaje de ideologías variopintas. Analizando el significado ético y político del exterminio, Giorgio Agamben ha señalado la vigencia de Auschwitz y la necesidad de búsqueda de una nueva tierra ética, advirtiendo que ninguno de los principios éticos que nuestro tiempo ha pretendido validar resiste a la suprema prueba de una “Ethica more Auschwitz demonstrata” (Agamben, 2000, p. 6).

Por décadas, al favor de las resistencias y de las luchas de diversas organizaciones contra las arbitrariedades del poder de los Estados, ha sido posible consolidar progresivamente un sistema internacional de derechos humanos en torno a la protección de los derechos fundamentales del individuo. Si bien queda aún mucho por realizar, el papel alcanzado hoy por el individuo como sujeto de derecho internacional era impensable en los años posteriores a la creación de la ONU.

Los pueblos deben seguir ese paradigma para reivindicar no solo su condición de sujetos políticos internacionales sino también para hacer efectivo el rol constituyente que les es propio, en una praxis continua, permanente, aunque sin aspiración a crear un “poder soberano” superior ni exterior a él. Sin aspirar tampoco a la creación de un gobierno mundial, el problema del poder constituyente de los pueblos debería estar en el orden del día de los problemas internacionales.

Frente a las escalas del tiempo de la evolución humana, los pueblos del mundo tienen un poder constituyente por ejercer en la escena mundial. Es la hora de los pueblos. La refundación del sistema internacional se hará con los pueblos, cualesquiera sean los mecanismos a adoptar, necesarios para asegurar su participación real y efectiva en los asuntos internacionales. O no se hará.

### 3. GUERRAS Y HUMANIDAD

La estructura de la organización internacional actual surge con el final de una gran crisis planetaria, la Segunda Guerra Mundial. Esa gran crisis se cerró con la utilización, en agosto de 1945, por parte de Estados Unidos de América, de dos bombas atómicas contra las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki.

Setenta años después, existen más de 22.000 armas nucleares, potencialmente capaces de hacer volar en añicos el planeta varias veces.

A pesar de los progresos dirigidos a limitar el poder de destrucción y el uso del arma atómica, principalmente entre las potencias nucleares, no existen medios suficientes para impedir la proliferación de todo tipo de tráfico ni los riesgos de accidentes como en Chernóbil o en Fukuyama. Después del holocausto nuclear, a condición de repetirse las condiciones que propiciaron el milagro de la vida sobre este planeta, habría que esperar varios miles de años para que algún historiador de esa “nueva era” empezara por descifrar los discos duros de la historia de la humanidad, sobrevivientes de ese holocausto, para convertirlos a tablas de arcilla, con puntas de bambú.

Los riesgos de un holocausto nuclear no están relegados a las páginas de la ciencia ficción. Tampoco han desaparecido totalmente. Pero aún hoy, también la vida se resiste. A través de miles de organizaciones en el mundo, academias, defensores de derechos humanos y del medio ambiente, líderes políticos y religiosos, pueblos y comunidades luchan por abrir espacios para disminuir, a través del control y la eliminación de armas, el riesgo de ese holocausto que se ha cernido sobre toda la humanidad y que además, como se ha expresado tantas veces, requiere de enormes recursos financieros que bien podrían ser utilizados en educación y salud para los pueblos.

La Unión Interparlamentaria Mundial, que tiene por misión esencial la de fomentar el diálogo político entre los pueblos, promueve la adopción, entre los parlamentos de los Estados del mundo, de estándares internacionales dirigidos al desarme nuclear (Inter-Parliamentary Union, 2012).

En 2008, el secretario de las Naciones Unidas, el surcoreano Ban Ki Moon, en una intervención ante el East-West Institute, al invitar a los Estados que poseen armas nucleares a participar en las negociaciones de desarme nuclear, que podrían centrarse en una convención o en un marco de acuerdos que prohíban las armas nucleares, ha sugerido que los Estados que poseen armas nucleares podrían asegurar a los Estados desprovistos de la temible arma, que estos últimos no serán el blanco del uso o amenaza de uso de armas nucleares (United Nations Office for Disarmament Affairs, s.f.). Nada excluye que los pueblos puedan también promover, participar, e incluso ser mediadores y protagonistas en ese tipo de negociaciones.

Más recientemente, en el 2012, ha expresado también el secretario general de la ONU que “el Estado de derecho está llegando al desarme nuclear” y que “los parlamentarios pueden hacer importantes contribuciones para fomentar este histórico proceso”<sup>1</sup>. Es preciso entender aquí que avanzar en la configuración del Estado de derecho a nivel global, aún sin Constitución y sin Estado mundial, demandará —en un espacio que supere a los parlamentos estatales— la acción política, en la escena internacional, de los pueblos, que son los que legitiman políticamente.

Las guerras imperiales recientes, adelantadas por las potencias militares bajo el pretexto de llevar su “modelo” de democracia a otras culturas, han demostrado no ser el medio idóneo para contribuir a la paz, ni en los países escenario de esas guerras, ni mucho menos en el mundo. Es preciso incluir, en los cálculos de las guerras, no el pretexto “democratizador”, sino las injusticias que se cometen hoy y se han cometido en el pasado contra los pueblos.

<sup>1</sup> “El estado de derecho está llegando al desarme nuclear, y los parlamentarios pueden hacer importantes contribuciones para fomentar este histórico proceso” (Ki-moon).

Esas guerras, lo mismo que las acciones terroristas, provengan de donde provengan, están dirigidas no solo contra los Estados; van también contra los pueblos. La sangre derramada es sangre de los pueblos, muchas veces de poblaciones civiles inermes. Por tanto, los conflictos que representan riesgos potenciales de acciones bélicas deberían superar la lógica de los Estados para ser mediados por los pueblos, no desde los parlamentos o poderes legislativos al interior de los mismos Estados sino desde la escena internacional. ¿Y cuál es la razón para escapar de esos poderes estatales? La respuesta está en la crisis de la idea de “representación”, que se encuentra fracturada desde hace mucho tiempo. Es una evidencia que toda iniciativa que se formule desde las instancias estatales caerá en la inercia fatal de los grandes poderes económicos y políticos que han clausurado las posibilidades de liberación de los pueblos. Estos, desde la agonística que experimentan durante más de dos siglos, no cesan de expresar las heridas y efectos de un orden que tiende a aniquilar sus expresiones políticas.

Durante siglos, con excepción de la larga Guerra Mundial de treinta años en la primera mitad del siglo XX, en particular respecto del aún llamado hoy “tercer mundo”, Occidente ha contado con “inteligencia” militar y habilidad diplomática para consolidar sus conquistas por la fuerza, imponer una fe y extender el capitalismo por el mundo, consiguiendo, con una sabia dosificación de las escalas del tiempo, que quienes se le opongan se impacienten primero, se exasperen después y finalmente se desborden.

Muchas de las acciones terroristas y varios levantamientos en armas de facciones diversas no son más que expresión de la desesperanza, mediante medios críticamente extremos que ya no reconocen el viejo orden político, por parte de pueblos de África, Asia, América del Sur, el mundo árabe y el pueblo palestino, sojuzgados y sometidos al colonialismo durante siglos por la soberbia y el belicismo de las potencias de Occidente y sus incondicionales de oportunidad. Las acciones terroristas se constituyen entonces en expresiones que pagan al sistema con la misma moneda del cinismo, exacerbando las violencias de todo tipo, demarcándose de las exiguas posibilidades que dejaba el antiguo juego político, sin foros ni mecanismos para la expresión de las reivindicaciones legítimas de pueblos y comunidades.

En un estudio sobre la barbarie de Occidente, principalmente de Europa, Edgar Morin sustenta el carácter contradictorio y a la vez complementario de los conceptos de cultura y barbarie. Morin, para quien pensar la barbarie es contribuir de alguna forma a recrear el humanismo y por tanto resistirse a ella, reivindica que el Viejo Continente produjo el humanismo y el universalismo y lo que él llama “antídotos a su propia barbarie”. Recomienda que, en un proceso de recreación permanente de la democracia y el humanismo, la barbarie sea reconocida como tal, sin simplificaciones ni falsificaciones de ningún tipo, reconocimiento que debe

referirse a todas las víctimas y debe pasar por el conocimiento de lo que pasó y de la complejidad de esas tragedias colosales<sup>2</sup>.

Si bien Europa logró desarrollar “antídotos a su propia barbarie”, no puede desconocerse que los pueblos oprimidos y sometidos al colonialismo y al nazi-fascismo desarrollaron sus propias resistencias reales y efectivas contra esas formas de barbarie. Y si hoy “la barbarie nos amenaza” —como advierte Morin—; si “en el seno del desierto amenazador de la barbarie” la democracia necesita “recrearse de manera permanente”, son los pueblos los que deben consolidar también hoy, colectiva e institucionalmente, su capacidad de resistencia a lo que Morin llama “períodos paroxísticos”.

No puede considerarse que los “períodos paroxísticos” a los que se refiere Edgar Morin sean solamente los del nazi-fascismo en la Europa de primera mitad del siglo XX. Además de subsistir en varios continentes, incluyendo obviamente Europa, esos períodos paroxísticos son también los del capitalismo financiero, tan actuales y devastadores.

El argumento para la reivindicación del humanismo, necesario en estos tiempos de incertidumbres, puede encontrarse también en Edward W. Said, quien estima que es la única y última resistencia de que disponemos contra las prácticas inhumanas y las injusticias que desfiguran la historia de la humanidad. En su argumentación, el profesor estadounidense de origen palestino centra el humanismo en la acción de la individualidad humana y de la intuición subjetiva, no en ideas preconcebidas ni en el reconocimiento de autoridad alguna.

No pueden perderse de perspectiva las duras críticas de Said a la manipulación con fines colonialistas que se ha hecho del concepto tradicional de humanismo. Para ese autor, una verdadera integración y globalización intelectual del mundo exigen una continua revisión, replanteamiento y revitalización de las humanidades y el humanismo, pues cuando se momifican en una tradición, dejan de ser lo que realmente son, para convertirse en instrumento de culto y represión (Said, 2014).

Una interpretación radical no solo del humanismo y de “lo que sigue”, sino también del inhumanismo como dimensión humana englobada por la dimensión tecnológica, puede ser encontrada en Jean-Francois Lyotard, quien propone el escenario para el debate entre los que propugnan el humanismo, el posthumanismo, el inhumanismo y el antiinhumanismo, debate que está lejos de ser agotado. Para el filósofo francés, la sociedad posthumanista está siendo permeada con fuerza por los valores del inhumanismo, bajo las formas del desarrollo capitalista y de

<sup>2</sup> Para el presente análisis el autor ha seguido la edición en español (Morin, 2006). El título de la obra original en francés es *Culture et barbarie européennes* (Bayard, 2005). Tal vez, la razón de ser del título de la obra en español pueda ser explicada por los análisis que hace el autor sobre las acciones bélicas de los Estados Unidos de América en Japón, al finalizar la segunda guerra mundial.

la tecnociencia. En menoscabo de la democracia, lo inhumano está cercando a lo humano a través de la tecnología médica, la inteligencia artificial y la vida artificial. El razonamiento de Lyotard tiene el mérito de poner el interrogante sobre el significado mismo de lo “humano”, planteando la posibilidad de un humanismo posthumanista y apostando por una sociedad en la cual valores e ideales humanistas puedan ser considerados con escepticismo, aunque admitiendo que son el único recurso que queda para contrarrestar los efectos de ese inhumanismo tecnocientífico (Stuart, 2005).

La reflexión sobre un nuevo humanismo está abierta. Un nuevo humanismo está por construir, que trascienda el referente del individuo, para refundar una *comunidad* basada en los pueblos; en las posibilidades de supervivencia de los pueblos y en sus diferencias y disensos culturales; en su capacidad para producir una propia historia resistiendo a la uniformización cultural del mundo que se quiere imponer desde Occidente a partir de la “mercantilización” de las producciones culturales y de la pretendida supremacía de una cultura sobre las demás.

Si, como expresó Ronald Reagan, “las naciones no se tienen desconfianza porque están armadas sino que se arman porque se tienen desconfianza”, un constituyente mundial permanente de los pueblos debería promover un diálogo civilizacional cuya finalidad sería desactivar los conflictos que requieren atención más urgente. Hay que escuchar a los pueblos. Se trate de guerras imperiales o neocoloniales; de acciones terroristas específicas por grupos específicos, siempre las víctimas serán los pueblos. Y tratándose de una conflagración nuclear, será la extinción total de los pueblos y de toda forma de vida sobre el planeta.

En julio de 1955, la organización Pugwash, entonces aún en ciernes, dio a conocer en Caxton Hall, Londres, a través del filósofo Bertrand Russell, una Declaración sobre las Armas Nucleares, suscrita por diez eminentes científicos de diversos países del mundo entre los cuales Albert Einstein dejaba en claro, en un contexto de Guerra Fría, que ninguno de los dos bloques ideológicos que se disputaban la hegemonía del mundo podría aspirar a la victoria en un enfrentamiento nuclear, alertando sobre el peligro real de exterminación de la raza humana como consecuencia del polvo y la lluvia de las nubes radioactivas.

En esa declaración, conocida como el “Manifiesto Russell-Einstein”, los firmantes, “en condición de seres humanos”, llamaron a todos los seres humanos, a “recordar nuestra humanidad y olvidar el resto”, al escoger entre el progreso continuo en felicidad, conocimiento y sabiduría o la muerte en el Apocalipsis nuclear. Advierte el manifiesto:

*La abolición de la guerra exigirá desagradables limitaciones a la soberanía nacional. Pero lo que impide quizá comprender la situación más que cualquier otra cosa es que el término “humanidad” se siente vago y abstracto. La gente apenas advierte que el peligro es para ellos, sus hijos y sus nietos y no para un concepto de humanidad vagamente entendido. A duras penas*

*comprenden que son ellos, individualmente, y aquellos que aman, quienes están en peligro inminente de perecer dolorosamente. Y es por ello que tienen la esperanza en que, quizás, deba admitirse que la guerra continúe siempre que sean prohibidas las armas modernas (Pugwash Conferences on Science and World Affairs, 1955).*

Para los autores del manifiesto, la esperanza de una guerra con prohibición de armas modernas, “es ilusoria”.

Y es claro que la “humanidad”, que el manifiesto pide recordar y que se sentía en esa época como un concepto “vago y abstracto”, solo puede tomar, seis décadas después, la forma de “pueblos” del mundo y manifestarse a través de ellos, como única fuerza legítima en capacidad de exigir las limitaciones a la soberanía nacional y encontrar los medios pacíficos para la resolución de controversias de guerra entre los pueblos, promovidas desde los Estados.

Disipada, aunque no definitivamente, la amenaza de una tercera guerra mundial como consecuencia del final de la llamada Guerra Fría y de la caída del Muro de Berlín, con todo lo que ello simbolizó, la violencia no ha tardado en resurgir bajo la forma de guerras civiles, genocidios, limpiezas étnicas, terrorismos y terrorismos de guerra.

#### **4. ¿PODRÁ LA VIOLENCIA SER LA ÚNICA RESPUESTA A ESAS NUEVAS FORMAS DE VIOLENCIA?**

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas parece desbordado por las nuevas formas de violencia, con una estructura pesada que no le permite enfrentar con holgura viejos desafíos y nuevas formas de violencia. El privilegio —no derecho— al veto, parece dejar a unos pocos Estados, principalmente a los Estados Unidos de América, la toma de iniciativas y la cosecha de beneficios en el tablero de la geopolítica mundial, en una tendencia, cada vez más acusada, que deja a todo el sistema de Naciones Unidas en posición de observador, limitado a invocar, sin mayores efectos, el respeto al derecho internacional. El resultado caótico de la intervención en Libia demostró la incapacidad de la ONU de hacer progresar el principio de “responsabilidad de proteger”.

Las propuestas de reforma de la organización y en particular del Consejo de Seguridad, se desvanecen en el aire al vaivén de urgencias coyunturales y de los equilibrios en la geopolítica mundial, estrellándose contra el privilegio de veto de los cinco miembros permanentes y con las dificultades de un acuerdo entre las potencias regionales, sin que se vislumbren en el horizonte consensos que hagan viable una reforma real y efectiva.

Un académico estadounidense, Michael J. Glennon, ha sustentado la tesis de la obsolescencia de las normas de la Carta de Naciones Unidas sobre prohibición

del uso de la fuerza, en razón del abandono por no cumplimiento, por parte de las potencias que deciden actuar por cuenta propia, al margen de la organización. La tesis de ese autor sustenta que la excesiva violación de una norma, materializada en la costumbre internacional o en un tratado, por parte de un Estado que recurre persistente y unilateralmente al uso de la fuerza, genera el reemplazo de esa norma por otra norma que permita mayor libertad de acción sin ninguna restricción (Glennon, 2005, p. 939). Es decir, un escenario de retorno a la ley del más fuerte o el orden impuesto por la potencia imperial.

Un diálogo civilizacional debe facilitar un entendimiento entre los pueblos con el fin de determinar las bases para el futuro de la ONU. No es un asunto exclusivo de los Estados. Un diálogo de los pueblos debe sentar bases para terminar con la división maniquea del mundo, presentada sesgadamente bajo las premisas de nosotros, Occidente, la civilización, los otros la barbarie; nosotros la tolerancia, ellos el fanatismo; en nuestras fronteras la verdadera democracia, más allá del limes, el caos, la perdición y el no-futuro. Tampoco podrá construirse sobre la ilusoria superioridad de un sistema espiritual sobre otro; de una fe sobre otra.

La voz de todos los pueblos debe hacerse escuchar sobre la crisis actual de las Naciones Unidas, para legitimar cualquier reforma a esa organización e incluso para trazar sus rumbos hacia futuro.

## 5. POR LOS PUEBLOS, NO CONTRA LOS PUEBLOS

De forma amplia, puede entenderse como pueblo a toda colectividad humana con una tradición histórica propia y una cultura común, desarrolladas en un territorio o en un entorno determinado<sup>3</sup>.

En el capítulo introductorio a una obra reciente, con el evocador título de “¿Existe el pueblo?”, Michel Wieviorka trata de fijar el contenido y el sentido del concepto de pueblo, evocando las palabras de Dmitry Medvedev en el Global Policy Forum de Yaroslavl, Rusia, para la discusión permanente sobre el desarrollo del Estado moderno y la seguridad y estabilidad en el mundo, en octubre del 2010. En ese foro, el presidente ruso expresó que el pueblo puede devenir una voz, un rugido, un torrente y poner fin, con la movilización, a la dominación, la opresión, la injusticia extrema, como también cuando la democracia es débil, “decorativa” o inexistente.

En su discurso para la plenaria de ese foro, el presidente ruso retomó palabras de Karl Popper para señalar que las instituciones democráticas no se mejoran ellas mismas sino que “su mejoramiento depende de nosotros”. Indicó, también, que “nuestros esfuerzos colectivos” deben ayudarnos a la consolidación de estándares comunes en derecho internacional, pero necesitamos mejorar esa institución y

<sup>3</sup> Déclaration Universelle des Droits Collectifs des Peuples. Disponible en el sitio de Internet, <http://www.ciemn.org/pdf/fr.PDF>

confiar en la obligatoriedad del derecho universal para promover la democracia, proteger la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades (Medvedev, 2010).

Aun admitiendo que el discurso de Medvedev no escapa a algún grado de retórica onusiana, hay que resaltar que reivindica la importancia de un derecho universal obligatorio y las potencialidades para el mejoramiento de las instituciones democráticas por parte de individuos y, podría agregarse también, por parte de “nosotros los pueblos”.

Dice el sociólogo Michel Wieviorka que el pueblo, “de alguna forma inútil en la democracia”, en casos de injusticia extrema deviene “pertinente”, siendo esperado para “imponer” medidas de progreso y de justicia y para inducir o restablecer la democracia. No es de extrañar entonces, para ese autor, que “la idea de pueblo recobre cierta actualidad”, recomendando que si bien “hay que interesarse por el retorno de la idea de pueblo”, también es necesario considerarla con mesura:

*Entre más es el pueblo un agente de la historia, una comunidad que se pone en marcha, más difícil será encerrarlo en un posicionamiento político partidista: el pueblo en armas o en acción es prepolítico, o, más precisamente, es predemocrático. (Wieviorka, 2012, pp. 11 y 13)*

Si, como expone Wieviorka, el pueblo —y podría pensarse más ampliamente en los pueblos— recobra pertinencia y actualidad en su capacidad de acción para inducir democracia, justicia y progreso en casos de injusticia extrema, y si la capacidad de acción del pueblo es predemocrática, esto es, fundadora de la democracia, síguese entonces, como corolario, que una verdadera democracia internacional solo podrá consolidarse con la intervención —inducción— del pueblo o de los pueblos, aun si, siguiendo la recomendación del reconocido sociólogo, hubiere que considerar esa idea con cierto grado de circunspección.

Es necesario admitir que el rol reconocido hoy, en las relaciones internacionales y el derecho internacional, al pueblo y a los pueblos en su conjunto, es algo exiguo, por decir lo menos. Son ausencias o falencias que no excluyen, desde luego, la posibilidad de que los mismos pueblos (en plural) puedan reivindicar la función de poder legitimante que les corresponde y que, como ha quedado enunciado en el presente ensayo, les reconoce, aunque sea al paso y bajo la forma de un exordio, la misma Carta de las Naciones Unidas.

Un instrumento internacional que reivindica los derechos de los pueblos (en plural), vinculándolos definitivamente a los derechos humanos, es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Ese instrumento internacional, en su preámbulo, reafirma su adhesión a las libertades y a los derechos humanos y de los pueblos, contenidos en las declaraciones, convenciones y otros instrumentos adoptados en el marco de la Organización de la Unidad Africana, del Movimiento

de Países No alineados y de la Organización de las Naciones Unidas. En cuanto a la necesidad de garantizar la efectividad de esa adhesión, los Estados parte de la Carta Africana se declaran firmemente convencidos de su deber de asegurar la promoción y la protección de las libertades y de los derechos humanos y de los pueblos, tomando debidamente en cuenta la importancia primordial tradicionalmente acordada en África a esos derechos y libertades<sup>4</sup>.

La teoría de las relaciones internacionales y el derecho internacional deberán continuar desarrollando y proyectando al futuro el nexo indisoluble entre derechos humanos y derechos de los pueblos, como una condición para mejorar, a través de mecanismos efectivos, la situación de grandes masas de población en todos los continentes, sometidas a la conculcación de derechos fundamentales, cuando no a las arbitrariedades desde el poder e incluso las masacres a poblaciones civiles.

El alcance mundial y colectivo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos quedó consignado en el texto de ese instrumento internacional al disponer que todo individuo tiene todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. El alcance verdaderamente universal de los derechos plasmados en la declaración quedó reforzado con la disposición que prohíbe categóricamente fundar distinciones basadas en la condición política, jurídica o internacional del vínculo o jurisdicción de un individuo, ni tampoco respecto del país, territorio, territorio bajo administración fiduciaria no autónomo o sometido a cualquier limitación de soberanía.

El alcance universal de la declaración, pacientemente tejido por el tesón y la ardua actividad diplomática de los promotores, principalmente Anna Eleanor Roosevelt y René Cassin, que al final de la Segunda Guerra Mundial no pasaba de ser una utopía o una noble aspiración, está hoy consolidado al punto de que puede considerarse esa declaración como obligatoria, en razón de los desarrollos que la complementan, como los pactos y convenciones internacionales y regionales de derechos humanos que, como se sabe, tienen fuerza vinculante.

El alcance universal de los derechos humanos, como aspiración o como realidad, fundamentados en la tradición de Occidente sobre la igualdad formal de todos los seres humanos, es criticado desde el relativismo moral, en un debate académico y filosófico periódicamente renovado según las formas que adquieren nuevas violencias y las violaciones a los derechos humanos.

Ese debate filosófico es necesario, aunque, tal vez, irresoluble. En todo caso, no podría ser agotado en este breve texto. Baste solamente mencionar que la univer-

<sup>4</sup> Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Préambule, Documento disponible en el sitio de Internet, <http://www.achpr.org/fr/instruments/achpr/>

salización de los derechos humanos se consolida al favor de la globalización del derecho y de las instituciones, tanto internacionales como regionales, que tienen a su cargo los sistemas de protección.

Una expresión de la forma como se viene consolidando la universalización de los derechos humanos, puede ser hallada en el documento final de la Cumbre Mundial, llevada a cabo en septiembre del 2005, en Nueva York, con participación de 191 Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas. En el documento final de dicha cumbre, la más grande reunión de líderes mundiales en la historia, se reafirma (párrafo 121), que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, están interrelacionados, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, deben ser tratados de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y con la misma atención. Ese documento reconoce, sin embargo, la importancia de las “peculiaridades” (“particularidades”, en el texto en inglés) nacionales y regionales, lo mismo que los diversos antecedentes históricos, culturales y religiosos, a ser tenidos en cuenta por todos los Estados, que, independientemente de su sistema político, económico y cultural, están en la obligación de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (United Nations, 2005).

Ya desde 1981 Michel Foucault, en un texto breve pero contundente, leído en apoyo a los refugiados que huían por mar de sus países —*boat people*— debido a violaciones masivas a los derechos humanos, expuso claramente la necesidad de oponer una ciudadanía mundial contra los abusos de poder de los gobiernos:

*existe una ciudadanía internacional que tiene sus derechos, que tiene sus deberes y que nos compromete a levantarnos contra todo abuso de poder, cualquiera sea el autor, cualesquiera sean las víctimas, pues después de todo, todos somos gobernados y debemos, por tanto, ser solidarios.*

Desde hace más de treinta años Foucault constató el surgimiento de un nuevo derecho de los individuos privados, que va más allá de la mera indignación, para intervenir efectivamente “en el orden de las políticas y de las estrategias internacionales” y para levantarse ante aquellos que detentan el poder (Foucault, 1984, p. 22). Al constatar la existencia de una “ciudadanía internacional”, Foucault dio origen a un concepto que engloba una instancia distinta en el paisaje político contemporáneo por fuera de los aparatos y los constreñimientos de una vieja institucionalidad. Esa nueva categoría encuentra relaciones decisivas con el concepto de “poder constituyente de los pueblos” expuesto en el presente ensayo.

El informe anual del 2014, de Amnistía Internacional, una de las organizaciones más reconocidas por su trabajo objetivo en materia de derechos humanos y por el amplio espectro de cobertura en todos los países, constituye un buen referente sobre la situación —habría que decir degradación— de los derechos humanos en el mundo.

Amnistía Internacional empieza su informe indicando que el 2014 fue un año demoledor para los derechos humanos, en particular para los civiles que quedaron atrapados en las zonas de guerra, constatando el fracaso lamentable de los Estados y de las Naciones Unidas en la protección de las personas que más lo necesitan, situación que, considera esa organización, se puede y se debe cambiar de una vez por todas, para lo cual recomienda el respeto a las normas del derecho internacional humanitario que establecen claras diferencias entre población civil y combatientes en un conflicto armado. Refiriéndose específicamente a la situación en Siria, la organización cuestiona al Consejo de Seguridad de la ONU por haber eludido abordar la crisis en ese país durante los años anteriores, habiendo podido salvar muchas vidas, omisión que para el 2014 ha generado la muerte de más de doscientas mil personas, la mayoría civiles, el desplazamiento de cuatro millones de refugiados hacia otros países y un estimado de ocho millones de refugiados internos (Amnistía Internacional, 2015, pp. 2-3).

Amnistía Internacional hace un llamado a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para que adopten un código de conducta que les permita renunciar al veto en casos de violaciones masivas de derechos humanos, propuesta que si bien es realizable y podría contribuir eficazmente a hacer avanzar la causa de los derechos humanos, no parece haber tenido acogida real, sobre todo entre los países que gozan de ese privilegio.

Las violaciones masivas a los derechos humanos plantean la necesidad de una reflexión sobre la relación entre Estados y pueblos como poder legitimador. No deja de ser una lancinante paradoja que algunos Estados masacren a sus pueblos, pues son estos los que legitiman el poder de aquellos.

Difícil no evocar aquí el mito de la rama dorada y los mitos del rey sagrado que Sir James George Frazer tomó de un verso de *La Eneida* de Virgilio y que documentó como universal en las culturas de todos los continentes, basado en que todas las religiones primitivas poseen características en común, por lo cual la justificación de los principios de algunas costumbres mágicas o religiosas pueden servir también para comprender el significado de otras formas mágicas o religiosas (Ackerman, 2002).

La esencia del mito puede ser resumida brevemente así: cuando el rey comienza a envejecer, debe ser reemplazado a través de un ritual extraño y brutal, consistente en que el pretendiente al trono debía matar al rey después de haber obtenido una rama del árbol sagrado cerca del cual el rey tenía su morada.

En ese mito que Frazer pretende universal, el antropólogo escocés asocia la muerte y el renacimiento del rey-dios-mago a los ritos agrícolas y a los ciclos de la naturaleza. El rey encarna la unidad de la comunidad y la supervivencia del grupo. La vejez y la enfermedad amenazan esa unidad y las posibilidades de supervivencia de la comunidad. Solo existe un medio radical para enfrentar la decadencia de

las fuerzas físicas del rey: eliminarlo para que su alma o esencia sea transmitida a un sucesor más vigoroso, con renovadas energías. Será siempre un proceso crítico para cualquier comunidad<sup>5</sup>. Es un viejo mito, estudiado por la etnología y analizado provechosamente por Luc de Heusch, en *Le roi ivre et l'origine de l'État* y Elías Canetti, en *Masa y poder*.

Los instrumentos de derechos humanos exigen hoy la innovación y adopción de instrumentos internacionales promovidos por los mismos pueblos en función de su poder constituyente, con mecanismos eficaces que impidan la masacre de los pueblos por los Estados. De otra forma, los derechos humanos, tal como hoy existen, seguirán siendo una mera opción, sin obligatoriedad determinante para todos los Estados y, sobre todo, sin mecanismos eficaces para prevenir genocidios y barbaries.

La opción de una “convocatoria” a ese poder constituyente, bajo formas ajenas a la representación, basada en el principio de la existencia de una “voluntad” (el *conatus* de Spinoza) más que de una representación legitimada en alguna instancia u organización ya existente, no puede ser desechada. El problema queda abierto sobre los mecanismos para dar forma a una voluntad, que en esencia es “fuerza” más que “forma”. ¿Cómo lograr que las dinámicas de una fuerza legitimante y verdaderamente transformadora no se dispersen en las formalidades propias de la representación?

## 6. LAS ORGANIZACIONES FINANCIERAS

La crisis financiera mundial que inició en 1929 y la terminación de la Segunda Guerra Mundial, fueron factores determinantes para la creación, promovida por los aliados con apoyo de cuarenta Estados más reunidos en la Conferencia de Bretton Woods, de un sistema financiero cuyos objetivos principales serían contribuir a la estabilización del sistema financiero internacional, la prevención de las crisis económicas y la reconstrucción de una Europa devastada por la guerra.

Como resultado de esas negociaciones, en 1944 son creados el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Siete décadas después, los objetivos de esas organizaciones están lejos de ser realizados, en particular en cuanto al cumplimiento del objetivo consistente en enfrentar las crisis y contribuir a la estabilización del sistema financiero. Sustentando la incapacidad de las instituciones financieras para regular el sistema financiero mundial, Josepha Laroche ha señalado que un mundo más heterogéneo y anómico que nunca, debería incitarnos a considerar el caos internacional al que puede conducirnos la ausencia de un verdadero marco de regulación. Según esa autora, profesora en la Universidad de París, los Estados ya no están en capacidad de controlar los procesos de producción, de orientar los

<sup>5</sup> Sobre la obra de Frazer se podrá consultar el interesante estudio de Jean-Francois Dortier (2012).

intercambios, ni de encuadrar la financiación de la economía mundial, como no pueden tampoco conciliar los objetivos internos de sus políticas económicas con las presiones internas, tanto comerciales como financieras (Laroche, 2014, p. 379).

No será de extrañar que nuevas crisis financieras mundiales sobrevengan en el futuro, cada vez con mayor intensidad y mayor capacidad para limitar los servicios sociales y los derechos de pueblos e individuos.

Joseph Stiglitz recogió acertadamente los consensos existentes sobre la ineficacia de las organizaciones financieras internacionales, al advertir sobre la necesidad de repensar las premisas que han sustentando la política monetaria durante los últimos veinticinco años: la política monetaria no ha servido adecuadamente a nuestras economías ni a nuestras sociedades; puede decirse que ha contribuido a la intensificación de las crecientes desigualdades que han marcado a la mayoría de países en el mundo. Para el profesor Stiglitz, de lo que no puede haber dudas es de que no solo esas organizaciones han fracasado en la estabilización de la economía, sino que la forma como algunos bancos centrales han conducido la política monetaria ha sido factor en las grandes crisis de los últimos setenta y cinco años (Stiglitz, s.f.).

Son variadas las críticas a la estructura antidemocrática de las dos principales organizaciones internacionales financieras, que es preciso mencionar en el presente artículo, siendo tal vez el más importante el sistema de votaciones de los Estados aportantes. En el caso del Fondo Monetario Internacional, cada Estado miembro dispone de un número de votos básicos que corresponde al monto de los aportes, lo cual otorga un peso mayor, en los procesos decisorios, a los mayores aportantes, los países desarrollados. Esa preeminencia sobre los países en vías de desarrollo ha demostrado ser desastrosa para grandes masas de población, principalmente en los países en vías de desarrollo, beneficiarias de las políticas del Fondo.

Visto desde la lógica del capitalismo, podría aparecer como casi obvio que quien aporte mayores recursos en capital tenga preeminencia en el sistema de votaciones. Desde la lógica de los pueblos, aparecerá que son estos los aportantes, a través de impuestos, de las contribuciones de los Estados y son los mismos pueblos los destinatarios de las políticas de las organizaciones financieras internacionales, que algunos, como los pueblos de América del Sur y África, durante las décadas de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado, recibieron como exigencia de sacrificio, pero que en realidad fueron casi atentados a su supervivencia.

Por tanto, los pueblos deberían participar en las reformas para la democratización de esas organizaciones o en la creación de otras nuevas, desde una praxis constituyente, equilibrando, como prioridades, el bienestar de los pueblos con la estabilidad del sistema financiero. Un nuevo derecho administrativo global, en proceso de consolidación, podría aportar principios y elementos para introducir,

en esas organizaciones, transparencia, responsabilidad, prohibición de apoyo a regímenes dictatoriales y promotores de violaciones masivas a los derechos humanos, reglas justas en materia de empréstitos internacionales y garantías de no cambio en las reglas para el pago de la deuda externa de los países en vías de desarrollo.

Pierre Dardot y Christian Laval han reflexionado el problema del común, que reivindica la lucha anticapitalista junto con la ecología política, para postularlo como el término central de alternativa política para el siglo XXI. Para esos dos autores, puesto que el neoliberalismo se ha impuesto construyendo un “cuadro institucional” al interior del cual se da libre curso a la lucha sin piedad entre los individuos y los pueblos, el común es el objeto del acto a instituir, pues el común es un asunto de institución y de gobierno (Dardot, 2014, p. 571-581). La tesis de esos dos académicos contribuye a sustentar la propuesta de una constituyente mundial de los pueblos, que pueda romper con el neoliberalismo para desmontar su “cuadro institucional”, sustituyéndolo por otro.

En un celebrado libro que ha transformado las percepciones y el discurso sobre las desigualdades, Thomas Piketty, entre otras propuestas, sustenta la necesidad de innovar en materia económica instaurando un impuesto mundial y progresivo sobre el capital, acompañado de una mayor transparencia, “institución” que permitiría evitar una espiral de desigualdad sin fin y de regular eficazmente la inquietante dinámica actual de la concentración mundial de los patrimonios (Piketty, 2013, p. 890).

No parece, hasta el presente, que el postulado de Piketty haya generado propuestas innovadoras concretas para hacerlo realidad. Parece muy poco probable que esas propuestas puedan venir de los Estados ni, menos aún, de las organizaciones internacionales. ¿Y si vinieran de un constituyente mundial de los pueblos?

## 7. SUPERVIVENCIA

Unos miles de años de evolución del ser humano le han convertido en el máximo depredador que pone en peligro las posibilidades mismas de la evolución de la vida sobre el planeta, iniciada hace miles de millones de años, lo cual hace recordar la observación de Emil Cioran, cuando advirtió que al permitir al humano la naturaleza habría cometido, más que un error de cálculo, un atentado contra ella misma. La crisis ambiental, signada por las leyes del capitalismo tardío, la explotación a ultranza de los recursos naturales y la degradación notoria de los ecosistemas, alcanza dimensiones planetarias con el cambio climático.

Dos aspectos merecen ser analizados en el presente artículo: los consensos científicos alcanzados alrededor de los cambios reales y efectos devastadores en el sistema climático y, por otra parte, la capacidad de movilización de los movimientos ecológicos y de defensa del medio ambiente.

Si hace dos décadas se ponía en cuestión la validez de las tesis científicas sobre el cambio climático, en la actualidad los científicos han alcanzado certeza sobre las alteraciones al clima de nuestro planeta.

Otro poeta, Constantino Kavafis, escribió que los sabios saben lo que se aproxima. Y los sabios en materia del clima saben lo que se aproxima y nos hablan a través del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) y el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), creado en 1988 con el fin de proporcionar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta.

En su informe del 2014, el panel ha ratificado certezas científicas consolidadas desde hace varios años, a saber, que las actividades humanas han generado como resultado la transformación general de los ecosistemas planetarios, constituyéndose, en el largo plazo, en una seria amenaza para el mantenimiento de la vida en la tierra.

Según el panel, la influencia humana sobre el sistema climático es clara y las emisiones antropogénicas recientes de efecto invernadero son las más altas en la historia. Los cambios climáticos recientes han tenido amplios impactos en los sistemas humanos y naturales. El calentamiento del sistema climático “es inequívoco” y los cambios observados desde mediados del siglo pasado no tienen precedentes respecto de décadas pasadas e incluso milenios. La atmósfera y los océanos se han calentado, los niveles de los glaciares han disminuido y el nivel del mar ha aumentado (Intergovernmental Panel on Climate Change, 2014).

Las anteriores constataciones no pasarían de ser un recuento de explicaciones sobre las causas verificables de alguna catástrofe, si no fuera porque, de lo que se trata aquí, es de señalar la desconexión entre las certezas científicas firmemente adquiridas o inequívocas y la incapacidad de acción para prevenir lo que se aproxima. La gran paradoja del calentamiento global es el “congelamiento” de la acción que se expresa en las dificultades de varias décadas para alcanzar los consensos diplomáticos globales entre los Estados, necesarios para revertir —aún a tiempo— las dinámicas que están afectando el clima del planeta.

Un duro cuestionamiento a la insuficiente gestión de muchos Estados en materia ambiental puede ser encontrado en la Declaración del Foro Alternativo sobre Cambio Climático, adoptada en octubre del 2011 por miembros de comunidades y organizaciones sociales campesinas, pueblos indígenas, afrodescendientes, académicos, estudiantes, organizaciones de mujeres, de la región mesoamericana, en la cual se hace un fuerte cuestionamiento al principio de representatividad con que operan los Estados en la crisis ambiental, consistente en la exclusión de los pueblos que viven en sus fronteras, rechazando por esa razón los mecanismos antidemocráticos de gobiernos y organismos internacionales, generadores de falsas

soluciones, llamando a reconocer la dignidad humana, como también la paz y la justicia entre los pueblos respecto de la Madre Tierra<sup>6</sup>.

Las manifestaciones contenidas en esa declaración son reivindicaciones legítimas, que coinciden con expresiones de muchos pueblos del mundo y muestran un desfase entre el ejercicio de acciones ineficaces de la mayoría de Estados para enfrentar como corresponde el problema del cambio climático, y por otra parte la voluntad de comunidades y pueblos. Se trata de que esas expresiones de voluntad dejen de ser meramente “alternativas” para que pasen a tener legitimidad política, pues el poder legitimador de los pueblos es mayor que la suma de las soberanías de Estados, hoy enfeudados a las leyes del crecimiento económico. La crisis ambiental planetaria constituye el espacio propicio para establecer una nueva relación política entre pueblos y Estados.

El trabajo de una periodista estadounidense, Elizabeth Kolbert, en un libro bien documentado sobre el cambio climático, mientras alerta sobre las tentaciones de autodestrucción, reales y actuales, de “una sociedad altamente tecnológica”, expone con claridad los interrogantes sobre los efectos cada vez más catastróficos del cambio climático: ¿reaccionaremos finalmente diseñando una respuesta global? ¿Nos retraeremos hacia formas cada vez más estrechas y destructivas de egoísmo? (Foro Alternativo sobre Cambio Climático, 2011).

Una exigua minoría que pretende atrincherarse en los dictados de las lógicas del capitalismo financiero no puede imponer el egoísmo de su voluntad sobre todos los pueblos del mundo. Además, la prioridad de sobrevivir a la crisis ambiental planetaria, en particular al cambio climático, es de los pueblos, no de los Estados.

## 8. PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIONALIZACIÓN

En 1994, la profesora Monique Chemillier-Gendreau escribió sobre la necesidad de construir un espacio público a escala mundial, señalando que el sistema actual de la sociedad mundial es rudimentario e inadaptado: “un derecho para el mundo, todavía hoy inexistente, está por inventar en sus valores, como también en sus procedimientos” (Chemillier-Gendreau, 1995, p. 12).

Dos décadas después, ese reto está aún por realizar, aun si, habrá que convenir, las líneas de pensamiento de autores diversos, las dinámicas mismas de la mundialización y las luchas de organizaciones y defensores de derechos humanos, del medio ambiente y los movimientos antiglobalización y alternativos, están marcando resistencias a un mundo elemental pero atroz, regido por un discurso neoliberal que pretende reducirnos a todos a la condición de sujetos políticos limitados,

<sup>6</sup> Declaración del Foro Alternativo sobre Cambio Climático, Foro Alternativo sobre Cambio Climático, Ciudad de Panamá, Octubre 2 de 2011. Documento disponible en el sitio de Internet, <http://www.sosclima.org/declaracion-del-foro-alternativo-sobre-cambio-climatico-panama-2011>

simples fichas en el engranaje del capitalismo predominantemente financiero. Un espacio público mundial para la construcción de una democracia global y para la expresión política institucionalizada de los pueblos está aún por construir.

Una constituyente mundial de los pueblos encuentra su razón de ser en el decaimiento del sistema de las Naciones Unidas y en la progresiva constitucionalización del derecho internacional, como consecuencia de la tensión entre la soberanía de los Estados y la consolidación de estructuras jurídicas supranacionales de diverso orden.

Antonio Negri ha propuesto el estudio del poder constituyente no como simple producción de normas sino como subjetividad ordenadora de este y reguladora de la política democrática, es decir, identificada con el concepto mismo de política. Para el filósofo italiano, el poder constituyente es una subjetividad colectiva que “se desvincula de todas las condiciones y de todas las contradicciones a las que, de vez en cuando, su fuerza constituyente es sometida sobre las articulaciones de la historia política y constitucional” (Negri, 1994, p. 394).

Félix Guattari advirtió sobre el hundimiento de la subjetividad en el vacío de los entramados del lucro y del poder, como resultado del caos capitalista y del microfascismo que prolifera en nuestras sociedades, frente a lo cual resultará vano apelar al respeto a la moral y a los derechos actuales. En una reflexión en la cual describió el malestar de nuestra civilización, Guattari señaló que el rechazo al estatuto de los medios actuales, junto con la búsqueda de nuevas interactividades sociales, la creatividad institucional y un enriquecimiento de los universos de valores, constituirían una etapa importante en el camino para una refundación de las prácticas sociales, la valorización de la ecología y la preservación del medio ambiente (Guattari, 1992).

En el año 2000, a propósito del tránsito de un milenio a otro en las convenciones del calendario gregoriano occidental, Amartya Sen hizo una interesante reflexión sobre el alcance de la razón en Oriente y en Occidente, evocando el papel histórico de Akbar el Grande, emperador mongol de la India (1556-1605), quien sentó las bases del secularismo y de la neutralidad religiosa del Estado, respetando y tomando en consideración la extrema diversidad religiosa y espiritual del subcontinente. El profesor bengalí rescata para el mundo de hoy la visión de Akbar, quien comprendió, antes de la Ilustración en Occidente, que para enfrentar los problemas sociales de su tiempo era más importante la búsqueda de la razón que el respeto a la tradición.

Concluye Amartya Sen su ensayo resaltando el papel que debe jugar la razón, especialmente importante para la innovación en materia moral, cuyo alcance indiscutible no puede ser afectado por la sicología del instinto ni por la diversidad cultural existente en el mundo, siendo esa razón necesaria para todos por igual, sobre todo cuando se trata de enfrentar los fantasmas y las atrocidades de hoy (Sen, 2000).

Una constituyente mundial de los pueblos sería el foro para un diálogo civilizacional de Oriente y Occidente; del Norte y el Sur, para darle un nuevo alcance a la razón en los problemas del mundo, con participación de las tribus indígenas y autóctonas de África, Asia, Oceanía y América, que tienen para compartir con los demás pueblos sus visiones del mundo.

Nuevas interactividades sociales y formas de democracia podrían abrirse espacio, que no reduzcan el individuo a la mera condición de sujeto económico sino que reconozcan su proceso de liberación como perteneciente a colectividades culturales y económicas: una democracia global de los pueblos y por los pueblos, para la liberación de los pueblos.

Alain Touraine ha puesto de presente que la cultura política, base de la democracia, no puede ser identificada ni con el multiculturalismo ni con el universalismo integrador y que la esencia de la cultura política radica en un esfuerzo de combinación de la unidad y la diversidad; de la libertad y de la integración. Para el sociólogo francés,

*el espíritu democrático se basa en una conciencia de la interdependencia de la unidad y la diversidad y se nutre de un debate permanente sobre la frontera, constantemente móvil, que separa a una de otra, y sobre los mejores medios de reforzar su asociación. (Touraine, 2006, p. 28)*

En Oriente, el pensamiento de Confucio, origen primero o remoto de los derechos humanos y de la Sociedad de Naciones y las Naciones Unidas, propuso la idea de una “gran unión de los pueblos”. Desde otro sistema espiritual de Oriente, el Dalai Lama, basando su argumento en nuestra mera condición de seres humanos, en nuestra búsqueda de la felicidad y en la necesidad de evitar el sufrimiento, ha señalado la importancia de aceptar la unicidad (*oneness*) de la humanidad, más allá de nuestra pertenencia a una nación u otra; a una religión u otra; a una ideología u otra, clamando a la vez por un principio de “responsabilidad universal” (The 14th Dalai Lama of Tibet, 2015).

Dos caminos podrían ser considerados, inicialmente, para la convocatoria a una asamblea mundial de los pueblos. El primero, el marco institucional que ofrece la misma Organización de las Naciones Unidas. Es un camino que no podría ser desechado. No hay que perder de vista, como lección de la historia, que una de las mayores transformaciones políticas de todos los tiempos, en la Francia del siglo XVIII, no se hizo *ex nihilo* sino sobre las ruinas del antiguo régimen, en particular sobre los Estados Generales, institución creada por la monarquía a comienzos del siglo XIV. El segundo camino, una convocatoria abierta, a manera de una cumbre social o medioambiental como la de Río de Janeiro en 1992, pero no en el marco de las Naciones Unidas, propuesta que presupone la dificultad de encontrar una base institucional para la convocatoria y su ulterior desarrollo. Ambas alternativas presentan el problema de la representación.

En ambos escenarios, los pueblos, los movimientos de base, las organizaciones populares, de minorías y de defensa de derechos humanos y el medio ambiente, academias y universidades, las organizaciones sindicales, indígenas, campesinas, religiosas y estudiantiles, podrían promover la adopción política y jurídica de un pacto internacional entre los pueblos y sobre los derechos de los pueblos, que complementarí­a el actual sistema internacional de los derechos humanos.

En una reflexión sobre la situación del derecho internacional en un escenario posnacional, Jürgen Habermas ha señalado que la disputa sobre el orden mundial ya no se da entre los ideales kantianos y el realismo de Carl Schmitt, sino entre la juridificación de las relaciones internacionales, es decir, entre la constitucionalización del derecho internacional y la política unilateral de una potencia que pretende imponer su orden (Habermas, 2008, pp. 9-10, 25-26). En otras palabras, para Habermas la controversia no radica ya en propender los objetivos de seguridad y estabilidad ni en la construcción de un espacio intercultural para la democracia y los derechos humanos, sino en pensar y definir las vías para hacer realidad, de la mejor manera posible, tales objetivos.

Durante las dos últimas décadas, con la caída del Muro de Berlín, los procesos de globalización han contribuido a consolidar el constitucionalismo global y la constitucionalización del derecho internacional, constituyéndose en un problema filosófico de capital importancia para el derecho internacional y las relaciones internacionales.

El constitucionalismo global ha sido definido como una agenda académica y política que identifica y aboga por la aplicación de los principios del derecho constitucional al derecho internacional, con miras a mejorar la efectividad y la equidad del orden jurídico internacional (Peters, 2009).

Dos autores, Jeffrey Dunoff y Joel Trachtman, han advertido que la constitucionalización no es un problema de uniformización y que la constitucionalización internacional será inevitablemente diferente de la constitucionalización a nivel nacional, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. También señalan la urgencia de adoptar un enfoque funcionalista, que concentre atención sobre los propósitos para los cuales deben servir las normas constitucionales internacionales. Esas funciones son tres: la primera, las normas constitucionales internacionales autorizan o habilitan la creación del derecho internacional; la segunda, algunas normas constitucionales internacionales constriñen o limitan la producción del derecho internacional, como es el caso de las normas de *ius cogens*; tercera, las normas constitucionales internacionales surgen en respuesta a deficiencias detectadas en los órdenes constitucionales internos, principalmente aquellas que surgen como resultado de la globalización (Dunoff y Trachtman, 2009).

Un factor que ha favorecido los procesos de constitucionalización del derecho internacional es la proliferación de regímenes internacionales más allá de los

Estados, en los cuales se producen mezclas normativas de derecho internacional y de los derechos internos. La consolidación de esos regímenes internacionales, acompañados del surgimiento de organizaciones internacionales de carácter global y regional, es particularmente notable en materia de derechos humanos, de comercio y en materia de mares y océanos (Rengifo, 2011).

El proceso dialéctico de constitucionalización del derecho internacional y de internacionalización del derecho constitucional va acompañado de los desarrollos, aunque por ahora incipientes, de un derecho administrativo global. Esa rama del derecho, en proceso de consolidación, tiene por objeto la definición de principios, mecanismos y prácticas para promover, o influenciar, la responsabilidad de los operadores administrativos globales y garantizar el respeto de estos últimos a estándares de transparencia, participación, motivación, legalidad y recursos, en el marco de sus reglas de funcionamiento y de sus procesos decisorios<sup>7</sup>. Tal como ha sido enunciado, se trata de un derecho procedimental, en busca de legitimidad democrática y constitucional, que tendría aplicabilidad muy útil para el ejercicio de las organizaciones internacionales financieras en materia de deuda externa.

La especulación financiera alcanza una de sus cumbres con los llamados “fondos buitres” (*vulture funds*), en alusión al ave rapaz que se alimenta principalmente de animales muertos, detectados por un agudo sentido de la vista. Los fondos buitres son fondos de capital o fondos de inversiones de alto riesgo (*hedge funds*) que invierten en la deuda pública de una entidad o de Estados que se encuentran en situación de quiebra o próximos a la quiebra, con lo cual las deudas de estos últimos quedan equiparadas a cualquier activo y por ende entran al campo de los negocios financieros especulativos. Lo que caracteriza a los fondos buitres es la falta de regulación, que permite a los fondos adquirir bonos devaluados al veinte o treinta por ciento de su valor para “demandar” posteriormente, judicialmente, el pago del cien por ciento del valor de los bonos, como ha sido el caso reciente contra la Argentina. Son una amenaza para las democracias, que se nutren de un sistema financiero globalizado sin controles, en el cual son los prestamistas, que buscan colocar o invertir sus excedentes financieros, quienes, principalmente, son el origen de los procesos de endeudamiento, en una especie de *laissez-faire* global bien organizado, respecto del cual no parece que hubiera intenciones de regulación; tal es la fuerza y el poder de las grandes firmas y corporaciones financieras interesadas en mantener ese estado de cosas a través de presiones a miembros de congresos, parlamentos y altos funcionarios de los Estados (Damgé, 2013).

<sup>7</sup> La autoría del concepto de derecho administrativo global ha sido reconocida al jurista y economista alemán Lorenz von Stein (1.815-1.890). Ver, Kingsbury, Benedict, The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law, *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 1, 2009, p. 23-57. Este autor es también promotor de un Proyecto de Investigación en Derecho Administrativo Global en la Universidad de New York, School of Law Institute for International Law and Justice, conjuntamente con el Center on Environmental and Land Use Law. Ver, Kingsbury, Benedict, Nico Krisch and Richard B. Stewart, The Emergence of Global Administrative Law, *Law and Contemporary Problems*, Volume 68, 2005.

El proceso de constitucionalización del derecho internacional no podrá entenderse como la uniformización de los diversos sistemas jurídicos, ni de las culturas del mundo. Las incertidumbres que surgen hoy de los procesos de constitucionalización del derecho internacional, expresadas en primera línea de los debates filosóficos sobre presente y futuro del derecho y del sistema internacional, provienen del hecho de que tales procesos son pensados en el marco de la recíprocamente limitada capacidad de acción de los Estados y de la estructura misma del sistema internacional actual. No es de extrañarse entonces que Jürgen Habermas se pregunte si la constitucionalización del derecho internacional aún tiene alguna probabilidad, frente a sus críticos:

*el proyecto kantiano de un orden cosmopolita no solo debe confrontar la objeción tradicional de los 'realistas' que reafirman la primacía casi ontológica del poder bruto sobre el derecho sino también la de otros oponentes surgiendo actualmente que abogan por el ethos liberal de un súper poder como alternativa al derecho (Habermas, 2008, p. 116).*

Habría que agregar un nuevo interrogante a la discusión sobre los procesos de constitucionalización del derecho internacional: ¿tiene futuro la constitucionalización del derecho internacional sin una toma en consideración de los pueblos, de su poder legitimante, de sus luchas, de sus resistencias y de sus aportes desde diversas perspectivas culturales? Cabe también preguntarse: ¿dónde está la acción de los pueblos?

En un ensayo publicado en 1998, Isaiah Berlin, constatando la pluralidad de valores y de ideales que, cualquiera sea su cantidad, en su opinión no son infinitos sino finitos, observaba que la posibilidad del entendimiento humano radica en que yo, desde mi carácter y mi aspecto (*semblance*) humanos, pueda comprender el por qué un individuo persigue ciertos valores y pueda ser inducido yo mismo a seguir esos valores. Berlin advertía sobre los riesgos del monismo, la antigua creencia en la existencia de una armonía única de verdades a la cual todo, si es genuino, debería adecuarse, creencia que conduce a que los conocedores de las verdades puedan ejercer poder (*command*) sobre aquellos que no las conocen (Berlin, 1997).

Escribió Isaiah Berlin:

*Podemos asumir el riesgo de acciones drásticas, en la vida personal o en políticas públicas, pero debemos saber, no olvidar nunca, que podemos estar equivocados, que la certeza sobre el efecto de tales medidas conduce invariablemente al sufrimiento evitable de los inocentes. Entonces tenemos que comprometernos en lo que se conoce como compensaciones; normas, valores, principios deben hacerse concesiones en diversos grados para situaciones específicas [...] Lo mejor que se puede hacer, como regla general, es mantener un equilibrio precario que evitará que sucedan situaciones desesperadas, opciones intolerables, lo cual es el primer requisito para una sociedad decente; aquella por la que podemos luchar siempre, a la luz del*

*limitado alcance de nuestro conocimiento e incluso de nuestra imperfecta comprensión de los individuos y las sociedades. Cierta humildad en estos asuntos es muy necesaria* (Berlín, 1997, pp. 1-19, 17-18).

Como conclusión general del presente artículo, sobre el cual, obviamente, habrá desarrollos en un futuro, una constituyente mundial de los pueblos no podrá entenderse como un paso hacia un gobierno mundial. Tampoco podrá ser una organización total con ideas totales. Una constituyente mundial de los pueblos podrá, a lo sumo, reivindicar su papel de poder legitimante, reconocido en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, para la construcción de una democracia global en un mundo igualitario y equilibrado.

A lo menos, podrá aspirar a constituir un foro para una comunicación entre las diversas culturas del mundo, que permita determinar hasta dónde va “el universal” que nos hace a todos humanos y hasta dónde van las especificidades culturales y políticas de los pueblos, que pueda consensuarnos para enfrentar los problemas comunes a todos, en lo que Edward Said llamó “un sentido de la densidad e interdependencia de la vida”.

Los pueblos tienen la palabra. O deberían tenerla, para construir ese espacio político-cultural, en una época en la que, como ha señalado con algún recato James Cameron, primer ministro del Reino Unido, “la razón está muy infravalorada en la política”<sup>8</sup>. Se trata de recomponer las piezas de lo que un capitalismo depredador ha venido dejando de la democracia, de la subjetividad política, y del medio ambiente. A ese respecto cobra pertinencia Tony Judt cuando, cuestionando que hay algo profundamente erróneo en la forma en que vivimos hoy, advertía que nos hemos convertido en consumidores, no solo en nuestra vida económica sino también en la política<sup>9</sup>.

A los tiempos de incertidumbres sobre el futuro habrá que poner en juego “el optimismo de la voluntad”, incluso si, no podrá perderse de vista, el realismo seguirá riendo en parte las relaciones entre los Estados.

En tiempos en que, se presume, los admirables progresos tecnológicos alcanzados por los seres humanos permitirán la colonización de otros planetas en próximas décadas, no estaría de más reclamar la posibilidad, para los miles de millones de humanos que no podremos permitirnos ese viaje sideral, de mejorar las bases para una vida posible o sustentable en nuestro planeta, para el cual no existe a la vista otro de reemplazo.

<sup>8</sup> Entrevista concedida por James Cameron, Primer Ministro de Reino Unido, al Diario ABC de España. Consultada el domingo 5 de abril de 2015, disponible en el sitio, <http://abc20.abc.es/detalle/portada/-la-razon-esta-muy-infravalorada-en-la-politica-8107570.html>

<sup>9</sup> Tony Judt (2012). Título original del libro, *Ill fares the land* (mal anda el país), tomado de un verso de Oliver Goldsmith, en el poema “The Deserted Village” (1770).

Durante siglos, se ha buscado equilibrar el poder del Estado con base en la división de poderes; se trata ahora de circunscribir su capacidad de acción a los principios democráticos desde los comunes. La democracia global está por construir, redefiniendo el concepto de soberanía en función de los comunes y de la comunidad global, no como atributo de la potencia —desigual— de los Estados, ejercida unilateralmente. Tal vez, con el optimismo de la voluntad y el entusiasmo de la esperanza, los pueblos logren poner en acción su poder legitimante sentando las bases de otras formas de mundialización, allí donde los Estados no han querido y donde la ONU no ha podido.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Robert (2002). *The Myth and Ritual School: J. G. Frazer and the Cambridge Ritualists*. New York and London: Routledge.
- Agamben, Giorgio (2000). *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, Valencia: Pre-textos.
- Amnistía Internacional (2015). Informe 2014/2015, La situación de los derechos humanos en el mundo. Madrid: Artes Gráficas.
- Berlin, Isaiah (1997). The Pursuit of The Ideal. En Berlin, Isaiah. *The Crooked Timber of Humanity*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Berlin, Isaiah. (1998) Isaiah Berlin On pluralism. *The New York Review of Books*, XLV(8). Recuperado de: <https://www.cs.utexas.edu/users/vl/notes/berlin.html>
- Chemillier-Gendreau, Monique. (1995). *Humanité et Souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*. Paris: Éditions La Découverte.
- Damgé, Mathilde (2013). Comment Goldman Sachs joue avec la loi sur le “prop trading”. *Le Monde*, 10 de enero de 2013. Recuperado de: [http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/01/10/comment-goldman-sachs-contourne-la-loi-sur-le-prop-trading\\_1814798\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/01/10/comment-goldman-sachs-contourne-la-loi-sur-le-prop-trading_1814798_3234.html).
- Dardot, Pierre y Laval, Christian (2014). *Essai sur la révolution au XXIeme siecle*. Paris: Editions La Découverte.
- Dortier, Jean-Francois (2012). “James George Frazer. Le Rameau d’or et les mythes du roi sacré” en Nicolas Journet (Coord.), *La culture. De l’universel au particulier*, Editions des Sciences Humaines, Auxerre, 2002.
- Foro Alternativo sobre Cambio Climático (2011). Declaración del Foro Alternativo sobre Cambio Climático. Ciudad de Panamá, 2 de octubre de 2011. Recuperado de: <http://www.sosclima.org/declaracion-del-foro-alternativo-sobre-cambio-climatico-panama-2011>
- Dunoff, Jeffrey y Trachtman, Joel (2009). Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance. *European Journal of International Law*. Recuperado de: <http://www.ejiltalk.org/ruling-the-world-constitutionalism-international-law-and-global-governance>
- Foucault, Michel (1984). Face aux gouvernements, les droits de l’homme. *Journal Libération*, 967, 22. Paris, 30 juin-1er juillet 1984. Recuperado de: <http://ilibertaire.free.fr/MFoucault162.html>

- Giorgio Agamben (2000). *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*. Valencia: Pre-textos.
- Glennon, Michael J. (2005). How International Rules Die. *Georgetown Law Journal*, 93. Tufts University, The Fletcher School of Law and Diplomacy.
- Guattari, Félix (1992). Pour une refondation des pratiques sociales. *Le Monde Diplomatique*. Paris, octubre de 1992.
- Habermas, Jürgen (2003). *El derecho internacional en un escenario posnacional*. Buenos Aires, Barcelona: Katz Editores y Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona.
- Habermas, Jürgen (2008). Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?. En Habermas, Jürgen. *The Divided West* (p. 116). Edited and Translated into English by Ciaban Cronin. Cambridge: Polity Press.
- Inter-Parliamentary Union, (IPU) (2012). Supporting Nuclear, Non-Proliferation and Disarmament. *Handbook for Parliamentarians*, 19. Recuperado de: <http://www.ipu.org/PDF/publications/nnp-e.pdf>
- Intergovernmental Panel on Climate Change. Climate Change 2014. Synthesis Report. Recuperado de: [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5\\_SYR\\_FINAL\\_SPM.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf)
- Judt, Tony (2012). *Algo va mal*, Bogotá: Taurus.
- Ki-moon, Ban (2012). Mensaje de julio del 2012, El estado de derecho está llegando al desarme nuclear, y los parlamentarios pueden hacer importantes contribuciones para fomentar este histórico proceso. Recuperado de: <http://www.futurepolicy.org/wp-content/uploads/2015/01/Mensaje-SG.pdf>
- Kingsbury, Benedict (2009). The Concept of 'Law' in Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, 20(1), 23-57.
- Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, Richard B. (2005). The Emergence of Global Administrative Law. *Law and Contemporary Problems*, 68.
- Kolbert, Elizabeth. (2006). *La catástrofe que viene*. Bogotá: Editorial Planeta.
- Laroche, Josepha (2014). Une gouvernance mondiale est-elle possible?. En Holeindre, Jean-Vincent. *Pouvoirs. Concepts, Lieux, Dynamiques*. Auxerre: Editions Sciences Humaines.
- Medvedev, Dmitry (2010). Speech at the plenary session of the Global Policy Forum, The Modern State: Standards of Democracy and Criteria of Efficiency. Global Policy Forum, Yaroslavl, Rusia, 10 de septiembre de 2010. Recuperado de: <http://en.kremlin.ru/events/president/transcripts/8887>

- Morin, Edgar (2006). *Breve historia de la barbarie en Occidente*. Buenos Aires: Paidós.
- Negri, Antonio (1994). *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Ediciones Libertarias/Prodhufi.
- Pugwash Conferences on Science and World Affairs (1955). *The Russell-Einstein Manifesto*, 9 de julio de 1955. Recuperado de: <http://pugwash.org/1955/07/09/statement-manifesto>
- Peters, Anne (2009). The Merits of Global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal studies*, 16(2), 397.
- Rengifo, Antonio José (2011). *International Regime Theory and the Law of the Sea. A Study of Fisheries on the High Seas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Said, Edward W. (2014). *Orientalismo*. Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial.
- Sen, Amartya (2000). East and West: the Reach of Reason. *New York Review of Books*, 47(12), 33-38.
- Stuart, Sim (2005), *Lyotard y lo inhumano*. Barcelona: Gedisa.
- Stiglitz, Joseph E. (s.f.). A Revolution in Monetary Policy: Lessons in the Wake of the Global Financial Crisis. Recuperado de: [https://www.gsb.columbia.edu/cfusion/faculty/jstiglitz/download/speeches/2013\\_RevMonetaryPolicy.pdf](https://www.gsb.columbia.edu/cfusion/faculty/jstiglitz/download/speeches/2013_RevMonetaryPolicy.pdf)
- Telesur (2015). Papa Francisco critica injusticia social y laboral. 28 de febrero de 2015. Recuperado de: <http://www.telesurtv.net/news/Papa-Francisco-critica-injusticia-social-y-laboral--20150228-0034.html>
- United Nations Office for Disarmament Affairs (s.f.). The United Nations and Security in a Nuclear Weapon Free World. The Secretary-General's five point proposal on nuclear disarmament. Recuperado de: <http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/sg5point.shtml>
- United Nations (2005). Resolution A/RES/60/1 adopted by General Assembly, Sixtieth Session, 24 October 2005. 2005 World Summit Outcome. Recuperado de: [www.ifrc.org/docs/idrl/I520EN.pdf](http://www.ifrc.org/docs/idrl/I520EN.pdf)
- Piketty, Thomas (2013). *Le capital au XXIème siècle*. Paris: Le Seuil.
- The 14th Dalai Lama of Tibet. The Global Community. Recuperado de: <http://www.dalailama.com/messages/world-peace/the-global-community>

- Touraine, Alain (2006). *¿Qué es la democracia?*. , México: Fondo de Cultura Económica.
- Wieviorka, Michel (2012). Le Peuple. En Wieviorka, Michel (dir.). *Le peuple existe-t-il?*, Auxerre: Sciences Humaines Éditions.
- Hernández Viguera, Juan (2013). Así funcionan los fondos buitres. Un riesgo global. *Le Monde Diplomatique*, edición en español número 163, enero de 2013. Recuperado de: <http://www.eldiplo.org/index.php/archivo/163-argentina-frente-al-poder-financiero/un-riesgo-global/>



# El derecho a la protesta social en Colombia

## The social protest right in Colombia

*Edwin Cruz Rodríguez\**

---

**Fecha de recepción:** 16 de mayo del 2015  
**Fecha de aceptación:** 22 de junio del 2015

---

### RESUMEN

Este trabajo examina la situación actual del derecho a la protesta en Colombia. Aunque la protesta ha aumentado en los últimos años, también lo ha hecho la represión, configurando un ambiente precario para el ejercicio de este derecho que se explica por las estrategias coyunturales del gobierno para contener el ciclo de protesta, pero también por factores estructurales como las limitaciones que impone el conflicto armado, las doctrinas y políticas contrainsurgentes del Estado heredadas de la Guerra Fría, un marco jurídico punitivo y un modelo de contención policial de la protesta intensivo en fuerza.

**Palabras clave:** derecho a la protesta social, Colombia, represión, criminalización, contrainsurgencia.

### ABSTRACT

This paper examines the current situation of the right to protest in Colombia. Although the protest has increased in recent years, also it has made the repression. It has created a poor environment for the exercise of this right. It can be explained by short-term government strategies to contain the protest cycle. Likewise, by structural factors such as limitations imposed by the armed conflict, counterinsurgency doctrines and state policies inherited from the Cold War, a punitive legal framework and a model of police to control the protests more intensively in force.

**Keywords:** Right to social protest, Colombia, repression, criminalization, counterinsurgency.

---

\* Candidato a doctor en Estudios Políticos e integrante del Grupo de Investigación en Teoría Política Contemporánea de la Universidad Nacional de Colombia. [ecruzr@unal.edu.co](mailto:ecruzr@unal.edu.co)

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se registraron varias protestas sociales de grandes magnitudes a lo largo y ancho del país (Cruz, 2014). Las demandas de estudiantes, trabajadores y campesinos, junto con la reivindicación de la paz, fueron temas relevantes en una agenda pública dominada por la “seguridad democrática” y la “amenaza terrorista” durante mucho tiempo (López, 2014). Como era de esperarse, la represión y la criminalización de la protesta se incrementaron de manera notable, con dramáticos casos de abuso de la fuerza por parte de las autoridades (Movice-CCEEU, 2013). No obstante, tendieron a pasar desapercibidas o, cuando menos, no produjeron una discusión pública relevante.

La ausencia de un debate público sobre el derecho a la protesta no es coyuntural. En el fondo, la explicación de tal omisión puede encontrarse en lo que Gutiérrez (2014) ha denominado la “anomalía” colombiana: una característica nodal del sistema político colombiano es la existencia de un régimen formalmente democrático con una competencia electoral prácticamente ininterrumpida y, simultáneamente, índices de represión superiores en muchos casos a los registrados en regímenes autoritarios como las dictaduras del Cono Sur. Así pues, la represión de la protesta social no consigue establecerse como un problema socialmente relevante dado que, por su permanencia histórica, prácticamente reviste un cierto carácter de “normalidad”, lo cual resulta preocupante en una sociedad al mismo tiempo en guerra y atravesada por multiplicidad de conflictos como la colombiana.

Este trabajo examina la situación actual del derecho a la protesta en Colombia. Aunque la protesta ha aumentado en los últimos años, también lo ha hecho la represión, configurando un ambiente precario para el ejercicio de este derecho que se explica por las estrategias coyunturales del gobierno para contener el ciclo de protesta, pero también por factores estructurales como las limitaciones que impone el conflicto armado, las doctrinas y políticas contrainsurgentes del Estado heredadas de la Guerra Fría, un marco jurídico punitivo y un modelo de contención policial de la protesta intensivo en fuerza.

Para desarrollar este argumento, en primer lugar se examina el aumento de la protesta y la represión bajo el gobierno Santos. Seguidamente, se reconstruyen las formas de represión y criminalización oficial y para-oficial de la protesta producto de las políticas y doctrinas contrainsurgentes. En tercer lugar, se analiza el marco normativo del derecho a la protesta. Finalmente, se estudia el modelo de contención policial de las protestas sociales.

## 2. AUJE DE LA PROTESTA E INCREMENTO DE LA REPRESIÓN

En términos generales, la represión es una de las formas que tienen a su disposición las autoridades para contener las protestas sociales cuando se vulneran derechos de terceros (Della Porta y Diani, 2011, pp. 253-257). Las movilizaciones y las for-

mas de contención implementadas durante el primer gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014) permiten inferir un marcado aumento en la criminalización y la represión, que puede constatarse con un repaso de algunas características y cifras de la acción de las autoridades en dichas protestas.

De acuerdo con la base de datos del Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep, 2014), en los últimos años hubo un incremento de luchas sociales, entendidas como la congregación de más de diez personas en un espacio público para plantear reivindicaciones, que ascendieron en el 2013 a 2.027, la cifra más alta desde que dicha entidad conserva registros (1975). No obstante, tan o más importante que el aumento son los rasgos cualitativos de las recientes protestas. Por ejemplo, el paro nacional universitario de octubre y noviembre del 2011 constituyó una manifestación inédita en la historia reciente, por el alcance territorial, el grado de aceptación social y su posterior valoración como una victoria relativa del movimiento estudiantil al provocar el retiro de la reforma al sistema de educación superior, algo solo comparable con las protestas estudiantiles de 1971 (Cruz, 2012). Más aún, así como la movilización estudiantil estuvo soportada en un fenómeno organizativo como fue la Mesa Amplia Nacional Estudiantil (MANE), tanto el paro cafetero de principios del 2013 como el Paro Nacional Agrario en agosto y septiembre de ese año, permitieron observar una cierta recomposición organizativa y discursiva del campesinado aglutinado, por ejemplo, alrededor de las “dignidades” de productores de café, papa, leche, arroz, cebolla, entre otros.

Ahora bien, es posible constatar un aumento en el nivel de represión a medida que los actores sociales encontraban en la protesta una forma de tramitar sus demandas, tomando como referencia únicamente las protestas que más relevancia tuvieron en los medios de comunicación, el paro estudiantil del 2011 y los paros cafetero, nacional agrario y del Catatumbo en 2013. Así, la protesta menos reprimida, en comparación, fue el paro estudiantil del 2011, y la que sufrió más represión fue el Paro Nacional Agrario de agosto y septiembre del 2013.

En el paro estudiantil se registró un estudiante muerto en extrañas circunstancias durante una manifestación en la ciudad de Cali y enfrentamientos entre estudiantes y el Escuadrón Móvil Antidisturbios de la Policía Nacional (Esmad) en universidades de las regiones, como la Santiago de Cali, la de Antioquia, la de Pamplona, y la Distrital en Bogotá. De la misma manera, en varias ocasiones autoridades civiles y policiales criminalizaron la protesta al denunciar una presunta “infiltración” de la guerrilla (Cruz, 2012, pp. 155-156). Sin embargo, las principales acciones del movimiento, realizadas en Bogotá en octubre y noviembre, se desarrollaron sin enfrentamientos con la policía.

No ocurrió lo mismo con el paro cafetero, entre febrero y marzo del 2013, puesto que allí empezó un incremento en los niveles de represión. A las acusaciones de infiltración guerrillera de las protestas por parte de autoridades civiles, como los ministros de agricultura y defensa, y policiales, se sumaron distintas agresiones

del Esmad, que dejaron una cifra cercana al centenar de lesionados, un muerto y la apertura de investigaciones judiciales a, por lo menos, setenta personas, así como la judicialización de treinta personas con sustento en la Ley de Seguridad Ciudadana del 2011, que penaliza los bloqueos de vías públicas (Cruz, 2013, pp. 145-146).

Más tarde, en el paro campesino del Catatumbo, que se desarrolló principalmente con bloqueos a vías arterias, se intensificaron las estrategias de criminalización y represión. El Ministerio de Defensa acudió a los medios de comunicación para denunciar supuestas infiltraciones de la guerrilla de las Farc en las organizaciones que lideraban la protesta, la Asociación de Campesinos del Catatumbo (ASCAMCAT) y la Asociación de Campesinos del Valle del Cimitarra (ACVC); acusaciones que no se llevaron al ámbito de lo judicial como correspondería, pero que obstaculizaron los iniciales acercamientos entre los manifestantes y el gobierno (Movice-CCEEU, 2013, p. 14). En medio de las protestas, entre el 20 y el 22 de junio, fueron asesinados cuatro campesinos a causa de heridas de bala producidas por fusiles de uso de la fuerza pública (Movice-CCEEU, 2013, p. 26). La policía llegó a utilizar helicópteros para dispersar las manifestaciones y algunos activistas denunciaron el uso de armas no convencionales o no autorizadas; hubo una elevada aunque no confirmada cifra de heridos en los enfrentamientos y diez manifestantes judicializados (Cinep y Programa por la paz, 2013, p. 21).

Con todo, la represión afloró con mayor ahínco durante el Paro Nacional Agrario. A partir de los datos de la Policía Nacional, el investigador del Cinep William Rozo (2013, p. 39), afirma que hubo 873 capturas, el 57% de las cuales llevaron a una judicialización. La represión alcanzó tal nivel que con posterioridad varias organizaciones defensoras de los derechos humanos, encabezadas por el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado y la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos, solicitaron una audiencia sobre el tema a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se realizó en el marco de su Periodo de Sesiones 139.

El informe presentado ante dicha instancia muestra unas cifras globales del período de protestas, entre el 11 de junio y el 7 de septiembre del 2013, recopiladas con la participación de organizaciones defensoras de derechos humanos y de organizaciones de movimientos sociales, según las cuales:

*[...] 902 personas fueron víctimas de algún tipo de agresión. Del total de los casos, 15 personas fueron asesinadas, 7 víctimas de algún tipo de acto cruel o tortura, entre ellos un abuso sexual; 315 personas detenidas arbitrariamente, 40 personas víctimas de fuertes golpizas, 329 que a causa de los ataques, resultaron con algún tipo de lesión y/o herida y 5 personas con heridas graves que les derivó incapacidad parcial o total. Es de resaltar que en 70% de los casos, la agresiones estuvieron acompañadas por otros tipos de violaciones [...] existen al menos 3 casos de presuntas desapariciones forzadas. (Movice-CCEEU, 2013, p. 23)*

Según el mismo informe, la policía fue responsable del 88,15% de los hechos denunciados (52% el Esmad, 1,22% la Seccional de Policía Judicial e Investigación, 35,48% la Fuerza Disponible); el Ejército, por su parte, fue responsable de un 1,55% de los casos, mientras en un 8,54% no pudo establecerse la responsabilidad (Movice-CCEEU, 2013, p. 24).

De lo anterior puede colegirse, entonces, que la represión y la criminalización no son uniformes, sino que varían en el tiempo y en el espacio de acuerdo a las características de la protesta y los repertorios de acción colectiva puestos en práctica. Es comprensible, por ejemplo, que el movimiento estudiantil, cuyos repertorios de acción colectiva acuden a lo simbólico, lo expresivo y lo lúdico mediante los conocidos “abrazatones”, “besatones” y carnavales de protesta, sea objeto de una menor represión en comparación con protestas que recurren mayoritariamente a los bloqueos de vías principales, como los paros cafetero y campesino. Del mismo modo, es factible que la represión se produzca a mayor escala y con mayor frecuencia en el campo, donde el aislamiento y las condiciones de la comunicación aportan oportunidades para un manejo represivo de la protesta, que en la ciudad, donde la información fluye con mayor rapidez, y más si se trata de la capital en un país centralista como Colombia.

No obstante, una hipótesis más acertada es que el nivel de represión aumentó a la par con el auge de la protesta. Es cierto que los repertorios de acción y el clivaje campo/ciudad juegan un importante papel a la hora de comprender los niveles de represión. Empero, también es cierto que, con independencia del lugar de la protesta y de los repertorios predominantes, la represión ascendió. Por ejemplo, el grueso de la represión sobre el paro estudiantil, como antes se mencionó, se registró en las regiones, mientras en Bogotá se configuró una estructura de oportunidades favorable a la protesta. Eso se explica porque en ese momento ocupaba la alcaldía en calidad de encargada la política izquierdista Clara López, cuya administración implementó un conjunto de medidas para reducir los enfrentamientos de manifestantes y policía, entre las que sobresalieron los acuerdos sobre derechos humanos. Ahora bien, la represión ascendió sobre distintos actores, lugares y repertorios de protesta, de tal forma que durante el paro agrario tanto los repertorios disruptivos en el campo como los expresivos en la ciudad se vieron afectados.

En el campo, el más afectado fue el departamento de Boyacá, donde los manifestantes liderados por la “dignidad agropecuaria” se enfrentaron a lo que, más que una operación policial de contención de la protesta, pareció la ocupación por un ejército enemigo. Las evidencias de la represión se hicieron públicas gracias al uso de las redes sociales virtuales por parte de los afectados. En efecto, los videos que rotaban por internet dejaban ver agentes del Esmad ejerciendo violencia contra mujeres, mujeres embarazadas, niños y personas de la tercera edad; haciendo un uso indebido de armas como los gases lacrimógenos; abusando de su fuerza en contra de ciudadanos indefensos; utilizando armas no autorizadas o no convencionales e, incluso, persiguiendo los ciudadanos hasta sus casas y destruyendo sus

propiedades (Canal Capital, 2013; Semana, 2013a). Un informe de defensores de derechos humanos (Equipo Nizkor, 2013), denunció la magnitud de lo ocurrido. La gravedad de los hechos llevó a que el presidente Santos, quien al principio del paro había afirmado públicamente que la protesta había fracasado y, concretamente, “el tal paro agrario no existe”, se viese avocado a pedir disculpas al país por los abusos de la fuerza pública.

No obstante, también en la ciudad la represión se disparó; por ejemplo, en ciertas localidades de Bogotá. Con el transcurrir del paro, los habitantes de la ciudad se solidarizaron con los manifestantes del campo mediante “cacerolazos” y manifestaciones pacíficas que hicieron de la tradicional ruana el símbolo de su compromiso y que terminaban con concentraciones en la Plaza de Bolívar. Sin embargo, a estas manifestaciones siguieron desórdenes y actos criminales de saqueo en localidades como Bosa, Soacha, Suba, Engativá y Ciudad Bolívar. Estos desórdenes arrojaron un saldo de tres jóvenes muertos en enfrentamientos con la policía (Semana, 2013b). Aunque tales acciones no tenían un claro vínculo con las protestas en solidaridad con los campesinos, las autoridades los hicieron equivalentes, de forma que la protesta social fue estigmatizada como “vandalismo”, aunque nunca hubo investigaciones concienzudas para establecer a qué intereses obedeció ese vandalismo sincronizado. El presidente Santos ordenó militarizar la capital; la policía, en un acto de flagrante violación del debido proceso y otros derechos humanos, luego de una multitudinaria manifestación en el centro de la ciudad publicó ampliamente fotografías de 48 jóvenes y ofreció recompensas por su captura afirmando que se trataba de un “cartel de los vándalos” (Movice-CCEEU, 2013, p. 3).

Así pues, el incremento de la represión parece obedecer a una estrategia deliberada de contención de un ciclo ascendente de protesta. Eso explica por qué la represión empezó a ganar protagonismo cuando otros mecanismos para gestionar la protesta empezaron a fallarle al gobierno. Así, por ejemplo, las primeras protestas que tuvo que enfrentar el gobierno Santos (el paro de transportadores de carga en febrero del 2011, el paro de trabajadores petroleros en septiembre de ese año), se resolvieron fundamentalmente gracias a las gestiones del vicepresidente Angelino Garzón, quien demostraba en cada caso toda su experiencia como sindicalista (Cruz, 2014). Esta estrategia entra en declive en 2013, justo cuando empieza su ascenso la represión, con el paro cafetero, el paro del Catatumbo y el Paro Nacional Agrario, y cuando la protesta comienza a afectar la legitimidad del gobierno.

En fin, aunque la criminalización y la represión varían de acuerdo a lugares, repertorios de acción colectiva y grado de afectaciones a terceros, es notorio que en el primer gobierno de Santos se caracterizó por un marcado ascenso. Con todo, la represión de la protesta en Colombia no se explica únicamente por razones coyunturales sino, como veremos a continuación, también por factores como las políticas contrainsurgentes desarrolladas en el marco del conflicto armado, un marco jurídico de tipo punitivo y un aparato policial militarizado.

### 3. LA NORMALIDAD DE LO ANORMAL

La represión no se limita al control coercitivo del acto de protesta. Las protestas, como cualquier otro tipo de acción colectiva, requieren redes de relaciones sociales, organizaciones, identidades y discursos colectivos (Melucci, 1999). Así, cuando el tejido social y las organizaciones sociales se ven violentados, se afectan las condiciones de posibilidad de la protesta. Esto es precisamente lo que ha ocurrido en Colombia debido, de una parte, a las dinámicas del conflicto armado y, de otra, a las políticas de contrainsurgencia implementadas por el Estado, que han redundado en el ejercicio sistemático de la violencia en contra de los opositores políticos, tanto por parte de agentes oficiales como paraoficiales (Gutiérrez, 2014, p. 13).

Las dinámicas propias del conflicto armado afectan de distintas formas la protesta social, principalmente al vulnerar los derechos de asociación, reunión y expresión, que hacen posible la formación de organizaciones de movimientos sociales y la construcción de tejido social. Sin embargo, no existe una relación causal entre guerra y protesta, puesto que esta última afina en distintas situaciones y adquiere distintos sentidos. A este respecto, la investigación reciente de Peñaranda et ál. (2011) permite comprender la diversidad de situaciones de riesgo en las que puede aflorar la protesta. Para los autores el nivel de riesgo depende, junto con otras variables, del grado de dominio de un actor armado sobre el territorio y la población. Así, existe un mayor nivel de riesgo allí donde el territorio está en disputa, con una violencia indiferenciada, que cuando existe un dominio territorial y poblacional consolidado. No obstante, como lo ha demostrado la experiencia del movimiento indígena en el Cauca (Peñaranda, 2006), la protesta también depende del capital social y cultural de las poblaciones para responder a dichos niveles de riesgo. Por consiguiente, puede presentarse tanto en escenarios de claro dominio por un actor del conflicto armado como en aquellos que están en disputa y donde la violencia está más presente.

Aún más, la protesta adquiere diversos sentidos, en algunos casos puede orientarse a rechazar determinados actos de violencia incluso en contra de los actores que ostentan el dominio territorial, pero en otros casos puede insertarse en las dinámicas bélicas porque los actores sociales desarrollan distintos tipos de relación con los armados. Por ejemplo, la represión oficial y paraoficial en contra del sindicalismo agrario y petrolero, si bien obedece a un típico conflicto capital/trabajo, y pese a los esfuerzos de los activistas por marginarse de las lógicas de la guerra, quedó inmersa en las dinámicas bélicas y trajo como consecuencia un profundo debilitamiento de dicho movimiento social (Archila et ál., 2012; Valencia y Celis, 2012). También existen casos en los que las organizaciones sociales que soportan la protesta quedan en medio del fuego cruzado de los distintos actores del conflicto, como sucedió con los sindicatos bananeros en Urabá durante los noventa, amenazados por el paramilitarismo y por el enfrentamiento entre las Farc y los desmovilizados del Ejército Popular de Liberación (Romero, 2003). Otras situaciones que se han registrado tienen que ver con la instrumentalización

de la protesta a favor de causas bélicas, como ocurrió en los municipios vecinos de Bolívar y Antioquia, entre 2000 y 2001, cuando los paramilitares obligaron a la población a manifestarse en contra del “despeje” que pretendía realizarse en la zona como una condición para desarrollar el diálogo entre el Ejército de Liberación Nacional y el gobierno de Pastrana (Gutiérrez, 2004). Por supuesto, también existen casos de comunidades y formas organizativas que consiguen una cierta autonomía en relación con las dinámicas del conflicto armado, de las cuales quizá la más conocida es la comunidad de paz de San José de Apartadó (Uribe De Hincapié, 2004), aunque no la única (Aguilera, 2012).

En fin, el conflicto armado implica distintos tipos y grados de afectación de la protesta social. Aunque la guerra no hace que la protesta desaparezca, sí fija unos límites, en la medida en que reduce las oportunidades para la organización y la acción colectiva, al vulnerar los derechos de asociación, reunión y expresión. Si bien no todas las consecuencias de la guerra sobre la protesta podrían conceptualizarse como represión puesto que, como antes se afirmó, los actores sociales y armados establecen distintos tipos de relaciones, un efecto directo del conflicto armado es la extensión de las lógicas contrainsurgentes hacia todos los espacios sociales, en el marco de lo que Vilma Franco (2002) ha denominado la “sociedad contrainsurgente”.

En efecto, no obstante sus raíces nacionales, el conflicto armado colombiano es uno de los últimos estertores de la Guerra Fría y, como tal, aún obedece a la matriz política propia de dicho conflicto. Esto puede verse claramente en lo que se refiere a las políticas de contrainsurgencia implementadas desde el comienzo mismo del conflicto, cuando con posterioridad a la Revolución Cubana la política exterior de Estados Unidos se orientó a la contención del comunismo en América Latina y delegó a los Estados el enfrentamiento del “enemigo interno”. Como es bien sabido, esta política quedó plasmada en la conocida Doctrina de Seguridad Nacional (DSN), que llevaría en varios países al establecimiento de regímenes autoritarios en su afán de contener lo que parecía una inminente expansión del comunismo (Leal, 2006, pp. 55-81).

Las políticas contrainsurgentes inspiradas en la DSN tendrían profundas consecuencias sobre los movimientos sociales y la protesta en Colombia, principalmente porque tras la emergencia de las guerrillas a mediados de los años sesenta la concepción sobre el “enemigo interno”, es decir, aquello que se percibía como una amenaza al orden social vigente, se expandió hasta cobijar toda expresión de crítica e inconformidad con el Estado. Si por una parte ciertos proyectos insurgentes insistían en estrategias como la “combinación de todas las formas de lucha”, por otra, las políticas contrainsurgentes reprimieron y criminalizaron todas aquellas manifestaciones de descontento en tanto se asimilaban a la guerrilla.

Se configura así una sociedad cuya razón de ser es atacar la insurgencia, y en torno a este propósito se articulan actores públicos y privados, legales e ilegales. Dado

que la amenaza insurgente, se asumía, solo podía contrarrestarse utilizando sus propios medios, se acudió a formas de represión ilegales o, en el mejor de los casos, apoyadas en el uso recurrente del estado de excepción (Franco, 2002, p. 60). Desde las FFAA hasta los medios de comunicación se van a caracterizar por prácticas de estigmatización del disenso y de la crítica, todas las cuales se ven como componentes de un mismo proyecto insurgente. Por ejemplo, desde entonces el marco discursivo para referirse a la protesta y los movimientos sociales va a estar atravesado por el lenguaje castrense: la protesta se asimila a un crimen, a disturbios, vandalismo, desórdenes, en lugar de concebirla como el ejercicio de un derecho ciudadano. En la práctica, la política contrainsurgente se tradujo en la “guerra sucia” de los años ochenta y noventa que no solo exterminó al partido político Unión Patriótica (Uprimny y Vargas, 1990; Dudley, 2008), sino en general se manifestó en detenciones arbitrarias, torturas, desapariciones forzadas y asesinatos extrajudiciales, entre otros.

Aunque el conflicto armado colombiano sobrevivió al final de la Guerra Fría, en su reemplazo vino, en los años noventa, la “guerra contra las drogas”, que terminaría por mezclarse con la política contrainsurgente una vez que la guerrilla de las Farc se involucrara con el cobro del “gramaje” a los productores de coca y narcotraficantes en sus zonas de influencia, y luego del 11 de septiembre del 2001, la “guerra contra el terrorismo”. En efecto, mientras las agendas de seguridad regional sufrían una transformación heterodoxa que entre otras cosas llevaba a enfatizar en la seguridad de los ciudadanos más que en la seguridad de los Estados (Hirts, 2003), el eje central del gobierno de Álvaro Uribe (2002-2010) enfatizó la seguridad nacional y la contrainsurgencia mediante la política de seguridad democrática. No en vano, sus esfuerzos en términos de política exterior estuvieron encaminados a alinearse en la guerra contra el terrorismo declarada por Estados Unidos (Pécaut, 2003: p. 102). En cuanto a la política doméstica, la seguridad democrática se tradujo en una polarización pocas veces vista en la cual se desconoció deliberadamente la existencia del conflicto armado, reemplazándolo por una “amenaza terrorista”, se incriminó toda clase de críticas como parte del terrorismo y se abusó de la autoridad; por ejemplo, dirigiendo los servicios de inteligencia del Estado, como el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), a espiar la oposición al gobierno con el fin de desprestigiarla (López, 2004; Uprimny y Sánchez, 2010: p. 50).

En cuanto a la práctica concreta de la represión, dicha orientación contrainsurgente basada en la DSN tuvo como principales consecuencias la autonomía de los militares en el manejo del orden público, la politización de las fuerzas armadas, la alternación de represión oficial y paraoficial, y la militarización de la función policial. Pocos días después del último intento de golpe militar en contra de lo que entonces se denominaba el “Frente Civil” y luego se conocería como Frente Nacional, el 2 de mayo de 1958, el entonces presidente Alberto Lleras, en su famoso discurso frente a los militares en el Teatro Patria, estableció una directriz según la cual estos no deberían intervenir en política mientras los políticos no intervendrían en asuntos de orden público del resorte de las FFAA. Si bien se ha

insistido en que a partir de allí se configuró la subordinación de los militares al poder civil, de acuerdo con Leal (2006), esto se tradujo en una enorme autonomía de los militares en la definición de las políticas de seguridad y contrainsurgencia.

Pero, además, redundó en la politización de las FFAA. Aunque el horizonte de la “doctrina Lleras” era despolitizar a las FFAA, esta despolitización se entendía como no intervenir en política ni tomar posición por alguno de los partidos tradicionales, Liberal y Conservador. Sin embargo, articulada a la DSN y la política contrainsurgente, tal medida se tradujo en la asunción por parte de las FFAA de un furibundo anticomunismo y, más en general, antizquierdismo y anticrítica, que permite comprender por qué todas las expresiones organizativas que se ubicaran a la izquierda del espectro ideológico se convertían, por ese hecho, en potenciales blancos de la represión y criminalización, al concebirlas como necesariamente vinculadas al proyecto insurgente armado y como parte del “enemigo interno”.

La autonomía del cuerpo militar en el manejo de los asuntos de orden público se articuló con el uso casi permanente del estado de sitio, lo que redundó en una mayor represión durante el Frente Nacional y, ya en el proceso de su lento desmonte, bajo el gobierno de Julio Cesar Turbay (1978-1982) (Múnera, 1998). En fin, el apoyo inicialmente legal de cuerpos paraoficiales redundaría posteriormente en la conformación de grupos paramilitares. Como bien ha documentado Romero (2003), el descontento de distintos sectores, militares, élites locales y narcotraficantes, con las políticas de negociación de paz y apertura democrática iniciadas en el gobierno de Belisario Betancur (1982-1986), produjeron su articulación en torno a grupos paramilitares que se orientaron a reprimir la oposición de todo tipo pero, principalmente, a exterminar el partido Unión Patriótica, que se conformó como producto de los acuerdos de paz de La Uribe con las Farc (1984) como una vía para transitar hacia la política competitiva, que amenazó la dominación de las élites políticas y económicas en varias localidades tras conseguir buenos resultados electorales a partir de 1985 (Dudley, 2008). El paramilitarismo se constituyó entonces en una parte paraoficial en el ejercicio de la represión, y si bien intentó desmontarse durante el gobierno Uribe, a la postre los resultados de este proceso fueron ambiguos (Pardo, 2007). Eso puede inferirse de la existencia actual de un conjunto de “bandas criminales” (Bacrim), eufemismo con el que las autoridades se refieren a los grupos armados que combinan actividades de crimen organizado y contrainsurgencia tales como “Los Urabeños”, “Las Águilas Negras” o el “Ejército Antirestitución”, entre otros, que al igual que antes se encargan de amenazar y reprimir cualquier manifestación organizada que propugne por el cambio sociopolítico.

#### 4. EL MARCO NORMATIVO

En un contexto de conflicto armado, en el que la doctrina contrainsurgente gana centralidad en el Estado y la sociedad, no es sorprendente que los arreglos institucionales o marcos normativos que regulan la contención de la protesta estén

basados en una orientación principalmente punitiva, que valora la protesta desde el punto de vista de la seguridad nacional y el orden público, en lugar de concebirla como un derecho sujeto a protección. Esto se traduce en un tratamiento penal de la protesta que la reduce a una violación de la ley (Gargarella, 2007, p. 141), sin discernir los conflictos entre derechos que inevitablemente se ven afectados salvaguardando el derecho a protestar y las libertades de asociación, reunión y expresión.

El derecho a la protesta social debe ser protegido en una democracia, cuando menos, por las siguientes razones: primero, porque está ligado a los derechos de reunión, asociación y expresión, los cuales son condiciones necesarias para concebir como democrático a un régimen político, incluso en las perspectivas minimalistas de la democracia (Linz, 1993, pp. 18-19). Segundo, puesto que garantiza que exista pluralidad, que es la base de la democracia. Tercero, porque en un régimen democrático la función de los ciudadanos es controlar la gestión del gobierno; tener la libertad de protestar es una garantía de que este no se extralimitará en el ejercicio del poder público. Cuarto, la protesta social debe protegerse como parte de la protección a las minorías de todo tipo, puesto que un régimen político no es democrático si las minorías no tienen los mismos derechos y oportunidades que las mayorías (Gargarella, 2012, pp. 24-25). Finalmente, la protección del derecho a la protesta está respaldada por la necesidad de asegurar que en el debate público tengan presencia los argumentos de aquellos ciudadanos cuyos recursos para hacer oír su voz son limitados o se reducen a la protesta (Gargarella, 2007, p. 160).

Así las cosas, la legislación sobre la protesta debe hacer frente a numerosos problemas, tales como el uso potencial de la violencia y la colisión de derechos. Como antes se afirmaba, parte de la criminalización de la protesta se produce cuando se la concibe como un engranaje de una estrategia insurgente violenta. Incluso aunque sea evidente que la protesta no hace parte de un proyecto insurgente y aunque no use la violencia, se puede producir ese tipo de criminalización. No obstante, tal y como plantean Uprimny y Sánchez (2010, p. 48), si bien la violencia es inadmisibles en la protesta social, ello no justifica una penalización del derecho a protestar. Por consiguiente, la penalización de actos violentos en medio de protestas debe estar cuidadosamente establecida en la ley. Como sostiene Gargarella (2012, p. 28), el hecho de que ocasionalmente un manifestante incurra en un acto violento reprochable no implica que sea desconocido el derecho a la protesta. Además, los actos violentos pueden ser objeto de individualización, de tal forma que la presencia de agitadores por sí misma no convierte en violenta a una manifestación (Gargarella, 2007, p. 153).

Una cuestión más intrincada es la colisión entre derechos, dado que ningún derecho es absoluto. En el límite, un argumento a favor de la penalización de la protesta afirma que los manifestantes siempre pueden usar repertorios de acción colectiva que no vulneren, aunque sea potencialmente, los derechos de los demás. No obstante, de esta forma se ataca el núcleo de la protesta puesto que, como

afirma Tarrow (1997), esta siempre lleva consigo un “desafío colectivo”, esto es, la alteración de las rutinas y de la cotidianidad de terceros. De lo contrario, deja de ser protesta. Por eso, en casos de colisión entre derechos, Gargarella (2012: p. 28) sugiere que se pueden establecer regulaciones de tiempo, modo y lugar, siempre que no socaven el derecho a la protesta y no supriman los medios de expresión a aquellos que tienen como único recurso la protesta social.

En Colombia, el derecho a la protesta está comprendido en los de manifestación, reunión pacífica y libertad de expresión, artículos 20 y 37 de la Constitución. No obstante, y tal vez como parte de las estrategias de represión del ciclo ascendente de protesta durante el gobierno de Santos, la normatividad específica está basada en un sesgo punitivo. En efecto, como demuestran varios análisis (Movice-CCEEU, 2013), la Ley 1453 del 24 de junio del 2011, conocida como de “seguridad ciudadana”, que reforma entre otros el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, mantiene una perspectiva puramente represiva de la protesta social.

La ley penaliza distintos repertorios de protesta, principalmente las ocupaciones y los bloqueos de vías públicas, sin que en la mayoría de los casos exista una precisa determinación de las conductas punibles, ni mucho menos condicionantes de modo, tiempo y lugar. El artículo 9 castiga con 48 a 54 meses de cárcel la “usurpación fraudulenta de inmuebles”, pena que se duplica si se usa la violencia. Con el mismo espíritu, el artículo 10 penaliza con prisión de 16 a 90 meses el “empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos” en algunos lugares públicos, independientemente de contra quién se lancen; pero no establece qué es un “objeto peligroso”, quedando su definición a discreción de las autoridades, ni menos cuándo tales acciones reúnen las condiciones para suponer que persiguen “fines terroristas”, agravante que aumenta la pena a entre 80 y 180 meses de prisión. Otra conducta sancionada con cárcel de dos a cuatro años, y del doble si se usa violencia, es la “perturbación de actos oficiales” (art. 15); tales “actos” están definidos de manera tan amplia que riñen con el derecho a la protesta y potencialmente se afecta el derecho a la libertad de expresión. Los artículos 60 y 61 declaran “procedente” la detención preventiva, hasta por 210 días, cuando “el mínimo de la pena prevista por la ley exceda cuatro (4) años de prisión”.

Además de penalizar conductas típicas de la protesta social, la falta de precisión de las normas antes mencionadas dejan un amplio espacio de discrecionalidad a las autoridades de policía y a los operadores jurídicos, lo cual puede ir en detrimento del derecho a la protesta y los derechos a él vinculados. Todo eso enmarcado en un discurso de defensa del orden público, en el que predomina la seguridad nacional y la seguridad del Estado sobre la seguridad de los ciudadanos. Incluso podría afirmarse que en la ley se mantiene una visión contrainsurgente alineada a la guerra contra el terrorismo que, por ejemplo, se manifiesta en la prohibición a la utilización “ilícita” de redes comunicativas “con fines terroristas” (art. 8), sin precisar en dónde radica lo ilícito ni cuándo pueden determinarse los fines terroristas.

Pero la ley va más allá. Teniendo en cuenta que el repertorio de protesta más usado en Colombia es el bloqueo de vías públicas, el artículo 44, declarado exequible por la Corte Constitucional (Sentencia C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa) resulta en una prohibición tácita de la protesta, al adicionar un artículo al Código Penal (353A) según el cual:

*El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.*

*Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política.*

Así pues, no solo predomina la preocupación por el orden público sobre la salvaguarda del derecho a la protesta, sino que en la colisión de derechos (movilidad, trabajo, etc.) se opta claramente por sacrificar el derecho a la protesta. Tácitamente existe una prohibición de la protesta y del “desafío colectivo” que ella implica necesariamente. Pero además, se subordina el derecho a la crítica de las autoridades y de su poder, al pretender, como se afirma en el párrafo, que solo las movilizaciones permitidas por las autoridades estarán excluidas de tal prohibición. Dado que este marco jurídico empezó a operar justo cuando ascendía la protesta social, no es sorprendente el nivel de represión y criminalización que se desencadenó, que no se agota en el abuso de la fuerza por parte de la policía, sino también en arbitrariedades de tipo judicial amparadas por la ley de “seguridad ciudadana” (Rozo, 2013, p. 42). No obstante, en la coyuntura del ciclo de protesta el gobierno no pareció comprender la situación. Así, el sesgo de contrainsurgencia y seguridad nacional, la carencia de precisión y el menoscabo del derecho a la protesta se amplían con el proyecto de Ley 191 de 2013 que el ministro de defensa presentó a la Cámara de Representantes justo luego de terminar el Paro Nacional Agrario, el 11 de septiembre del 2013, y que aún está en trámite legislativo.

El proyecto tiene como ámbito la “criminalidad y el terrorismo” y presenta dos cambios sustanciales. La Ley de Seguridad Ciudadana superó una demanda de constitucionalidad referida a los artículos 44 y 45, sustentada en el argumento de que en el primero no resulta suficientemente claro qué se entiende por “medios ilícitos” para bloquear vías públicas. En su decisión (Sentencia C-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa), la Corte Constitucional conceptuó que dicha expresión se refería a “aquellos que efectivamente están prohibidos y a los cuales se les enlaza una penalidad coherente con la Constitución”, y que no existía imprecisi-

sión o indefinición en dicho artículo. Sin embargo, el proyecto de reforma plantea, en primer lugar, eliminar la expresión “por medios ilícitos”, del artículo 353A del Código Penal (art. 11) de tal manera que todo bloqueo de vías sería penalizado, independientemente si se realiza por medios lícitos o ilícitos. Segundo, aumenta las penas de entre 24 y 48 meses de cárcel a entre 36 y 60 meses. Tercero, aumenta la pena en un tercio cuando se usen medios para impedir la plena identificación del infractor. Y cuarto, también aumenta un tercio de la pena cuando se usen menores, personas de la tercera edad o personas en discapacidad.

En suma, el marco jurídico del derecho a la protesta está caracterizado por una visión de contrainsurgencia y seguridad nacional que privilegia la seguridad del Estado sobre la seguridad del ciudadano y, en consecuencia, ve el derecho a la protesta en forma predominante desde un punto de vista punitivo. En el contexto de ascenso en un ciclo de protesta y de endurecimiento de la represión, un proyecto de ley como el que se ha comentado envía un mensaje equívoco a las autoridades policiales, a lo que se adiciona el incremento del pie de fuerza de las mismas y la ampliación del tipo de armas que pueden usar para contener las protestas.

## 5. LA CONTENCIÓN POLICIAL DE LA PROTESTA

Debido a la militarización del cuerpo policial producto de las políticas de contrainsurgencia (Casas, 2005), la contención de la protesta en Colombia tiene una marcada inclinación represiva basada en un enfoque intensivo en fuerza. En la literatura especializada existe un cierto consenso en cuanto a las dimensiones que contiene un “modelo” de contención de la protesta. Así por ejemplo, Mcphail y McCarthy (2005, p. 5), retoman como variables principales la garantía de derechos, la tolerancia a las alteraciones de la convivencia, la comunicación entre manifestantes y policía, el uso de la fuerza y el recurso a los arrestos o detenciones. La forma como los organismos policiales manejan la protesta estará determinada por el grado en que sus estrategias refuercen estos aspectos.

En la misma perspectiva, Gillham (2011), analiza los cambios en las estrategias policiales estadounidenses en los últimos cincuenta años. Según el autor, inicialmente hay una transición desde un modelo “intensivo en fuerza” que predominó en los años setenta, hacia el de “gestión negociada” y cooperación mutua con los manifestantes, que predominó en los años noventa y, más tarde, luego de las protestas contra la Cumbre del Milenio de la Organización Mundial del Comercio en Seattle a finales de 1999, se pasó a un modelo de “neutralización estratégica” (*strategic incapacitation*), el cual se acentuó en su uso tras los sucesos del 11 de septiembre del 2001 y recientemente ha sido usado para contener el movimiento Occupy Wall Street. El trabajo de Blay (2013) sobre la contención de la protesta en España, del que nos servimos para hacer esta reconstrucción, ha mostrado las virtudes heurísticas de dicha propuesta, que se resume en el cuadro 1.

**Cuadro 1.** Modelos de contención policial de la protesta.

Característica/variable	Modelo de escalada de fuerza o intensivo en fuerza	Modelo de gestión negociada	Modelo de neutralización estratégica (después del 11 de septiembre)
Garantías de derechos de reunión y expresión	Ignoradas	Prioritarias	Selectivas
Tolerancia a las alteraciones de la convivencia producidas por la protesta	Escasa	Alta	Selectiva
Comunicación entre manifestantes y policía	Escasa	Alta	Selectiva y unidireccional
Recurso a los arrestos o detenciones	Frecuente	Último recurso	Selectivo y proactivo
Uso de la fuerza	Alto	Último recurso	Selectivo y menos letal
Vigilancia	Moderada	Escasa	Extensiva y en tiempo real.
Intercambios de información	Moderados	Escasos	Extensivo entre agencias y hacia medios de comunicación
Control del espacio	Localizado y reactivo	Localizado y proactivo	Selectivo, extensivo y proactivo.

Fuente: Gillham (2011, p. 640), adaptación de Blay (2013, p. 6).

En el modelo intensivo en fuerza los derechos de reunión y expresión son desconocidos o prohibidos, la tolerancia hacia las interrupciones de la convivencia es baja, no hay comunicación entre los manifestantes y la policía, las detenciones o arrestos son sistemáticos, el uso de la violencia por parte de las autoridades es habitual, existen formas de vigilancia intensiva que en algunos casos llevan a realizar trabajo de inteligencia policial sobre los manifestantes y el control del espacio es reactivo.

En el modelo de gestión negociada, la policía intenta salvaguardar los derechos de protesta, reunión y libertad de expresión, se trata de negociar con los manifestantes las condiciones en que se alterará la convivencia durante la protesta, por eso hay una comunicación fluida entre manifestantes y policía, e incluso se puede negociar qué tipo de contravención podría llevar a un arresto, que en cualquier caso es un recurso de última instancia puesto que el modelo se orienta a evitar el uso de la fuerza. La policía no realiza vigilancia sobre los manifestantes pues son estos los que suministran la información necesaria y el control del espacio también es negociado previamente.

Finalmente, en el modelo de neutralización estratégica, los derechos de protesta, reunión y libertad de expresión son objeto de un control diferenciado para distintas clases de protesta, la policía determina unilateralmente qué tipo de alteraciones

de la convivencia está dispuesta a tolerar, la comunicación con los manifestantes es selectiva y unidireccional al igual que los arrestos, el uso de la violencia y el control del espacio.

Desde luego, estos modelos son tipos ideales, puesto que en la práctica existen combinaciones de aspectos de uno y otro. No obstante, si se intentara ubicar el caso colombiano en alguno de ellos se diría que tiende a predominar el modelo intensivo en fuerza.

El cuerpo policial especializado en la contención de la protesta, el Esmad, fue creado a principios de 1999. Aunque formalmente ha incorporado el concepto de seguridad ciudadana tanto en las normas que lo regulan como por el hecho de depender de la Dirección de Seguridad Ciudadana, en la práctica se caracteriza por un sesgo militarista respecto a la protesta producto del legado de las políticas de contrainsurgencia. Tanto el Manual para el servicio de policía en atención, manejo y control de multitudes (Policía Nacional de Colombia, 2011), como los boletines sobre la materia (Policía Nacional de Colombia, 2014), se caracterizan por una concepción preocupada por salvaguardar el ejercicio del derecho a la protesta:

*La protesta social como un mecanismo legítimo y democrático, permite a los ciudadanos manifestar sus necesidades ante el Gobierno nacional, sin embargo, existen casos en donde bajo esta figura, se pretenden realizar acciones que afectan la seguridad y desconocer los derechos constitucionales de otras personas; ante cualquiera de los dos casos, la institución tiene la responsabilidad, en primera instancia, de garantizar el derecho de expresión de las personas y de la manifestación pública (artículo 20 y 37 de la Constitución Política de Colombia), y en segunda instancia de mantener el orden, mediante el empleo adecuado de los medios de policía. (Policía, 2014).*

Por esa razón, se advierte que el uso de la fuerza es un recurso de última instancia y siempre debe tener como norma la proporcionalidad, e incluso se menciona la posibilidad de “generar acuerdos o conciliaciones de solución” dependiendo de las características de quienes se manifiestan, de los lugares y motivos de las protestas.

Sin embargo, como muestran las cifras y características de su forma de operar en el reciente ciclo de protestas, en casos como el paro del Catatumbo o el Paro Nacional Agrario del 2013, en la práctica opera de acuerdo a una visión represiva de la protesta más propia de una concepción centrada en la seguridad nacional y del Estado que en un enfoque de seguridad ciudadana. De hecho, desde su creación misma el Esmad ha sido criticado en forma permanente por el uso excesivo de la fuerza y el empleo de armas no autorizadas o no convencionales, entre otras. De hecho, existe un registro de personas asesinadas durante protestas atendidas por el Esmad (Contravía, 2011; Corporación Jurídica Libertad, 2011).

Así, el 7 de septiembre del 2001 fue asesinado el estudiante Carlos Giovanni Blanco a causa de un disparo de bala durante una protesta en la Universidad Nacional

en Bogotá. En las mismas circunstancias ocurrió la muerte del estudiante de la Universidad Distrital Oscar Salas, el 8 de marzo del 2006, pero esta vez una canica le perforó el cráneo (Gómez, 2011). El 12 de octubre del 2008, cuando se desarrollaba la minga indígena en el Valle del Cauca, una protesta criminalizada por el gobierno en cabeza del expresidente Uribe, quien afirmó que estaba infiltrada por las Farc, la policía abrió fuego y cayeron asesinados tres manifestantes. Días después, el esposo de la lideresa Aída Quilqué, Edwin Legarda, fue asesinado en un retén militar, presuntamente por no atender una orden de detención (Ruiz, 2011, pp. 192-193).

Algunos casos han tenido complicados procesos judiciales y, dada la imposibilidad de hacer justicia en el país, han sido llevados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el del niño Nicolás Neira, asesinado a golpes en una conmemoración del 1º de mayo del 2005 en el centro de Bogotá (Orozco, 2010); el del estudiante de la Universidad del Valle Jhonny Silva Aranguren, asesinado el 22 de septiembre del 2005 con un disparo en la nuca durante una protesta estudiantil, cuando agentes del Esmad ingresaron al campus de la universidad (*El Espectador*, 2009); o el del indígena Belisario Camayo, asesinado en enfrentamientos con el Esmad, con tiros de fusil, el 10 de noviembre del 2005, cuando participaba en una ocupación pacífica de tierra en la hacienda “El Hapio”, en el Valle del Cauca (Equipo Nizkor, 2005).

Como se mencionó a propósito de la represión de las recientes protestas, las prácticas contemporáneas de la represión incluyen claramente el abuso de la fuerza y el uso de armas no convencionales o no autorizadas. Durante el Paro Nacional Agrario del 2013, el Esmad hizo un uso no permitido de armas como el gas lacrimógeno, atacó a poblaciones indefensas como mujeres y niños en lugares cerrados, despojándolos de sus pertenencias como comida y artefactos para acampar, persiguió personas hasta sus casas y destruyó sus propiedades, usando la fuerza en forma desproporcionada, por ejemplo, como cuando se acude a los helicópteros para bombardear con gas lacrimógeno, disparando armas de fuego e incluso existen denuncias de tortura y agresiones sexuales (Movice-CCEEU, 2013: p. 28). Por lo demás, el recurso al registro filmico y fotográfico de los manifestantes, práctica que linda con el “empadronamiento”, así como la infiltración, parecen ser prácticas comunes cuando de manejar la protesta se trata.

A principios de septiembre del 2013 hubo una citación por parte de algunos congresistas al ministro de defensa y al director de la Policía Nacional para que respondieran un cuestionario por el exceso de fuerza en la represión del paro agrario. Entonces se planteó la necesidad de desmontar o reformar el Esmad, un cuerpo que ha crecido significativamente pasando de tener doscientos patrulleros, ocho suboficiales y nueve oficiales, a contar con mil novecientos cincuenta efectivos con presencia en doce ciudades del país (Gómez, 2011). No obstante, como antes se dijo, la respuesta del ministro fue el anuncio de la ampliación del pie de fuerza y la reforma a la ley de seguridad ciudadana.

En resumen, si a un modelo de contención de la protesta intensivo en fuerza como el colombiano se adiciona un marco jurídico punitivo, se tiene una situación muy precaria para el derecho a la protesta social. El caso de los diez estudiantes de la Universidad Minuto de Dios seccional Soacha documentado por Rozo (2013, pp. 41-42), da una idea de los procedimientos policiales y judiciales para contener la protesta. Los jóvenes se encontraban apoyando de forma pacífica una manifestación el 29 de agosto del 2013 en apoyo a los campesinos, cuando fueron arbitrariamente detenidos, sometidos a torturas y judicializados irregularmente, puesto que las detenciones legalizadas por un juez de garantías se basaron únicamente en la versión ofrecida por los policías acusándolos sin pruebas de obstrucción a vía pública y violencia contra empleado oficial. Lo cierto es que los estudiantes permanecieron privados de su libertad en condiciones deplorables por veinticinco días.

## 6. COROLARIO

En los últimos años se ha presentado un aumento inédito de la protesta social en Colombia, protagonizada por campesinos, trabajadores, estudiantes y ciudadanos que reivindican la paz y apoyan el proceso de negociaciones de La Habana. No obstante, también ha existido un aumento en los niveles de criminalización y represión de la protesta. Las estrategias de contención del ciclo ascendente de protesta puestas en práctica por el gobierno Santos se aunaron a factores estructurales, como las doctrinas y políticas contrainsurgentes, a un marco normativo con un fuerte sesgo punitivo y un modelo policial caracterizado por el uso intensivo de la fuerza, para hacer que el derecho a la protesta se caracterice por su precariedad.

Efectivamente, la represión de las recientes protestas obedeció a una estrategia gubernamental por detener el ascenso de las mismas. Pero la magnitud de la represión y la criminalización también actualiza unos factores estructurales enraizados en la manera como el Estado colombiano ha asumido políticas contrainsurgentes e ideologías como la DSN, que han conllevado un sesgo represivo sobre cualquier manifestación de inconformidad por parte de los ciudadanos al vincularla como expresión del “enemigo interno”, pero también al provocar la politización de las FFAA y su autonomía en el manejo del orden público, la privatización de la seguridad que genera fenómenos como el paramilitarismo y la represión paraoficial, y la militarización de funciones policiales como la de contención de la protesta.

Para completar el cuadro de precariedad, en su respuesta frente al ciclo de protesta el gobierno promovió un marco normativo de carácter abiertamente punitivo, mediante la ley de “seguridad ciudadana”, y pese a que su nombre obedece a un enfoque de seguridad nacional, tácitamente prohíbe ciertos repertorios de acción como los bloqueos a vías públicas y endurece las penas a quienes incurran en ese tipo de comportamientos. Así, la protesta social es enfocada desde el derecho penal como violación a la ley, en lugar de concebirla como un derecho legítimo,

lo que acarrea que cuando este derecho entra en colisión con la movilidad y otros asociados, se termine por privilegiar estos últimos.

Finalmente, un modelo de contención policial de la protesta basado en el uso intensivo de la fuerza complejiza aún más el panorama. Efectivamente, si bien las normas que regulan el ejercicio de la fuerza por parte del Esmad mantienen un concepto de seguridad ciudadana, en la práctica el sesgo contrainsurgente y la militarización de la función policial se traducen en la salvaguarda del orden público y la seguridad nacional más que en la seguridad ciudadana.

Todos estos elementos plantean enormes cuestionamientos en un momento en que la sociedad colombiana contempla la posibilidad de firmar un acuerdo de paz que excluya en forma definitiva la violencia como forma de hacer política, puesto que este horizonte requiere la aceptación y la igualdad de todos los sectores sociales y formas de acción política. Así, un reto de grandes proporciones hacia un eventual posconflicto radica en conseguir la garantía plena del derecho a la protesta social como una vía para la manifestación del descontento, de comunicación entre la ciudadanía y las autoridades públicas, más allá de los consabidos repertorios de violencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, M. (coord.) (2012). *El orden desarmado*. Bogotá: Aguilar.
- Archila, M., Angulo, A., Delgado, Á., García, M. y Parra, L. (2012). *Violencia contra el sindicalismo 1984-2010*. Bogotá: Cinep.
- Blay, E. (2013). El control policial de las protestas en España. *Indret Revista para el análisis del derecho*, 4, 2-32.
- Canal Capital (2013). Por el *respeto* [Especial]. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=tTwJoYcROoM> (2015, 29 de marzo).
- Casas, P. (2005). Reformas y contrarreformas en la policía colombiana. En Rangel, A. (comp.). *Seguridad urbana y policía en Colombia*. Bogotá: Fundación Seguridad y Democracia.
- Cinep (Centro de Investigación y Educación Popular) (2014). *Luchas sociales en Colombia 2013*. Bogotá: Cinep.
- Cinep (Centro de Investigación y Educación Popular) y Programa por la paz (2013). *Luchas sociales, derechos humanos y representación política del campesinado 1988-2012* [Informe especial]. Bogotá: Cinep.
- Contravía (2011). Brutalidad policial. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=aNUDwo62ag8> (29 de marzo de 2015).
- Corporación Jurídica Libertad (2011). Esmad: ¿Dónde queda el derecho a disentir? Recuperado de: [http://www.cjlibertad.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=413:esmad-idonde-queda-el-derecho-a-disentir&catid=25:publicaciones&Itemid=65](http://www.cjlibertad.org/index.php?option=com_content&view=article&id=413:esmad-idonde-queda-el-derecho-a-disentir&catid=25:publicaciones&Itemid=65) (29 de marzo de 2015).
- Cruz, E. (2012). La MANE y el paro nacional universitario de 2011 en Colombia. *Ciencia Política*, 14, 140-193.
- Cruz, E. (2013). Todos somos hijos del café: Sociología política del paro nacional cafetero. *Entramado*, 9(2), 138-158.
- Cruz, E. (2014). Dignidad en movimiento. El ascenso de la movilización social en Colombia. *Confluenze. Revista di Studi Iberoamericani Università di Bologna*, 6(25), 241-275.
- Della Porta, D. y Diani, M. (2011). *Los movimientos sociales*. Madrid: CIS.
- Dudley, S. (2008). *Armas y urnas*. Bogotá: Planeta.
- El Espectador (2009). Caso Jhonny Silva, a la CIDH. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/impreso/judicial/articuloimpreso146349-caso-jhonny-silva-cidh> (29 de marzo del 2015).

- Equipo Nizkor (2005). Asesinado indígena Belisario Camayo Guetoto defensor de los derechos al territorio. Recuperado de: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/belisario.html> (29 de marzo del 2015).
- Equipo Nizkor (2013). Agresiones de la Fuerza Pública contra la población civil en el marco del paro agrario y popular. Recuperado de: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/paro22.html> (29 de marzo del 2015).
- Franco, V. (2002). El mercenarismo corporativo y la sociedad contrainsurgente. *Estudios políticos*, 21, 54-82.
- Gargarella, R. (2007). Un diálogo entre la ley y la protesta social. *Postdata*, 12, 139-170.
- Gargarella, R. (2012). El derecho frente a la protesta social. *Temas*, 20, 22-29.
- Gillham, P. (2011). Securitizing America: Strategic Incapacitation and the Policing of Protest Since the 11 September 2001 Terrorist Attacks. *Sociology Compass*, 5(7), 636-652.
- Gómez, A. (2011). El escuadrón de la muerte. Recuperado de: <http://prensarural.org/spip/spip.php?article5496> (29 de marzo del 2015).
- Gutiérrez, F. (2014). *El orangután con sacoleva. Cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*. Bogotá: Debate, Universidad Nacional de Colombia.
- Gutiérrez, O. (2004). La oposición regional a las negociaciones con el ELN. *Análisis político*, 52, 34-50.
- Hirts, M. (2003). Seguridad regional en las Américas. En Grabendorff, W. (ed.). *La seguridad regional en las Américas*. Bogotá: Fescol, Cerec.
- Leal, F. (2006). *La inseguridad de la seguridad*. Bogotá: Planeta.
- Linz, J. (1993). *La quiebra de las democracias*. Madrid: Alianza.
- López de la Roche, F. (2014). *Las ficciones del poder. Patriotismo, medios de comunicación y reorientación afectiva de los colombianos bajo Uribe Vélez (2002-2010)*. Bogotá: Debate, Universidad Nacional de Colombia.
- McPhail, C. y McCarthy, J. (2005). Protest Mobilization, Protest Repression, and Their Interaction. En Davenport Ch., Johnston H. y Mueller, C. (eds.). *Repression and Mobilization* (pp. 3-32). Minnesota: The University of Minnesota.
- Melucci, A. (1999). *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. México: El Colegio de México.

- Movice (Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado) y CCEEU (Coordinación Colombia Europa Estados Unidos) (2013). Informe sobre protesta social y derechos humanos. Recuperado de: [http://www.ddhh-colombia.org.co/sites/default/files/files/pdf/CCEEU%20oy%20Movice\\_Informe%20ante%20CIDH%20sobre%20Criminalizacin%20de%20la%20Protesta%20Social%20en%20Colombia.pdf](http://www.ddhh-colombia.org.co/sites/default/files/files/pdf/CCEEU%20oy%20Movice_Informe%20ante%20CIDH%20sobre%20Criminalizacin%20de%20la%20Protesta%20Social%20en%20Colombia.pdf)..... (2015, 29 de marzo).
- Múnera, L. (1998). *Rupturas y continuidades*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Cerec.
- Orozco, Y. (2010). El escuadrón móvil antidisturbios y la protección de los derechos humanos. Trabajo de grado para obtener el título de magíster en Derecho Público Militar. Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/5284/2/OrozcoMunozYahajaira2010.pdf>
- Pardo, R. (2007). *Fin del paramilitarismo. ¿Es posible su desmonte?*. Bogotá: Ediciones B Colombia.
- Pécaut, D. (2003). *Midiendo fuerzas*. Bogotá: Planeta.
- Peñaranda, R. (2006). Resistencia civil y tradiciones de resistencia en el suroccidente colombiano. En Gutiérrez, F., Sánchez, G., Wills, M. *Nuestra guerra sin nombre*. Bogotá: Norma, Universidad Nacional de Colombia.
- Peñaranda, R. (ed.) (2011). *Contra viento y marea. Acciones colectivas de alto riesgo en las zonas rurales colombianas 1985-2010*. Medellín: La Carreta, Universidad Nacional de Colombia.
- Policía Nacional de Colombia, Dirección de Escuelas (2014). Manejo y control de multitudes. *Boletín Académico*, 116. Recuperado de: <http://www.policia.edu.co/documentos/academico/Boletin%20del%20academico%20DINAE%20No.116%20del%2018022014.pdf> (29 de marzo del 2015).
- Policía Nacional de Colombia (2011). Manual para el servicio de policía en la atención, manejo y control de multitudes. Recuperado de: [http://www.policia.edu.co/documentos/doctrina/manuales\\_de\\_consulta/107938\\_manual%20Atencion%20Multi%2011\\_12\\_09.pdf](http://www.policia.edu.co/documentos/doctrina/manuales_de_consulta/107938_manual%20Atencion%20Multi%2011_12_09.pdf) (2015, 29 de marzo).
- Romero, M. (2003). *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*. Bogotá: Iepri, Planeta.
- Rozo, W. (2013). Esmad, arma letal. *Cien Días* 80, 39-43.
- Ruiz, M. (2011). Lugar común: la calle. En Rabinovich, E., Magrini, A. y Rincón, O. (eds.), *Vamos a portarnos mal. Protesta social y libertad de expresión en América Latina*. Bogotá: FES, 191-200.

- Semana (2013b) Protestas, furia, vandalismo y tres muertos. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/protestas-furia-vandalismo-tres-muertos/355735-3> (29 de marzo del 2015).
- Semana (2013a). Golpiza del Esmad a un campesino. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-golpiza-del-esmad-campesino-video/355013-3> (2015, 29 de marzo).
- Tarrow, S. (1997). *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Madrid: Alianza.
- Uprimny, R. y Sánchez, L. (2010). Derecho penal y protesta social. En Bertoni, E. (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires: CELE, Universidad de Palermo.
- Uprimny, R; Vargas, A. (1990). La palabra y la sangre: Violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia. En Palacio, G. (comp.). *La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*. Bogotá: ILSA, Cerec.
- Uribe De Hincapié, M. (2004). Emancipación social en un contexto de guerra prolongada. El caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. En Santos, B; García, M. *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Valencia, L; Celis, J. (2012). *Sindicalismo asesinado*. Bogotá: Debate.



## Cuba, ciudadanía múltiple y estatuto personal. Perspectiva de cambio

## Cuba, multiple citizenship and personal status. Change perspective

*Marien Piorno Garcell\**

---

Fecha de recepción: 9 de abril del 2015

Fecha de aceptación: 23 de mayo del 2015

---

*Si mi teoría de la relatividad es exacta, los alemanes dirán que soy alemán y los franceses que soy ciudadano del mundo. Pero si no, los franceses dirán que soy alemán, y los alemanes que soy judío.*

Albert Einstein

### RESUMEN

La ciudadanía múltiple ha sido regulada por los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados con medidas de acogida o rechazo según la perspectiva política y la realidad social de cada país. Esta situación exige un estudio de derecho comparado en los países representativos del nuevo constitucionalismo latinoamericano como paradigma de identidad nacional pluralista y de formas de ciudadanía diferenciada y multicultural, seguida de un análisis exegético que caracterice la incidencia de tal fenómeno en el estatuto personal de los cubanos, implementando propuesta de modificación al Código Civil vigente.

**Palabras claves:** Ciudadanía, ciudadanía múltiple, ciudadanía efectiva, estatuto personal, ley personal.

### ABSTRACT

Multiple citizenship has been regulated by the laws of the various States with measures of host or rejection as the political perspective and social reality of each country. This calls for a study of comparative law on representative countries of the New Latin American Constitutionalism as a paradigm of national identity and pluralist forms of differentiated and multicultural citizenship, followed by an exegetical analysis to characterize the incidence of this phenomenon in the personal status of Cubans, by implementing proposed amendment to the Civil Code.

**Keywords:** Citizenship, multiple citizenship, effective citizenship, personal status, personal law.

---

\* Profesora asistente de Derechos Reales en el Departamento de Derecho de la Universidad de Guantánamo, Cuba. Correo electrónico: marien@cug.co.cu

**SUMARIO:** I. A modo de introducción. II. Ciudadanía Múltiple. Su impacto en la ley aplicable al estatuto personal de los ciudadanos. III. Multipatriadía a la luz del Nuevo Constitucionalismo

Latinoamericano. IV. ¿Incide el fenómeno de ciudadanía múltiple en la ley aplicable al estatuto personal de los ciudadanos cubanos? V. Reflexión final. VI. Bibliografía.

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La ciudadanía múltiple —fenómeno de interés nacional e internacional— ha sido regulada por los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados con medidas de acogida o rechazo según la perspectiva política y la realidad social de cada país. En tal sentido, han sido dos las tendencias con protagonismo en el escenario jurídico. De un lado, la postura que acepta la multiplicidad de vínculos político-jurídicos en las personas naturales, reconociendo aquellas circunstancias que conllevan al individuo a adquirir otra ciudadanía aun manteniendo lazos espirituales y materiales con su patria de origen, enarbolada por Alemania con la ley *Delbrück* expedida el 22 de julio de 1913, que en su artículo 25 consagró el sistema de doble ciudadanía y con ello permitió que sus ciudadanos emigrados conservaran la ciudadanía alemana; interés político que reafirma años más tarde con el Tratado de Versalles en 1919, donde se compromete a tenor del artículo 278 a reconocer cualquier nueva nacionalidad adquirida por sus nacionales con arreglo a las leyes de las potencias aliadas o asociadas en virtud de resoluciones de las autoridades competentes de las mismas, por naturalización o por efecto de cláusulas de tratados<sup>1</sup>. De otro lado, la tendencia opuesta que repudia toda manifestación de ciudadanía múltiple en la persona ante los posibles conflictos que pueden derivarse de tal admisión en el orden fiscal y político<sup>2</sup> preferentemente, defendida —entre otros— por el Instituto de Derecho Internacional en sus respectivas resoluciones<sup>3</sup> de 1895 y 1928, la Convención de la Haya de 1930<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> El Tratado de Versalles firmado en fecha 28 de junio de 1919 —fin de la Primera Guerra Mundial— y puesto en vigor el 10 de enero de 1920, fue un tratado de paz que puso fin al estado de guerra entre Alemania y los Países Aliados. Para más detalles sobre el artículo 278 del Tratado, en su versión traducida al español *Cfr.*: <http://constitucionweb.blogspot.com/2012/02/tratado-de-versalles-1919-texto-en.html> y <http://www.dipublico.com.ar/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/>, consultados en fecha 20 de enero de 2014.

<sup>2</sup> Es una preocupación legítima de los Estados requerir que estos ciudadanos renuncien a su otra ciudadanía antes de asumir funciones oficiales de alto nivel en el gobierno o en el dominio público. Algunos detractores de la doble ciudadanía fundamentan su postura con planteamientos que afirman la posibilidad de burlar las normas de orden público y de incumplir obligaciones alegando la ciudadanía de otro Estado en el que no residen.

<sup>3</sup> La resolución aprobada en 1895, en su sesión de Cambridge regula: “Nadie debe estar sin nacionalidad; nadie puede tener simultáneamente dos nacionalidades; la renuncia pura y simple no basta para perder la nacionalidad”; y la Resolución aprobada en 1928, en su sesión de Estocolmo establece en su artículo primero: “Ningún Estado debe aplicar, en cuanto a la adquisición y la pérdida de su nacionalidad, reglas que tendrían como consecuencia la doble nacionalidad o la ausencia de nacionalidad, si los otros Estados aceptasen las mismas reglas”.

<sup>4</sup> En el preámbulo del Convenio de La Haya de 12 de abril de 1930 queda plasmado como interés general de la Comunidad Internacional que cada individuo tenga una sola nacionalidad, considerando que la humanidad debe orientarse en el ideal de suprimir la apatridia y la doble nacionalidad. “Su artículo 4 establece que un Estado puede no ofrecer la protección diplomática a uno de sus nacionales contra un Estado cuya nacionalidad también posee la persona en cuestión. Esta regla, aunque se mantiene en la práctica del Estado, ha reducido gradualmente su importancia debido a una serie de excepciones. Una excepción se relaciona con el aumento de

el Convenio sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 29 de enero de 1957 que intenta suprimir los casos de doble nacionalidad por razón del matrimonio, el Convenio No. 43 del Consejo de Europa de 6 de mayo de 1963, que interesó reducir los casos de pluralidad de nacionalidad con el fin principal de que un individuo prestara servicio militar solamente en un Estado, para lo que previó que quien adquiriera voluntariamente una nueva nacionalidad perdía la anterior; y en el contexto americano la Convención sobre la Nacionalidad efectuada en Montevideo en 1933, que sirvió como precedente al constitucionalismo latinoamericano que debutó en tres posturas<sup>5</sup>: (1) la pérdida de la nacionalidad de origen por la adquisición de una extranjera; (2) la admisión de doble nacionalidad con carácter excepcional previo tratado entre Estados; y (3) la recuperación automática de la nacionalidad de origen *prima facie* el retorno al país.

En la actualidad, si bien es cierto que aún existen Estados cuyas políticas prohíben el fenómeno de ciudadanía múltiple con la adopción de medidas legales para prevenirla como la pérdida automática de la ciudadanía cuando se adquiere otra voluntariamente (v. gr. Azerbaiyán, Japón, Singapur) o la imposición de sanción penal si se ejerce más de una ciudadanía (v. gr. Arabia Saudita), superan en número los países que la aceptan:

*Una gran cantidad de Estados han cambiado su legislación con el fin de aceptar la ciudadanía múltiple para ciertas categorías de inmigrantes, tomando en cuenta las relaciones de un inmigrante con su país de origen. Adicionalmente, la ciudadanía múltiple se acepta con mayor frecuencia cuando no es posible o no se puede esperar la renuncia o pérdida. Algunos Estados cuentan con disposiciones para la ciudadanía múltiple en casos en que los hijos tengan diferentes ciudadanía adquiridas automáticamente al nacer y en el caso de adquisición automática de otra ciudadanía debido al matrimonio. Incluso aquellos países que mantienen el principio de evitar la doble ciudadanía han facilitado en gran medida la conservación de la ciudadanía previa si la renuncia de la misma representa obstáculos serios o debe considerarse poco razonable. Una cantidad cada vez mayor de Estados se acercan a sus diásporas para que ejerzan sus deberes cívicos (por ejemplo, a votar), aunque algunos teóricos impugnan que los derechos y responsabilidades políticas deben relacionarse únicamente con el Estado de residencia permanente.* (Organización Internacional para las Migraciones, s.f., p. 12).

demandas en el caso de violaciones a los derechos humanos, aunque el desarrollo de los derechos humanos no considera obsoleta la institución de protección diplomática de un Estado a favor de sus ciudadanos.” Tomado de la Organización Internacional para las Migraciones (s.f.), Sección 3.7- “Migración y ciudadanía”, p. 12.

<sup>5</sup> En las Constituciones burguesas es común el uso indistinto de los términos ciudadanía y nacionalidad para hacer referencia al vínculo político-jurídico del individuo con el Estado. De ahí que los ejemplos citados para ilustrar las tres posturas asumidas en el contexto americano le concedan al término nacionalidad un concepto apartado de su rasgo sociológico. V. gr: artículo 12.1 de la Constitución de Honduras de 1936 que dispone: “La nacionalidad hondureña se pierde por nacionalización voluntaria en país extranjero”. El artículo 14.2 de la Constitución de Ecuador de 1945 que regula: La nacionalidad ecuatoriana se pierde por naturalización en otro Estado, salvo en España o en países iberoamericanos. El artículo 18.1 de la Constitución de Nicaragua de 1939 que establece: “La nacionalidad nicaragüense se pierde por nacionalización voluntaria en país extranjero, que no sea de la América Central. El que así la perdiera, recobrará su calidad de nicaragüense si en cualquier tiempo volviere a Nicaragua”.

Cuba no ha estado al margen de este fenómeno y pese al incremento de cubanos con más de una ciudadanía en las últimas décadas del devenir histórico nacional, ha sido invariable la regulación constitucional que prohíbe toda manifestación de ciudadanía múltiple en sus nacionales so pena de perder la ciudadanía cubana. Situación que puede revertirse si partimos de considerar que la primera solución que establece el sistema conflictual cubano ante los conflictos positivos de ciudadanía radica en la aplicación del principio de ciudadanía efectiva, postura que pretendemos fundamentar desde el ámbito doctrinal y legal en el presente artículo.

## 2. CIUDADANÍA MÚLTIPLE. SU IMPACTO EN LA LEY APLICABLE AL ESTATUTO PERSONAL DE LOS CIUDADANOS

La doctrina contemporánea y gran parte de los cuerpos legislativos<sup>6</sup> asimilan el concepto de ciudadanía al vínculo político-jurídico establecido entre el individuo y el Estado del que emanan derechos y obligaciones de diferente naturaleza para ambas partes de la relación. De ahí que el fenómeno de ciudadanía múltiple consista en el estatus jurídico que disfrutaban los individuos reconocidos como ciudadanos simultáneamente por varios Estados. Así, la condición de ciudadano atribuido al sujeto por más de un Estado le permite obtener y mantener en igual periodo de tiempo cuantos vínculos político-jurídicos le sean reconocidos respecto a la totalidad de Estados con los que establece relaciones de tal naturaleza.

La ciudadanía —vista por muchos como derecho político y por otros como derecho civil<sup>7</sup>— es un concepto que ha evolucionado con el devenir histórico, variando en cada época su significado, contenido y los requisitos de sus titulares, objeto incluso de confusión con otros términos como la nacionalidad. Sin embargo, ciudadanía y nacionalidad son términos cuya distinción se extiende más allá de su mera denominación, resultado de la connotación dada a la nacionalidad a partir de la constitución de los Estados nacionales en siglo XVI y del concepto moderno de ciudadanía tras la Revolución Francesa (*vid.* Horrach Miralles, 2009, p. 13).

<sup>6</sup> *V. gr.* Prieto Valdés et ál., 2002, p. 274; Dávalos Fernández et ál., 2007, p. 2; Osuna, 2000, p. 15; Alvarellós, s.f., disponible en: [www.incasur.org/0nuevo/noticias/documentos/doc824\\_1.doc](http://www.incasur.org/0nuevo/noticias/documentos/doc824_1.doc), consultado en fecha 16 de mayo de 2014, p. 2.

<sup>7</sup> “Para España la ciudadanía es objeto de regulación del Código Civil, y así estuvo regulado en Cuba durante la vigencia del Código Civil de 1888, hijo de los códigos civiles napoleónico y español, desde finales del siglo XIX hasta la Constitución cubana de 1976. En Iberoamérica se le considera un derecho político, es decir, un derecho básico que posibilita el ejercicio de derechos de participación en la vida política, esenciales para la existencia democrática de una nación. En nuestra concepción, la ciudadanía es el vínculo político jurídico del individuo con el Estado, condición o relación básica de la que se deriva el disfrute de los derechos que el Estado se ve llamado a garantizar y el cumplimiento de los deberes ciudadanos. Su adquisición de origen está vinculada con el nacimiento y no depende del arribo de la persona a la mayoría de edad. No la concebimos como un derecho civil, teniendo en consideración que los derechos de este tipo son inherentes a la persona y no a la calidad de ciudadano de las mismas. Los derechos civiles, reconocidos a los cubanos, son equiparables para los extranjeros. Tampoco entendemos que sea un derecho político; el disfrute de tal condición propicia el ejercicio de derechos civiles, políticos, socioeconómicos y culturales” (Prieto Valdés et ál., 2002, pp. 274-275).

Entiéndase por nacionalidad el vínculo sociológico del individuo con su nación, con la que sostiene lazos culturales, religiosos, lingüísticos, que conforman su idiosincrasia, vínculo que no es objeto de pérdida ni renuncia y que no produce efectos jurídicos porque no genera el ejercicio de derechos y deberes propios de la ciudadanía. Así se pronuncia Ramón Tamames (1985, p. 30) cuando refiere que el término nacionalidad es la pertenencia a la nación y esta última es un “modo de estructurarse la sociedad, como producto de un proceso de coagulación de un pasado histórico y que se expresa en la comunidad de lengua, territorio, vida económica y cultura”. Pese a esta definición, con frecuencia —tanto en la doctrina moderna como en gran parte de las legislaciones— estos términos son empleados indistintamente.

Jean Paulin Niboyet define la nacionalidad como “el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado” (1997, p. 77). Por su parte Rafael de Pina sostiene que “es el vínculo jurídico que liga a una persona con la nación a que pertenece” (1984, p. 378). Manuel Becerra Ramírez señala que

*[...] el concepto de nacionalidad tiene un significado multívoco ya que se puede ver desde la perspectiva sociológica como jurídica. Desde el punto de vista sociológico, la nacionalidad significa la pertenencia a un grupo de personas que comparten una cultura, que incluyen el idioma, tradiciones, raíces históricas; en cambio desde el punto de vista jurídico la nacionalidad se refiere a una relación o vínculo de los individuos frente al Estado que se traduce en ciertos derechos y obligaciones recíprocos (1998, p. 49).*

La Corte Internacional de Derechos Humanitarios ve en la nacionalidad el vínculo jurídico político que liga a la persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática<sup>8</sup>.

La concepción de la nacionalidad como vínculo político-jurídico, equiparada así al concepto de ciudadanía —cuestión que consideramos no prudente si reflexionamos que lo nacional no es más que lo que se desarrolla en la nación, lo propio de ella— o vista como requisito previo para la obtención de la ciudadanía en tanto la primera propicia el goce de derechos políticos y la segunda el ejercicio de tales derechos, incide en la denominación del fenómeno de ciudadanía múltiple al que usualmente se refieren bajo los nombres de multinacionalidad o nacionalidad múltiple y en el contenido del mismo, que se torna inestable, variable, consecuencia de la concepción que sobre tales términos asuma cada Estado en particular. Aunque los términos ciudadanía y nacionalidad pueden intercambiarse a los efectos jurídicos determinados, siempre que sea posible se utilizará el término ciudadanía.

<sup>8</sup> Vid. Castillo, Petruzi y otros contra Perú, Sentencia de mayo de 1999.

Los requerimientos para optar por la ciudadanía de cualquier Estado son de naturaleza jurídica y política más que cultural, cuestión última de interés al ámbito de la nacionalidad como rasgo sociológico. Así, la ciudadanía puede adquirirse de forma originaria o derivativa<sup>9</sup>. Es originaria cuando se fundamenta en el hecho concreto del nacimiento del sujeto, quien podrá obtener por vía del *ius sanguinis* la ciudadanía que ostentan sus padres ante el vínculo consanguíneo que los une o por vía del *ius soli* la ciudadanía del Estado donde se produce el nacimiento. Es derivativa cuando se adquiere por naturalización con posterioridad a la ciudadanía de origen, esto es, por decisión soberana del Estado requerido previa solicitud voluntaria del individuo en calidad de extranjero<sup>10</sup>.

En tal sentido, la naturalización ha sido definida “como la atribución de la ciudadanía hecha por el poder soberano al extranjero que la ha pedido. Como consecuencia de su adquisición, el extranjero queda equiparado al nativo con todos sus derechos y deberes para con el Estado” (Álvarez Tabío, 1988, p. 130), aunque no todas las legislaciones asumen igual nivel de equiparación. El modo derivativo de adquisición de la ciudadanía, según la política interna de cada Estado, puede estar motivado por factores como la residencia, el desplazamiento territorial de parte de un Estado a otro, por sucesión de Estados y por instituciones del derecho de familia como el matrimonio, la tutela y la adopción.

En los supuestos de ciudadanía originaria, Fernando Álvarez Tabío sostiene:

*Teóricamente se han señalado tres razones para dar referencia al jus sanguinis: que la población (raza) es un elemento más importante en la idea de la nación que el territorio; que desde el punto de vista individual es también más importante el vínculo de filiación; y que la unidad con la organización jurídica con la familia exige que los hijos sigan la condición los padres. Sin embargo en la práctica, más que el puro sistema sanguinis, prevalecen soluciones armónicas. En realidad no cabe dar una solución absoluta al problema, pues la cuestión es más de orden político y práctico, que de orden técnico [...]*  
*La mayoría de las legislaciones latinoamericanas aceptan preferentemente el criterio del jus soli, según el cual se determina la nacionalidad por el*

<sup>9</sup> Peraza Chapeau afirma que la ciudadanía puede adquirirse en virtud del nacimiento, de manera voluntaria, por naturalización, por opción entre varias, por reintegración y por ofrenda. Para más detalles *Vid.* Peraza Chapeau, 1996, p. 1.

<sup>10</sup> Existen sectores de la doctrina que hablan de “nacionalidad de hecho” y “nacionalidad de derecho”. La primera de ellas consiste en la pertenencia a una comunidad y responde a un trasfondo sociológico (raza, lengua, religión, geografía). Se verifica cuando el recién nacido, ya sea en concepto de *ius soli* o de *ius sanguinis*, adquiere una ciudadanía que todavía no se ha inscrito en el registro oficial correspondiente. Luego de la inscripción, ya sea en la municipalidad o ayuntamiento donde nació el menor o en el consulado de uno o ambos progenitores, se obtiene la ciudadanía de derecho automáticamente, como pertenencia jurídica de una persona a la población que constituye un Estado. Esta noción también se aplica a los que han adoptado voluntariamente la ciudadanía de otro Estado, en caso de la adquisición derivativa. La nacionalidad de derecho como concepto jurídico ofrece una duplicidad de aspectos: (1) perspectiva privatista: cualidad, estatus de una persona individual o jurídica otorgado por el ordenamiento del Estado u organización política a la que pertenece. (2) Vínculo entre la entidad política y el grupo de personas con los que esta aparece en una relación más estrecha que con los restantes con quienes puede entrar en contacto. *Vid.* Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XVI, 1990, p. 824.

*territorio donde tiene lugar el nacimiento; la regla general en las legislaciones europeas es el jus sanguinis, que atribuye al hijo la nacionalidad de los padres. La imposibilidad de armonizar estos dos criterios, hace muy difícil la determinación de un principio uniforme en materia de nacionalidad o ciudadanía. En efecto, resulta imposible abandonar el criterio del jus soli, pues este se apoya en el vínculo natural que liga los individuos a la nación en cuyo territorio nacen; pero, de otra parte, el poder que ejerce la relación de filiación no puede olvidarse, pues, históricamente, la consanguinidad fue el primer vínculo de solidaridad humana. (Álvarez Tabío, 1988, p. 130)*

Las formas tradicionales de adquisición de la ciudadanía no agotan el debate teórico. La tendencia actual favorece la inclusión de la vía del *ius domicili* o derecho de domicilio a fin de solventar las posibles lagunas derivadas de la aplicación exclusiva de las formas tradicionales de adquisición y los aspectos morales que refrenda la ciudadanía, condición jurídica que se adquiere por el lugar de domicilio, vecindad o residencia legal, poniendo como requisitos determinados plazos o criterios de arraigo (propiedad, trabajo). Existen tres modos para la comprensión de los fundamentos morales del *ius domicili*: (1) el principio de “elección” que defiende la postura de acoger a cualquier persona que decidiera vivir en un Estado. (2) El principio de “sometimiento”, que parte de considerar que cualquier Estado que gobierne a un grupo de personas es legítimo en tanto que estas acepten su mando, de ahí que todas las personas que viven o están sometidas a la legislación de un Estado particular deben pertenecer al mismo, disfrutar de su ciudadanía y los derechos inherentes a ella. (3) El principio de la “inclusión social”, según el cual el Estado debería acoger a cualquier persona que tuviera un interés especial en el desarrollo y evolución de ese país concreto.

Lo interesante del tema no radica en el estudio del domicilio como factor clave de esta nueva postura; habría que analizar ¿hasta qué punto esta nueva tendencia queda implícita en la adquisición derivativa de la ciudadanía por naturalización cuando prevalece en su otorgamiento el factor residencia? ¿Cómo presumir el interés del individuo de pretender adquirir la ciudadanía del Estado donde reside so pena de perder su ciudadanía de origen sin que conste manifestación de voluntad? ¿Hasta qué punto la vía del *ius domicili* lacera la idea de ciudadanía como identidad política diferenciadora del resto de las otras identidades del sujeto? ¿Qué incidencia pudiera tener esta modalidad de adquisición de ciudadanía en la potestad soberana de cada Estado de determinar qué individuos son o no sus ciudadanos? Estos son solo algunos de los interrogantes que pueden surgir del debate político-doctrinal.

La adquisición de la ciudadanía —con independencia de la vía utilizada al efecto— no tiene carácter irrevocable o perpetuo, como vínculo político-jurídico exige el interés recíproco del Estado y el ciudadano para su subsistencia, de lo contrario puede llegar a su fin por cualquiera de las causales comunes: expatriación o renuncia, desnacionalización y desnaturalización. La primera consiste

en la posibilidad del ciudadano de renunciar a su ciudadanía por declaración voluntaria, medie o no autorización del Estado según la normativa acogida por cada país<sup>11</sup>. La desnacionalización y desnaturalización son causales de pérdida de la ciudadanía por actos provenientes de la voluntad soberana del Estado, la primera se da cuando se pierde la ciudadanía originaria y la segunda cuando se pierde la ciudadanía derivativa.

En materia de ciudadanía múltiple, constituyen la diversidad legislativa y el flujo migratorio las causales principales de existencia del tal fenómeno, pues queda a merced de cada Estado la elección de las formas de adquisición y pérdida de su ciudadanía, política de ciudadanía que adopta a partir de su realidad política, económica, jurídica y sociocultural. Así se constituyen las vías de adquisición y pérdida de tal privilegio en los individuos, que no son más que el uso diferenciado por los Estados de las formas tradicionales de adquisición y pérdida de la ciudadanía, distinción que permite concentrar simultáneamente en un mismo individuo varias ciudadanía por cumplir los requisitos en uno y otro Estado para adquirirlas; igual sucede con la pérdida de tal privilegio en proceso inverso. De ahí que dicho fenómeno pueda tener lugar por la propia voluntad del sujeto o por las discrepancias entre las leyes de esos Estados en cuanto a la adquisición y pérdida de la ciudadanía. Por consiguiente, para la adquisición de la ciudadanía múltiple existen dos formas: (1) originaria: cuando el individuo nace vinculado a más de un Estado y las leyes de todos esos países por alguna razón le conceden la ciudadanía originaria, *v. gr.* el nacimiento de un niño de un matrimonio mixto cuyos padres sean ciudadanos de países que aplican la vía del *ius sanguinis* y el niño nace en un Estado que aplica la vía del *ius soli*<sup>12</sup>. (2) Derivativa, cuando el individuo obtiene una ciudadanía con posterioridad a la originaria conservando además esa ciudadanía de origen, *v. gr.* el matrimonio de una persona con un extranjero si su país no le priva de su ciudadanía y el país del cónyuge le confiere la ciudadanía de este; en caso de adopción, si el Estado adoptante le confiere su ciudadanía al niño adoptado en tanto el Estado del niño adoptado le mantiene la suya.

Desarrolladas las formas de adquisición de la ciudadanía múltiple, consideramos que lo atractivo del fenómeno no es su existencia en sí mismo, es decir, que el individuo presente un conflicto positivo de ciudadanía por la multiplicidad de vínculos que ostenta, sino su ejercicio efectivo en las relaciones jurídicas en las que interviene su titular, siendo necesario determinar cuál de todas las ciudada-

<sup>11</sup> Cuando la simple declaración unilateral del ciudadano es suficiente para romper vínculo con el Estado estaremos en presencia de una expatriación libre o automática, si se requiere la autorización del Estado para extinguir el vínculo entonces se evidencia la expatriación autorizada.

<sup>12</sup> “Con el paso de los años, se vuelven menos claras las distinciones entre *ius soli* y *ius sanguinis*. Algunos Estados con régimen *ius soli* han modificado sus reglas para otorgar la ciudadanía sólo a hijos nacidos de ciudadanos o de inmigrantes permanentes legales dentro del territorio del Estado; y algunos Estados con régimen *ius sanguinis* ahora otorgan la ciudadanía a niños de tercera generación nacidos en el Estado. Cada vez más gobiernos están revisando y modificando sus leyes de ciudadanía a la luz de las tendencias recientes. En la parte Sur del África, por ejemplo, cuatro Estados Miembros de SADC tienen leyes de ciudadanía que tienen menos de diez años, y en un quinto Estado Miembro, las leyes de ciudadanía se encuentran actualmente bajo revisión” (Organización Internacional para las Migraciones, s.f., p. 15).

nías que ostenta la persona ha de aplicarse en cada caso. De ahí el impacto de la ciudadanía múltiple en la ley aplicable al estatuto personal de los ciudadanos a partir del análisis de la ciudadanía y de la nacionalidad como puntos de conexión. ¿Qué alcance tiene el estatuto personal de los ciudadanos? ¿Cómo identificar la ciudadanía y la nacionalidad en el derecho internacional privado con el punto de conexión para la solución del conflicto de leyes? Son premisas que debemos responder *prima facie* la incidencia del fenómeno en la ley aplicable al estatuto personal de los ciudadanos.

El estatuto personal<sup>13</sup> —término que nace en la Edad Media<sup>14</sup>— es considerado en la doctrina moderna como el conjunto de instituciones jurídicas relativas a la persona natural y jurídica que han de regularse por su ley personal<sup>15</sup>. Su contenido varía según la concepción adoptada por cada ordenamiento jurídico estatal: restringida, cuando limita el contenido al estado civil y a la capacidad de la persona; intermedia, cuando incluye las relaciones del derecho de familia, y amplia cuando se extiende hasta la sucesión por causa de muerte (*Vid.* Dávalos Fernández et ál., 2007, pp. 24-25; Rodríguez Benot, 2010, pp. 186-187.). Para identificar la ley personal que rige el contenido del estatuto personal, los Estados siguen alguno de los siguientes criterios o puntos de conexión<sup>16</sup>: domicilio, nacionalidad (equiparada a la ciudadanía), residencia habitual, religión, voluntad, entre otros. De ellos la historia ha revelado el auge que en distintas etapas han alcanzado los criterios domicilio, nacionalidad y residencia habitual.

<sup>13</sup> El término estatuto personal a decir de autores como Mariano Aguilar Benítez De Lugo es un concepto ambiguo, para otros autores como Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González es equivoco y suscita enormes dudas, lo que obedece a su peculiaridad de englobar dos conceptos jurídicos distintos: en un ámbito subjetivo el estado de la persona (*status*) y en el ámbito objetivo el estatuto o ley aplicable a la persona (*statutum*). De ahí que la expresión estatuto personal se haya utilizado para enunciar los siguientes significados: (1) ley reguladora de las cuestiones relativas a la persona; (2) conjunto de materias que se rigen por la ley de la persona; y (3) conjunto de materias jurídicas referentes al individuo. *Cfr.* Calvo Caravaca, 2007, pp. 13-14; Aguilar Benítez de Lugo et ál., 1996, p. 23; Pérez Vera et ál., 1994, p. 19.

<sup>14</sup> Autores como José Luis Fernández Flores (s.f., p. 50) precisan que la noción de estatuto personal tiene su origen en los estatutos o leyes particulares de que gozaban las ciudades italianas del Norte a partir del último período de la Edad Media (Los estatutos eran leyes municipales que regían a las provincias o pueblos).

<sup>15</sup> La ley personal es la norma que cada Estado establece para sus ciudadanos y domiciliados (individuos y personas jurídicas), que han de acompañarlos más allá de las fronteras de ese Estado. En ese sentido la Escuela de La Habana [nombre que en el marco internacional se le atribuye a la doctrina de Antonio Sánchez Bustamante y Sirvén] la define como “aquella que se dicta para los ciudadanos y domiciliados según el sistema de Derecho Internacional Privado de cada país y los sigue a donde quiera que se trasladen” (Dávalos Fernández, 2006, p. 126).

<sup>16</sup> El punto de conexión es el elemento que selecciona el legislador para solucionar el conflicto de leyes ante la existencia de una relación jurídica que por incluir un elemento extranjero está sujeta a más de una legislación, esto es, el factor por el cual la norma de conflicto elige el derecho aplicable a la situación privada internacional. Son variadas las clasificaciones en la doctrina que versan sobre el punto de conexión. *V. gr.* (1) fijos y mutables, (2) simples, subsidiarios, alternativos y acumulativos, (3) no acumulativos, condicionales y acumulativos, (4) reales, personales y conductistas o relativos a los actos. De todas ellas nos interesa explicar la última: son *reales* cuando el criterio utilizado es el territorio donde están ubicados los bienes muebles e inmuebles, son *personales* cuando el criterio empleado es el domicilio, la nacionalidad, residencia habitual, etcétera, por estar vinculado a la persona y son *conductistas* cuando el criterio de conexión es el lugar de celebración o realización del acto jurídico, tramitación del proceso, de perpetración del delito, entre otros. Para más detalles *Vid.* Weinberg De Roca, 1997, p. 5; Biocca, 1997, pp. 67 y ss.; Dávalos Fernández, 2006, pp. 91-95.

En un primer momento que comprende todo el período estatutario hasta el siglo XVIII prevaleció el criterio del domicilio. La polémica en aquel entonces giraba en torno al carácter originario o electivo del domicilio. Autores como Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (que contextualizan esta etapa desde el siglo XVIII hasta inicios del siglo XIX) sostienen que la razón por la que primaba el concepto de domicilio en toda Europa se debía a la inexistencia de un derecho único para todo el Estado.

En un segundo momento que inicia en los primeros años del siglo XIX el criterio del domicilio es desplazado por el criterio de la nacionalidad, adoptado así en el ámbito interno por la mayoría de los países europeos y en el ámbito internacional en los primeros convenios elaborados por la Conferencia de La Haya en 1902 y 1905 en materia de tutela de menores y de matrimonio, separación, divorcio y efectos del matrimonio. Este cambio estuvo condicionado por dos factores esenciales: (1) el Código Civil francés de fecha 21 de marzo de 1804, que en su artículo 3, apartado 3, acogió el criterio de la nacionalidad motivado por el sentimiento nacional francés, la peculiaridad de ser Francia un potencial de emigrantes y el establecimiento por dicho código de una normativa legal única para toda Francia. Código que sirvió de inspiración a otros cuerpos legales como el Código piemontés de 1865, el Código Civil español de 1889 y la Ley de Introducción al Código Civil alemán de 1896. (2) La doctrina defendida por Pascual Estanislao Mancini (1851), quien sostuvo —inspirado en la finalidad política de convertir a Italia en un Estado independiente y unido— en una serie de conferencias impartidas a partir de 1851 en la Universidad de Turín, que “solo la nacionalidad era un criterio que permitía la existencia de los distintos Estados: cada soberano conoce los caracteres de su población y legisla para sus nacionales con independencia del país donde se encuentren” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2007, p. 15).

En una tercera etapa histórica, identificada con el inicio del siglo XX, se retoma el criterio del domicilio por su utilización en los países iberoamericanos a partir de los tratados suscritos en Montevideo en 1889, su mantenimiento por parte de los países anglosajones (en particular en el Reino Unido y en los Estados Unidos) e incluso su expansión hacia países europeos continentales. La cuarta y última fase histórica, desde mediados del siglo pasado hasta la actualidad, viene marcada por el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas. Se trata de la residencia habitual, que ha sido la preferentemente acogida por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>17</sup> —en particular desde su tercera etapa evolutiva— así como por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de derecho internacional privado promulgadas en los últimos años<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> La Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado o (Cohadip) es una organización internacional con sede en la ciudad de La Haya (Países Bajos) que tiene por objeto lograr la uniformidad o al menos la armonía en la variedad legislativa de las normas de derecho internacional privado a nivel mundial. Actualmente los miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado son 66 Estados y una organización internacional.

<sup>18</sup> Cfr. Rodríguez Benot, 2010, p. 188. Para más detalles sobre las diferentes etapas descritas *vid.* Aguilar Benítez de Lugo et ál., 1996, p. 24; Balestra, 1993, p. 55.

En el contexto actual, existen Estados que acogen el criterio de la nacionalidad amparados en razones patrióticas, políticas demográficas, o bien por el carácter fijo, estable, previsible y fácilmente determinable del punto de conexión nacionalidad<sup>19</sup>. No es menos cierto que la nacionalidad como factor determinante de la ley personal aplicable al estatuto personal en los supuestos del tráfico externo favorece a los países potenciales de emigrantes, pues permite someter a la misma ley a los ciudadanos domiciliados en el territorio nacional y a los emigrados. Los partidarios de este punto de conexión sostienen que la realidad ha demostrado que resulta más fácil cambiar de domicilio que de nacionalidad.

No obstante, en la arista internacional son varias las posturas asumidas en defensa de uno y otro de los criterios referidos. Los partidarios del punto de conexión domicilio afirman que permite una mayor vinculación con el medio social y cultural en el que se desenvuelve el individuo, ofreciendo esto mayor seguridad a terceros. Los defensores del criterio de la residencia habitual le atribuyen la posibilidad de conectarse con el medio real del individuo y evitar los problemas derivados de conflictos de calificación inherentes a la determinación de lo que es la nacionalidad o el domicilio, y por este motivo, el haber permitido los trabajos de codificación y unificación del derecho internacional. La nacionalidad criticada bajo los preceptos de no favorecer a los países receptores de emigrantes por incrementar la aplicación de leyes extranjeras, de no respetar la libertad del individuo de elegir el sistema legal que prefiere o de ser un punto de conexión complejo para los casos de apatridia o multinacionalidad, es considerada por sus seguidores como un criterio estable que evita el fraude de ley<sup>20</sup> y garantiza la seguridad en cuanto a la ley aplicable, además de permitirle a los emigrados mantener sus vínculos jurídicos y sociales con su país de origen (cfr. Dávalos Fernández et ál., 2007, p. 26; Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2007, p. 15.). Este criterio de conexión se determina mediante la ley causal o *lex causae*, pues es el país que otorga la nacionalidad el que determina quiénes son nacionales según su legislación (Weinberg De Roca, 1997, p. 95).

El uso del punto de conexión nacionalidad homologado al término ciudadanía en los supuestos de tráfico externo impone la necesaria explicación de los llamados

<sup>19</sup> *V. gr.* España y Francia en el continente europeo. El artículo 9 apartado 1 del Código Civil de España regula: “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. El derecho francés al amparo del artículo 3 del Código Civil determina como ley aplicable a la capacidad del individuo y a las condiciones de fondo del matrimonio, la ley nacional de la persona física. Ley nacional que también rige los supuestos de filiación no adoptiva. Para más detalles *vid.* Kleiner (s.f.); Código Civil de España de 1889 con la reforma introducida por la Ley 54/07 de 28 de diciembre, concordado por Francisco Javier Fernández Urzainqui, 19ª edición, Editorial Aranzadi S. A, Thomson Reuters, España, septiembre de 2009.

<sup>20</sup> Los autores Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo sostienen que “para el Derecho Internacional Privado el fraude de ley es la utilización de medios lícitos con el fin de alcanzar un resultado ilícito, en la que el particular burla la ley designada aprovechando la mutabilidad de los puntos de conexión”. Por su parte Diego Guzmán Latorre refiere que “hay fraude de ley cuando una persona se sustrae voluntaria y conscientemente a una ley imperativa o prohibitiva determinada y se coloca bajo el imperio de otra ley, mediante el cambio real y efectivo de alguna de las circunstancias o factores de conexión”. *Vid.* Fernández Rozas, 1996, p. 355; Guzmán Latorre, 1997, p. 394.

conflictos de ciudadanía. El conflicto será positivo cuando una persona ostenta más de una ciudadanía (ciudadanía múltiple) y negativo cuando adolece de ciudadanía (apátrida), conflictos que deberán solucionarse en correspondencia a lo dispuesto por la ley del foro y previo a la solución del fondo del asunto en la situación privada internacional de que se trate. El conflicto negativo no ofrece mayores dificultades, pues se cambia el punto de conexión nacionalidad por el punto de conexión domicilio, residencia o cualesquiera que determine el sistema de derecho internacional privado del Estado que conoce del asunto. Para los conflictos positivos de ciudadanía, el derecho internacional privado propone como solución el principio de ciudadanía efectiva que consiste en aplicar como ciudadanía determinante, única, exclusiva, aquella que coincide con la del Estado que conoce de la situación privada internacional, principio defendido en la doctrina moderna por autores como Larrea Holguín, quien sostiene que “los derechos y obligaciones que confiere la doble nacionalidad se ejercen solamente mientras se reside en el respectivo país, quedando como latentes los derechos y obligaciones propios de la otra nacionalidad” (1998, p. 49. Cfr. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1996, p. 355; Guzmán Latorre, 1997, p. 394.).

Como puede apreciarse, la ciudadanía efectiva es aquella que se ejerce por razón de la residencia cuando se ostenta más de una, por ser el país donde el individuo cumple sus obligaciones y ejercita sus derechos. En tal sentido se pronunció Peraza Chapeu (1985, p. 30) al referir que los casos de doble ciudadanía —modalidad de la ciudadanía múltiple— deben solucionarse mediante la utilización del principio de ciudadanía efectiva, así el sujeto será considerado ciudadano del Estado cuya ciudadanía ostenta, donde habitualmente reside y con el que está realmente vinculado. Ciudadanía que puede verificarse al medirse el tiempo de residencia interrumpida o consecutiva o según los desplazamientos internacionales con el cotejo del pasaporte y su correspondencia con la ciudadanía que se utilice para ingresar a otros países. En defecto del principio de ciudadanía efectiva, son variadas las soluciones propuestas en los diferentes ordenamientos jurídicos: aplicar la ciudadanía de origen, la última adquirida, la que coincide con el domicilio o incluso la ciudadanía que voluntariamente seleccione el sujeto implicado.

Si bien la existencia de ciudadanía múltiple ha sido el talón de Aquiles en la aplicación del punto de conexión nacionalidad para identificar la ley aplicable al estatuto personal de los ciudadanos, solventado con la ciudadanía efectiva o activa, es hoy día un desafío para los Estados determinar cuándo las obligaciones principales deben ser para con el Estado de residencia o para con el Estado de nacimiento y cuál de los Estados será el principal protector de la persona. No obstante, la ciudadanía múltiple que puede estar fundada en un sentido genuino de pertenencia a más de un lugar o comunidad, facilidad de viaje, o conveniencia de inversiones comerciales, es una cuestión inevitable que puede favorecer la economía de los países. De ahí que la actual economía global y el clima político estimulen a los Estados para que acepten la doble y múltiple ciudadanía por ser la ciudadanía

garante de la unión entre los Estados y sus ciudadanos, siendo necesario el análisis en el derecho comparado de la postura que asumen los países representativos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, paradigma de identidad nacional pluralista y de formas de ciudadanía diferenciada y multicultural, conformado por las Constituciones más progresistas y democráticas de Latinoamérica.

### 3. MULTIPATRIDIA A LA LUZ DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

El estudio de derecho comparado en los países que integran el nuevo constitucionalismo latinoamericano comprende el tratamiento constitucional que cada Estado confiere al fenómeno de ciudadanía múltiple, el criterio de conexión utilizado por sus respectivos sistemas conflictuales para determinar la ley aplicable al estatuto personal de sus ciudadanos y la concepción que asumen respecto al contenido del estatuto personal.

Han sido seleccionados los países que representan el nuevo constitucionalismo latinoamericano por constituir este un paradigma de identidad nacional pluralista y de formas de ciudadanía diferenciada y multicultural, además del extenso catálogo de derechos que caracteriza a las Constituciones que lo conforman, lo que incide en el contenido de la ciudadanía múltiple al incrementarse el conjunto de derechos en los individuos que sostienen un vínculo político-jurídico con Venezuela, Ecuador y Bolivia.

Fueron objeto de estudio:

- Constitución de Venezuela de 1999.
- Constitución de Ecuador de 2008.
- Constitución de Bolivia de 2009.
- Tratados de Montevideo de 1889<sup>21</sup>.
- Código de Bustamante de 1928.
- Tres códigos civiles.
- Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.
- Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de Venezuela de 2004.
- Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado boliviano de 1994.

<sup>21</sup> “Las llamadas Convenciones de Montevideo surgen como iniciativa de Argentina y Uruguay a fin de y tratar de uniformar, mediante tratados, las diversas materias que abarca el Derecho Internacional Privado. Se componen de dos grupos o bloques de tratados, adoptados todos en Montevideo, Uruguay, unos en el Primer Congreso Internacional Sudamericano del Derecho Internacional Privado, celebrado entre agosto de 1888 y febrero de 1889, y los otros en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, celebrado, en dos etapas: la primera entre el 18 de julio y el 4 de agosto de 1939, y la segunda del 6 al 19 marzo de 1940. En el Primer Congreso se aprobaron ocho convenciones y un protocolo adicional. Las convenciones o tratados abordan las materias siguientes: Derechos Civil Internacional, Derecho Procesal Internacional, Derecho Comercial Internacional, Derecho Penal Internacional, Propiedad Literaria y Artística, Patentes de Invención, Marcas de Comercio y de Fábrica, Ejercicio de Profesiones Liberales”. Cfr. Dávalos Fernández, 2006, p. 72.

La nacionalidad, siguiendo estos textos constitucionales, es adquirida de forma originaria a partir de la aplicación de los principios del *ius sanguinis* y el *ius soli* o de forma derivativa mediante naturalización<sup>22</sup>, y constituye un requisito previo para obtener la ciudadanía. En Venezuela y Ecuador la regulación del *ius soli* y del *ius sanguinis* como elementos determinantes de la nacionalidad se identifican por su carácter absoluto, mientras que en Bolivia solo el principio del *ius sanguini* alcanza una connotación absoluta.

El carácter absoluto del *ius soli* se refleja por el solo hecho de nacer en el territorio nacional,

*así sea por accidente y sin que se establezca jamás algún vínculo con la Nación, [...]. No se tomaron en cuenta, por lo demás, los graves problemas migratorios que se han desarrollado en las últimas décadas, de latinoamericanos indocumentados, que están afectando el concepto mismo de nacionalidad [...]* (Brewer-Carías, 2004, p. 218).

Respecto al *ius sanguinis*, se evidencia en los hijos de padre y madre nacionales por nacimiento, nacidos en el exterior, aunque nunca establezcan vínculo con la Nación.

La nacionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, a diferencia del concepto propuesto en el epígrafe anterior<sup>23</sup>, representa el vínculo político-jurídico del individuo con el Estado<sup>24</sup>, siendo diferente la concepción de ciudadanía en uno y otros países. Venezuela<sup>25</sup> y Bolivia consagran la ciudadanía como la condición jurídica que permite el goce y el ejercicio de los derechos y deberes políticos previstos en la Constitución y en las leyes, no así Ecuador que regula la nacionalidad y la ciudadanía como términos equivalentes<sup>26</sup>.

Los tres países aceptan en el contexto actual el fenómeno de ciudadanía múltiple, especialmente la doble ciudadanía, bajo las expresiones “la nacionalidad no se per-

<sup>22</sup> Cfr. Constitución de Venezuela de 1999: Título III “De los deberes, derechos humanos y Garantías”, Capítulo II “De la nacionalidad y ciudadanía”, Sección Primera “De la Nacionalidad”, Artículos 32 y 33, publicada en Gaceta Oficial, No. 5.453, extraordinario, de 24 de marzo de 2000. Recuperado de: <http://www.analitica.com/bitblo/anc/constitucion1999.asp> (8 de marzo del 2014); Constitución de Ecuador de 2008: Título I “Elementos constitutivos del Estado”, Capítulo Segundo “Ciudadanas y Ciudadanos”, Artículos 6. 3er. párrafo, 7 y 8, publicada en el R.O. No. 449, de 20 de octubre de 2008; Constitución de Bolivia de 2009: Título V “Nacionalidad y Ciudadanía”, Capítulo I “Nacionalidad”, Artículos 141 y 142.

<sup>23</sup> *Vid. supra* 2.

<sup>24</sup> “Es un vínculo jurídico y político que relaciona a las personas con un Estado, y determina un estatuto especial que adjudica un conjunto de derechos y obligaciones al sujeto que la ostenta” (Larrea Holguín, 1998, pp. 45-46).

<sup>25</sup> “La ciudadanía es el vínculo político que se establece entre una persona y el Estado, que le permite participar en el sistema político. Por ello, el ciudadano es esencialmente el venezolano” (Brewer-Carías, 2004, p. 220).

<sup>26</sup> Cfr. Constitución de Venezuela de 1999: Título III “De los deberes, derechos humanos y Garantías”, Capítulo II “De la nacionalidad y ciudadanía”, Sección Segunda “De la Ciudadanía”, Artículo 39; el artículo 4 apartados 4 y 6 de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de Venezuela de 2004; el artículo 6 de la Constitución de Ecuador de 2008; Constitución de Bolivia de 2009: Título V “Nacionalidad y ciudadanía”, Capítulo II “Ciudadanía”, Artículo 144.II; Osuna, 2000, pp. 15-18.

derá por adquirir otra nacionalidad” y “la nacionalidad no se perderá por adquirir una nacionalidad extranjera”<sup>27</sup>. Las Constituciones contemporáneas favorecen sin limitaciones ni discriminaciones la adquisición de otra nacionalidad conservando la nacionalidad venezolana, ecuatoriana o boliviana, según el caso.

La admisión de más de una nacionalidad en las respectivas Constituciones impone la siguiente interrogante: ¿incide la nacionalidad múltiple en la ley aplicable al estatuto personal de los ciudadanos venezolanos, ecuatorianos y bolivianos? Es común en la mayoría de los países americanos la adopción del domicilio como factor de conexión personal. Venezuela, Ecuador y Bolivia —países de inspiración territorialista— no están al margen de esta tendencia moderna. Los tres sistemas conflictuales se acogen a la concepción amplia de estatuto personal que incluye el estado y capacidad de la persona, los derechos y deberes derivados de las relaciones de familia y la sucesión por causa de muerte, tipos legales que regulan de forma separada ante la inexistencia de una normativa que reglamente el concepto de ley personal y los supuestos legales que deberá regir. Venezuela y Bolivia asumen el criterio de conexión domicilio para determinar la ley aplicable al estatuto personal, en cambio Ecuador asume un criterio mixto que divide la regulación del contenido del estatuto personal al indicar para determinados tipos legales la ley de la nacionalidad de la persona individual, dejando el resto a la ley del domicilio. Las peculiaridades de estos sistemas conflictuales que responden preferentemente al criterio de conexión domicilio —postura favorable por ser países de inmigrantes—, permite la aceptación del fenómeno de nacionalidad múltiple sin mayores trascendencias en materia de estatuto personal y de ley aplicable a este.

### 3.1. Venezuela

En la Constitución venezolana el fenómeno de ciudadanía múltiple adquiere connotación y plena aceptación con el artículo 34, que regula: “La nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad”. No obstante, resulta curioso cómo este principio de doble nacionalidad queda restringido en cuanto al ejercicio de determinados cargos públicos al exigir la Constitución no solo la nacionalidad originaria, sino como única nacionalidad la venezolana al amparo del artículo 41<sup>28</sup>.

La admisión de la nacionalidad múltiple en la actual Constitución de 1999 hace necesario el análisis del criterio de conexión utilizado por el sistema conflictual venezolano a fin de determinar la ley aplicable al estatuto personal de los venezolanos, especialmente aquellos que ostentan más de una nacionalidad. Para realizar este estudio debemos partir del análisis del Código de Bustamante de 1928, ratifi-

<sup>27</sup> Cfr. Artículo 34 de la Constitución de Venezuela de 1999; Artículo 6 párrafo tercero de la Constitución de Ecuador de 2008 y el artículo 143 de la Constitución de Bolivia de 2009.

<sup>28</sup> Cfr. Artículo 41 de la Constitución de Venezuela de 1999.

cado por Venezuela con reservas parciales<sup>29</sup>, y de la Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998, puesta en vigor el 6 de febrero de 1999.

En relación con la determinación de la ley personal, el Código de Bustamante establece en su artículo 7 que: “Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior”. Este precepto ha sido criticado porque lejos de lograr una armonización en cuanto al criterio de conexión para determinar la ley personal que regula el estatuto de las personas físicas, genera diversidad entre los Estados signatarios que pueden aplicar criterios distintos sin vulnerar el convenio. De ahí que Venezuela, en un primer momento, se acogiera al criterio de la nacionalidad<sup>30</sup> en los artículos 9 y 26 del Código Civil y luego con la Ley de Derecho Internacional Privado adoptara el criterio del domicilio<sup>31</sup> para regular el estado y la capacidad de las personas físicas, las relaciones del derecho de familia y la sucesión<sup>32</sup>, abandonando así la tradición venezolana vigente desde 1862.

Este cambio no solo aproxima la solución venezolana a la postura asumida por la mayor parte de los países americanos y de aquellos que se acogen al sistema jurídico del *common law*, sino que se ajusta mejor a las realidades demográficas, económicas y sociales del país, máxime si tenemos en cuenta el notable flujo de inmigrantes desde las décadas de los cincuenta y setenta hasta la actualidad, que han convertido al país en el tercero de América Latina con mayor número de inmigrantes. De ahí que resulte más factible para el Estado venezolano la aplicación de la ley del domicilio de los extranjeros a fin de lograr con prontitud su asimilación al país, esto es, someter a los extranjeros a su normativa interna en aras del vínculo directo e inmediato existente con sus domiciliados, evitando así la aplicación del derecho extranjero.

<sup>29</sup> Venezuela se reserva la aceptación de los artículos 16, 17, 18, 24, 35, 39, 43, 44, 49, 50, 57, 58, 62, 64, 65, 67, 70, 74, 87, 88, 139, 144, 157, 174, 247, 248, 301, 324, 348, 360, 378, y desde el 423 hasta el 435. Respecto a la prisión perpetua este país no reconoce tal sanción.

<sup>30</sup> La tendencia territorialista que se manifestó desde el primer Código Civil venezolano en 1862 generó la coexistencia de dos elementos antagónicos, esto es, un sistema estatutario con factor de conexión nacionalidad por una parte y la vigencia de una disposición absolutamente territorialista por la otra, denominado en la doctrina venezolana por Lorenzo Herrera Mendoza “hibridismo antagónico”, lo que motivó la aplicación abusiva de la *lex fori* por parte de los tribunales venezolanos en aquel entonces. *Id.* De Maekelt (s.f.).

<sup>31</sup> La Ley dedica su capítulo II a la regulación del domicilio. De acuerdo con la norma el domicilio de una persona natural se encuentra en el territorio del Estado donde aquella tiene su residencia habitual (artículo 11). Asimismo, se califica una serie de domicilios especiales: domicilio de la mujer casada (art. 12), de los menores e incapaces (art. 13), funcionarios públicos (art. 14). Aun cuando la Ley de Dipri no regula el fraude a la ley de manera general, el aparte único del artículo 23 de la Ley de Dipri regula un supuesto de fraude a la ley a los fines de la determinación de la ley aplicable al divorcio. Allí prevé que el cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con la intención de fijar en él la residencia habitual. El domicilio juega un papel fundamental también como criterio atributivo de la jurisdicción (artículos 15 y 39). Estas calificaciones resultan de gran importancia, en la medida en que garantizan la correcta interpretación del nuevo factor de conexión y, por consiguiente, su adecuada aplicación. *Cf.* de de Maekelt, s.f. y Hernández-Bretón, s.f.

<sup>32</sup> *Id.* Artículos 16, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998.

## 3.2. Ecuador

La Constitución de 2008, en su artículo 6, consagra ciudadanía y nacionalidad como términos homólogos e introduce como novedoso en el segundo párrafo del propio artículo el concepto de nacionalidad en tanto vínculo político-jurídico de las personas con el Estado, institución que al amparo de lo establecido en el artículo 42 del Código Civil se interpreta como un atributo de la personalidad<sup>33</sup>. En tal sentido, consagra que la nacionalidad ecuatoriana no se perderá por la adquisición de otra nacionalidad<sup>34</sup>.

La existencia legal en Ecuador de ciudadanos con más de una nacionalidad nos conduce al estudio del criterio de conexión empleado por el sistema conflictual ecuatoriano para identificar la ley personal que regula el estatuto personal de los ecuatorianos. Ecuador, a diferencia de Venezuela y como la mayoría de los países americanos, no cuenta con un código de derecho internacional privado, sus normas se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico, siendo preciso acudir en el orden interno a la Constitución de la República, los principales códigos, leyes, reglamentos, acuerdos y resoluciones administrativas; y en el ámbito externo a los tratados y convenciones suscritos y ratificados por Ecuador, en especial el Código de Bustamante aprobado en la Convención Panamericana de 1928, que ratificó con “reservas generales”<sup>35</sup>.

Del estudio de las fuentes del sistema de derecho internacional privado ecuatoriano se interpreta el marcado carácter territorialista de las leyes, consagrado en el artículo 13 del Código Civil de 1970 vigente que dispone: “la ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros y su ignorancia no excusa a persona alguna”, denominado en la doctrina ecuatoriana por monseñor Juan Larrea Holguín (1998, pp. 77, 253 y ss.) como el principio de la básica territorialidad de las leyes. Según el propio escritor, este principio presenta amplias y variadas excepciones, consecuencia quizás de la preferencia del Código Civil por la ley del domicilio respecto a las cuestiones relativas al individuo.

El sistema conflictual ecuatoriano se acoge a la concepción amplia del estatuto personal y adopta un criterio mixto para identificar la ley aplicable al mismo. A decir de monseñor Larrea, la gran discusión sobre cuál ha de ser la ley personal

<sup>33</sup> Según el artículo 42 del Código Civil de Ecuador “son ecuatorianos los que la Constitución del estado declare tales. Los demás son extranjeros”. Cfr. Código Civil de Ecuador de 1970, codificación publicada en el Suplemento del R. O. No. 46, 24 de junio de 2005. Recuperado de: [http://www.ecuamundo1.com/lex-duralex/c%C3%B3digo-civil-ecuatoriano\(7 de junio del 2013\)](http://www.ecuamundo1.com/lex-duralex/c%C3%B3digo-civil-ecuatoriano(7%20de%20junio%20del%202013)).

<sup>34</sup> Cfr. artículo 8 de la Constitución de Ecuador de 2008.

<sup>35</sup> A decir del profesor Dávalos las reservas de carácter general aluden a todas aquellas disposiciones contenidas en el Código que se opongan a la legislación, derecho o criterios internos. Estas reservas equivalen a la no ratificación del Código, ya que por su índole, impide la determinación del ámbito del compromiso asumido. *Vid.* Dávalos Fernández, 2006, p. 69.

que rijan el estado civil y la capacidad de las personas, que no quedó resuelta en el Código Sánchez de Bustamante, se soluciona en el Código Civil ecuatoriano vigente con la preferencia de la ley de la nacionalidad (Larrea Holguín, *ídem.*), al amparo del artículo 14 que establece:

*Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria: (1) En todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que estos deban verificarse en el Ecuador; y, (2) En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos.*

Norma indirecta que —según los principios informantes de la norma de conflicto sustentados en la doctrina cubana por autores como el profesor Dávalos— vulnera el principio de bilateralidad, pues se limita a indicar la ley ecuatoriana para regir el estado y capacidad civil de los ecuatorianos, así como las relaciones del derecho de familia cuando los actos jurídicos de que se trate tengan lugar o deban ejecutarse en Ecuador y para los casos de cónyuges y parientes ecuatorianos, sin indicar la ley aplicable a los actos jurídicos realizados por ciudadanos ecuatorianos en Estado extranjero y a los derechos y deberes derivados de las relaciones de familia cuando el cónyuge y los parientes son foráneos. Respecto a la sucesión por causa de muerte, el Código Civil utiliza el criterio de conexión domicilio, de ahí que declare en su artículo 1019 como ley aplicable la del último domicilio del causante<sup>36</sup>.

### 3.3. Bolivia

La Constitución de 2009 consagra en su artículo 143, apartados I y II, que: (i) Las bolivianas y los bolivianos que contraigan matrimonio con ciudadanas extranjeras o ciudadanos extranjeros no perderán su nacionalidad de origen. La nacionalidad boliviana tampoco se perderá por adquirir una ciudadanía extranjera. (ii) Las extranjeras o los extranjeros que adquieran la nacionalidad boliviana no serán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen.

La aceptación de la nacionalidad múltiple en Bolivia al amparo de la Constitución de 2009 motiva la necesaria determinación del criterio de conexión adoptado por el sistema conflictual boliviano a los efectos de ilustrar hasta qué punto incide o no el fenómeno de nacionalidad múltiple en la ley aplicable al estatuto personal de los bolivianos que gozan de tal privilegio. Como en gran parte de los Estados americanos, las normas de derecho internacional privado en Bolivia se caracterizan por su dispersión, así podemos encontrar preceptos en la Constitución, leyes especiales, entre otros cuerpos legales y en el ámbito internacional, pese a no ser

<sup>36</sup> Cfr. artículo 1019 del Código Civil de Ecuador vigente.

el único, cobra relevancia el Código de Bustamante que —al igual que Ecuador— ratificó con reservas generales<sup>37</sup> mediante la Ley de 2 de enero de 1932<sup>38</sup>.

El sistema de derecho internacional privado boliviano —con independencia de la dispersión legislativa que lo caracteriza— muestra deficiencias<sup>39</sup> derivadas en esencia de

*las contradicciones que se presentan por la confusión originada por la suscripción tanto de los Tratados de Montevideo de 1889 y el Código de Derecho Internacional Privado de 1928, la no ratificación de los Tratados de Montevideo de 1940 y la ausencia de ratificación de 18 convenciones interamericanas sobre diversos tópicos del Derecho Internacional Privado* (Salazar Paredes, 2014, pp. 9-10).

El catedrático Fernando Salazar Paredes resume esta situación como la falta en el país de una orientación definida en materia de derecho internacional privado, motivo incluso de la necesaria creación de una ley de derecho internacional privado boliviano.

Al respecto, el propio autor propone un proyecto de ley de derecho internacional privado<sup>40</sup> que responde a la concepción amplia de estatuto personal y emplea

<sup>37</sup> Sobre tales reservas se ha planteado que constituye un verdadero contrasentido, ya que el Código de Derecho Internacional Privado pretendía eliminar o al menos reducir la anarquía legal e interpretativa, en cambio Bolivia al formular reservas se adhirió únicamente a lo que no contradice su propia legislación nacional y los tratados internacionales suscritos por ella, persistiendo en la diversidad acentuada.

<sup>38</sup> “El desarrollo internacional del derecho internacional privado [en Bolivia] se perfecciona a través de tratados y convenciones. Los tratados y convenciones, de acuerdo a nuestra legislación, se incorporan a la legislación boliviana mediante el proceso legislativo previsto en la Constitución Política del Estado para el efecto. Esto es que el Poder Ejecutivo suscribe el tratado o convenio, el Poder Legislativo lo aprueba mediante Ley y, solo entonces, el Poder Ejecutivo, después de promulgar la ley, lo ratifica y lo canjea o deposita, según el caso” (Salazar Paredes, 2014, p. 10).

<sup>39</sup> “[...] de más de una veintena de convenciones especializadas en la materia, todas suscritas por el Estado boliviano, solo se han ratificado siete. Es más, el primer gobierno democrático, en un esfuerzo sin precedentes para modernizar el Derecho Internacional Privado boliviano y, por ende, beneficiar a las relaciones privadas de índole internacional, auspició la Tercera Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado en 1984 en la que se aprobaron —y Bolivia las suscribió cuatro convenciones, ninguna de las cuales ha sido ratificada por el país. El contexto jurídico político nacional que enmarca el desarrollo del derecho internacional privado es reactivo, cuando debería ser pro-activo, en función de los intereses nacionales” (Salazar Paredes, 2014, pp. 9-10).

<sup>40</sup> “Bolivia cuenta con un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. El mismo fue publicado, en su primera versión que sigue los lineamientos de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998, por su autor, el Dr. Fernando Salazar-Paredes, en el libro *Derecho internacional privado boliviano* (Cerid, La Paz, 2004), en el último capítulo titulado ‘Hacia un derecho internacional privado boliviano’. El proyecto fue discutido en diversos paneles tales como el que tuvo lugar el 11 de mayo de 2005, titulado “Ante proyecto de ley de derecho internacional privado boliviano”, en el Salón Auditorio de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (UPSA) dentro de las IV Jornadas Jurídicas UPSA, Santa Cruz de la Sierra y en el Encuentro de profesores de derecho internacional privado argentinos, bolivianos y uruguayos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica, los días 2 y 3 de septiembre de 2005. Posteriormente, durante 2008, el dr. Salazar-Paredes solicitó la opinión de conocidos especialistas bolivianos, Nabil Miguel-

el criterio de conexión domicilio para indicar la ley aplicable al mismo, con la particularidad de admitir indistintamente el criterio de conexión “domicilio” o “nacionalidad” para determinar el derecho más favorable a la capacidad de la persona a fin de otorgar testamento o revocarlo<sup>41</sup>. Tal postura se corresponde en cierta medida con la regulación actual, pues a tenor del Código Civil de 1976 vigente, la sucesión por causa de muerte se rige por la ley del último domicilio del *cujus* con independencia de la nacionalidad de sus herederos<sup>42</sup>, criterio de conexión que se extiende a la capacidad de las personas y a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de familia al amparo de lo establecido en la Convención de Derecho Civil Internacional del Tratado de Montevideo de 1889<sup>43</sup> y alternativamente en el Código de Bustamante.

Consideraciones generales del estudio de derecho comparado:

- Con independencia de ser la nacionalidad un requisito para la obtención de la ciudadanía o sinónimo de esta, es común en los tres países la concepción del término más allá del mero vínculo sociopsicológico del individuo con su nación en aras de su idiosincrasia, lo que motiva su adquisición de modo originario o derivativo y que la multipatría solo sea posible en la nacionalidad, de ahí la denominación de doble o múltiple nacionalidad empleada en el estudio comparado. Este fenómeno es aceptado por Venezuela, Ecuador y Bolivia como mecanismo que garantiza la conservación del vínculo entre los nacionales y el Estado.
- De los tres países Venezuela es el más avanzado, no solo por ser primaria en asumir la multipatría a la luz del nuevo constitucionalismo en el año 1999, sino por contar en el orden interno con un Código de Derecho Internacional Privado. En el ámbito internacional es común en ellos la suscripción y ratificación del Código de Bustamante con independencia de las reservas declaradas por cada Estado. A pesar de no existir un criterio unánime en sus sistemas conflictuales respecto al punto de conexión utilizado para identificar la ley reguladora del estatuto personal, prevalece el factor domicilio y la concepción amplia de este.

Agramont y Gonzalo Mendieta-Romero, ambos juristas dedicados a la praxis del derecho privado boliviano, y Jorge Encinas-Cladera, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Técnica de Oruro. Los tres ex alumnos del profesor Salazar Paredes aportaron con su conocimiento y experiencia la necesidad de algunos ajustes adicionales. Asimismo, como el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado boliviano cuenta con una sección dedicada a las Obligaciones por Medios Telemáticos, se cruzó con la Ley sobre Documentos, Firmas y Comercio Electrónico, aprobada en agosto de 2007, observándose que no existía incompatibilidad entre ambos textos” Tomado de Cuomo (s.f.), p. 1.

<sup>41</sup> Cfr. Los artículos 21, 38, 83 y 84 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado boliviano.

<sup>42</sup> Cfr. Artículo 1001 del Código Civil boliviano.

<sup>43</sup> Cfr. Los Artículos 1, 12, 13, 17, 19 de la Convención de Derecho Civil Internacional del Tratado de Montevideo de 1889.

#### 4. ¿INCIDE EL FENÓMENO DE CIUDADANÍA MÚLTIPLE EN LA LEY APLICABLE AL ESTATUTO PERSONAL DE LOS CIUDADANOS CUBANOS?

Los sistemas conflictuales se caracterizan —salvo excepciones— por su dispersión legislativa. Así se pronuncia Dávalos cuando expresa:

*[...] el Derecho Internacional Privado es pobre en su independencia legislativa, por lo que —salvo en los casos de las codificaciones internacionales y algunos que otros acabados sistemas conflictuales— no es usual ver agrupados o identificadas sus disposiciones, sino que se trata, la más de las veces, de normas dispersas en el contenido de la legislación sustantiva de los Estados cuya nota característica es la presencia del elemento extranjero en la regulación jurídica a la cual se aplican. (Dávalos Fernández, 2006, p. 3)*

El sistema conflictual cubano no cuenta con un cuerpo metódico y sistemático que agrupe las normas que integran el derecho internacional privado como parte de nuestro sistema jurídico interno. De ahí que la regulación del estatuto personal de los ciudadanos en el ámbito interno esté recogida en determinados preceptos de la Ley 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil, y no en una ley de derecho internacional privado. En la arista internacional el estatuto personal es regulado por el Código de Bustamante<sup>44</sup> ratificado sin reservas por el Estado cubano.

Del estudio de estas fuentes de derecho internacional privado se percibe que el sistema conflictual cubano adopta la concepción amplia del estatuto personal de los individuos cuyo contenido regula por separado en el Código Civil: la capacidad de la persona en el artículo 12, los derechos y deberes de familia y el estado civil en la disposición especial segunda y la sucesión por causa de muerte en el artículo 15<sup>45</sup>, tipos legales que somete a la ley de ciudadanía de la persona en cumplimiento de la facultad estatal reconocida por el artículo 7 del Código de Bustamante<sup>46</sup>. Esta ley personal identificada por el criterio de conexión “ciudadanía”, ha sido definida en el artículo 3, apartado I, del propio Código de Bustamante —profesor que la denominó “norma de orden público interno”— como las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país.

Si el sistema conflictual cubano utiliza el punto de conexión “ciudadanía” para determinar la ley aplicable al estatuto personal del individuo —criterio que

<sup>44</sup> Cfr. Código de Bustamante de 1928 en: Dávalos Fernández, 2006, sobre la capacidad civil de la persona los artículos 7, 27, 36, 60, 73, 94, 146, 152, 161, 176, 232, 404; respecto al estado civil y los derechos y deberes de familia los artículos del 36 al 40 y del 43 al 46; en relación a la sucesión por causa de muerte el artículo 144.

<sup>45</sup> Cfr. Los artículos 12 y 15 en relación con la Disposición Especial Segunda, todos de la Ley No. 59 Código Civil de 16 de julio de 1987, anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2011.

<sup>46</sup> Vid. supra III- Venezuela.

compartimos por ser Cuba un Estado de emigrantes, lo que le permite mantener el vínculo con sus ciudadanos—, en los supuestos de multipatridia ¿cuál es la ley aplicable al estatuto personal? Una de las deficiencias que presenta el Código Civil cubano radica en la ausencia de un precepto legal que dé solución inmediata a los conflictos positivos de ciudadanía en los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas civiles sometidas a las autoridades cubanas. En principio esta particularidad no pudiera catalogarse como una deficiencia si partimos del texto constitucional que prohíbe la doble ciudadanía, y con ello elimina toda posible manifestación de conflictos positivos de ciudadanía en los cubanos que lo sean por nacimiento o por naturalización. Sin embargo, al amparo del principio de bilateralidad, la norma de conflicto debe señalar el derecho aplicable a una relación jurídica en que resulte o no competente el derecho local, esto es, en las relaciones jurídicas de naturaleza civil cuyo elemento extranjero radica en alguno o todos los sujetos de dicha relación.

Unido a ello, la realidad actual de la sociedad cubana que escapa de la ley refleja la existencia real y notable de personas con más de una ciudadanía, sean estos cubanos o extranjeros, situación que ha sido resuelta a tenor del Código de Bustamante, que establece en su artículo 9 como primera solución la aplicación del principio de ciudadanía efectiva, esto es, aplicar la ciudadanía que coincida con la del Estado que conoce del asunto. En nuestro caso, se tomaría la ciudadanía cubana como la única; en su defecto y al amparo de lo establecido en el artículo 10 se tendrá como válida la ciudadanía que coincide con el domicilio de la persona, y de no ser posible esta solución, el artículo 11 remite a los principios aceptados por la ley del juzgador, medida que ha creado una laguna en el ordenamiento jurídico cubano solventada por la práctica jurídica con la adopción del criterio de la última ciudadanía adquirida (cfr. Dávalos Fernández et ál., 2007, p. 6). Tal deficiencia provoca la falta de plenitud del ordenamiento jurídico, de ahí que sea prudente su regulación legal en el orden interno.

Ante la ausencia de un código de derecho internacional privado sería loable modificar el Código Civil en aras de incluir la definición expresa de ley personal y los tipos legales llamados a regular. Resulta necesario a su vez reglamentar las soluciones que establece el sistema conflictual cubano a los conflictos positivos y negativos de ciudadanía y domicilio<sup>47</sup>. Ahora bien, aunque se pudiera fundamentar

<sup>47</sup> En los supuestos de apatridia estamos en presencia de un conflicto negativo de ciudadanía que implica según el sistema conflictual cubano el cambio del punto de conexión ciudadanía por domicilio o residencia. El artículo 12 segundo párrafo del Código Civil responde al criterio sostenido cuando establece como ley aplicable a la capacidad civil de los apátridas que residen en Cuba, la ley cubana. Los conflictos positivos de domicilios evidentes cuando en una persona radican varios domicilios, son resueltos por el Código de Bustamante de la siguiente forma: (1) hacer prevalecer el domicilio legal frente al voluntario si fuese el caso. (2) Si se tratase de varios domicilios legales prima el del Estado donde se conoce del asunto. 3) si ninguno quedase ubicado en él, habría que recurrir al criterio que la ley del foro acoja para estas situaciones, siendo el más socorrido el de hacer prevalecer el último domicilio adquirido (artículo 25). Para los conflictos negativos de domicilio el artículo 26 dispone el cambio del punto de conexión domicilio por residencia y en su defecto se tomará en cuenta el paradero de la persona. Para más detalles *vid.* Dávalos Fernández et ál., 2007, pp. 5-10.

su inclusión en el propio Código Civil por regular este cuerpo legal la categoría jurídica “domicilio” dentro del título II “Sujetos de la relación jurídica”, en los artículos 28, apartado 3, y 43, por la incidencia del punto de conexión “ciudadanía” en el estatuto personal del sujeto y para de esta forma evitar la dispersión legislativa, compartimos el criterio de Prieto Valdés, Pérez Hernández y Sarracino Rivero cuando refieren que la ciudadanía no es de naturaleza civil ni política, la condición de ciudadano permite el goce de derechos civiles, políticos, socioeconómicos y culturales<sup>48</sup>, por consiguiente es posible su regulación en una ley de ciudadanía. En tal sentido, ofrecemos la siguiente propuesta:

A. Respecto a la ley personal y los tipos legales que regula:

Artículo: Entiéndase por ley personal aquella que se aplica a la persona en razón de su ciudadanía, vinculante a la misma más allá de las fronteras del Estado emisor.

2. La ley personal aplicable a las personas físicas en razón de su ciudadanía regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

3. La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por la legislación del Estado conforme a la cual fueron constituidas y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.

B. Los conflictos de ciudadanía:

Artículo: A las personas físicas que ostenten más de una ciudadanía se les aplicará la ciudadanía que se corresponde con el Estado que conoce de la relación jurídica, en su defecto, la ciudadanía que coincide con el último domicilio de la persona. A falta de coincidencia entre alguna de las ciudadanías y el domicilio se aplicará la última ciudadanía adquirida.

2. Las personas sin ciudadanía se rigen por la ley del lugar donde tienen establecido su domicilio legal.

C. Los conflictos de domicilio:

Artículo: En las personas con más de un domicilio prevalecerá el domicilio legal frente al voluntario. Si se tratase de varios domicilios legales prima el domicilio correspondiente al Estado que conoce de la relación jurídica, y en su defecto, el último adquirido.

2. Para las personas sin domicilio se entenderá como tal el de su residencia, en defecto de este, el de su paradero.

<sup>48</sup> Vid. Comentario 8.

Las soluciones ofrecidas por el Código de Bustamante, aunque legales, no eliminan la problemática jurídica cuando la multiplicidad de vínculos político-jurídicos radica en los ciudadanos cubanos, pues para aplicarlas previamente debía reconocerse en ellos la presencia de un conflicto positivo de ciudadanía, cuestión que contradice lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución de 1976 vigente, al amparo del cual: “No se admitirá la doble ciudadanía. En consecuencia, cuando se adquiera una ciudadanía extranjera, se perderá la cubana”. Si la práctica jurídica asume la ciudadanía cubana como exclusiva para identificar la ley aplicable al estatuto personal de los cubanos que ostentan otras ciudadanía, hayan emigrado o residan en territorio nacional, cabe preguntarse: ¿se emplea indirectamente la primera solución que ofrece el Código de Bustamante, esto es, el principio de ciudadanía efectiva, a pesar de no diagnosticarse en los cubanos un conflicto positivo de ciudadanía?

Esta situación requiere un redimensionamiento del texto constitucional en aras de admitir en nuestros ciudadanos la pluralidad de vínculos con otros Estados sin perder la condición jurídica de ciudadanos cubanos, pues la aplicación del principio de ciudadanía efectiva elimina cualquier posibilidad de ejercer en territorio nacional los derechos derivados de otra ciudadanía, máxime si partimos de nuestra realidad social donde un gran porcentaje de la población cubana ostenta otras ciudadanía como la española, haitiana, italiana, entre otras, y no han sido privados de la ciudadanía, cubana pues el procedimiento para la pérdida o renuncia de la ciudadanía regulado por el Decreto 358/44 no tiene utilidad práctica pese a su vigencia, quizás como respuesta del Estado cubano a la defensa de los derechos humanos y a la reducción de apatridia en el individuo. En consecuencia, se precisa la creación de una ley de ciudadanía que colme la reserva de ley relativa a esta materia y se corresponda con la realidad social y la práctica jurídica desarrollada por el país a partir de la década de los ochenta.

## 5. REFLEXIÓN FINAL

La ciudadanía múltiple ha de entenderse como el estatus jurídico del que disfruta el individuo reconocido como ciudadano simultáneamente por varios Estados. Su incidencia en la ley aplicable al estatuto personal de los sujetos solo es posible en aquellos sistemas conflictuales internos cuya norma indirecta utiliza el punto de conexión ciudadanía para identificar dicha ley, como sucede en el ordenamiento jurídico cubano. No obstante, el derecho constitucional patrio, en conjunto con su legislación especial, rechaza la pluralidad de vínculos político-jurídicos en sus ciudadanos, pese al incremento de cubanos con más de una ciudadanía en las últimas décadas del devenir histórico nacional y la aplicación del principio de ciudadanía efectiva, solución ofrecida por el Código de Bustamante en correspondencia con la teoría y prácticas seguidas por el derecho internacional privado. De ahí que resulte idóneo establecer en el Código Civil vigente el concepto de ley personal y los tipos legales llamados a regular, quedando para una ley de ciudadanía la regulación de las soluciones a los conflictos de ciudadanía y domicilio establecidas en el Código de Bustamante, que en ocasiones generan lagunas solventadas por la práctica jurídica desarrollada en el país a falta de regulación expresa en ley.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Benítez de Lugo, M. et ál. (1996) *Lecciones de derecho civil internacional*, 1ª edición. Madrid: Tecnos.

Aláez Corral, B. (2005). Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 6. Depósito Legal: AS-2115-99 ISSN: 1576-4729. Recuperado de: <http://hc.rediris.es/o6/articulos/html/Numero06.html?id=02> (3 de enero de 2013).

Aláez Corral, B. (2013). Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la nación/pueblo. En: *El pueblo del Estado. Nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional-democrático*. Vol. VII, Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. Recuperado de: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/Portada.html> (3 de junio de 2013).

Alvarelos, R. (s.f.). *Migraciones, ciudadanía y sindicatos: Modelo para armar*. Recuperado de: [www.incasur.org/onuevo/noticias/documentos/doc824\\_1.doc](http://www.incasur.org/onuevo/noticias/documentos/doc824_1.doc) (16 de mayo de 2014).

Álvarez Tabío, F. (1988). *Comentarios a la Constitución socialista*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.

Ávila Santamaría, Ramiro (ed.) (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Balestra, R.R. (1993). *Manual de derecho internacional privado*, Parte General. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Barrios, H. (s.f.). Del domicilio. *Publicaciones jurídicas venezolanas*. Recuperado de: <http://www.zur2.com/fcjp/117/hbarrios.htm> (3 de septiembre de 2013).

Becerra Ramírez, M. (1998). Las reformas a la Constitución en materia de nacionalidad. *Lex Difusión y Análisis*, 34. Recuperado de: [www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-17-09.pdf](http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-17-09.pdf) (4 de abril de 2014).

Biocca, S.M., S. Cárdenas y V. Basz (1997). *Lecciones de derecho internacional privado*, Parte General. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Bosniak, L. (2013). Citizenship Denationalized. En: *El pueblo del Estado. Nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional-democrático*. Vol. VII, Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. Recuperado de: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/Portada.html> (3 de junio de 2013).

- Brewer Carías, A. (2004). *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Tomo I. Caracas: Editorial Jurídica Venezuela.
- Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González. (2007). *Derecho internacional privado*, Vol. II. Granada: Editorial Comares.
- Cantón Navarro, J.C. y Silva León, A. (2009). *Historia de Cuba 1959-1999. Liberación nacional y socialismo*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.
- Carracedo, J.R. (2007). *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Carreras, J. (1982). *Historia del Estado y el derecho en Cuba*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.
- Cock Arango, A. (1935). *Tratado de derecho internacional privado*. Medellín: Ediciones de la Universidad de Antioquia.
- Contreras Vaca, F.J. (1994). *Derecho internacional privado*. México: Harla.
- Costa, P. (2013). Nazione, Diritti, Stato. En: *El pueblo del Estado. Nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional-democrático*. Vol. VII, Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. Recuperado de: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/Portada.html> (3 de junio del 2013).
- Cruz García, A. (s.f.). La ciudadanía. Recuperado de: <http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/contextos/7835.html> (3 de diciembre del 2013).
- Cuevas Cancino, F. (1997). *Manual de derecho internacional privado*. México: Porrúa.
- Cuomo, N. (s.f.). *El proyecto de ley de derecho internacional privado de Bolivia*. Recuperado de: <http://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf> (3 de enero de 2014).
- D'Estefano Pisano, M.A. (1965). *Derecho internacional público*. La Habana: Editorial Nacional de Cuba, Editora Universitaria.
- Dávalos Fernández, R. (2006). *Derecho internacional privado*. Parte General. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Dávalos Fernández, R., Peña Lorenzo, T. y Santibáñez Freire, M. del C. (2007). *Derecho internacional privado*, Parte Especial. La Habana: Editorial Félix Varela.
- De Maekelt, T.B. (2014). *Ley de derecho internacional privado venezolano. Comentarios generales*. Recuperado de: <http://www.zur2.com/objetivos/leydip1/tamaek.htm> (4 de abril de 2014).

- De Pina Vara, R. (1984). *Diccionario de derecho*. México: Porrúa.
- Díaz Sotolongo, R. (2011). *La Constitución, el derecho al alcance de todos*. La Habana: Ediciones ONBC.
- Dihigo, E. y López Trigo. (2006). *Derecho romano*, Parte 2, Tomo I. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Estarellas Velázquez, C. (s.f.). Concepto, Principios y Fuentes del Derecho Internacional Privado en el Ecuador. *Revista jurídica online*. Recuperado de: [www.revistajuridicaonline.com](http://www.revistajuridicaonline.com) (3 de enero de 2014).
- Fernández Bulté, J. (2009). Inspiración, contenido y significado de la Constitución de 1901. En: Matilla Correa, Andry (coord.). *Estudios sobre la historia del derecho en Cuba*. La Habana: Editorial Ciencias Sociales.
- Fernández Flores, J.L. (s.f.). El estatuto personal y su problemática. Recuperado de: [http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/19858/1/ADI\\_I\\_1974\\_03.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/19858/1/ADI_I_1974_03.pdf) (26 de octubre de 2014).
- Fernández Rozas, J.C. y Rodríguez Mateo, P. . Ley aplicable a los individuos que ostentan más de una nacionalidad: artículo 9, apartado 9 del Código Civil. Recuperado de: [eprints.ucm.es/9466](http://eprints.ucm.es/9466) (26 de octubre del 2012).
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S. (1996). *Curso de derecho internacional privado*. Madrid: Editorial Civitas.
- Ferrajoli, L. (1999). De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona. En: *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1999). Derechos Fundamentales. En: *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.
- Flores, C.A. (1993). La doble o múltiple nacionalidad en el Salvador. Tesis presentada previa opción al título de licenciado en Ciencias Jurídicas. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales. San Salvador, El Salvador.
- González García, R.F. (2004). *La otra ciudadanía. Tres ensayos sobre ciudadanía y república*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- González García, R.F. (2008). *Ciudadanía, república y revolución*. Tesis presentada en opción al grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad de Oriente, Facultad de Derecho.
- Guanche, J. (1996). *Componentes étnicos de la nación cubana*. La Habana. Ediciones Unión.

- Guerra Arévalo, E.A. (2008). Caso Nelson Serrano: análisis de la problemática de derecho internacional público y privado en el contexto ecuatoriano a partir de la recuperación de la nacionalidad de origen. Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de abogada. Universidad de San Francisco de Quito, Ecuador.
- Guzmán Latorre, D. (1997). *Tratado de derecho internacional privado*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Hernández Bretón, E. (2014). Nueva ley venezolana de derecho internacional privado. *Publicaciones jurídicas venezolanas*. Recuperado de: <http://www.zur2.com/fcjp/111/comleydp.htm> (4 de abril del 2014).
- Hernández Concepción, R. (2011). *Estudio sobre el tratamiento de la ciudadanía en Cuba*. Habana, Ediciones Unión.
- Horrach Miralles, J.A. (2009). Sobre el concepto de ciudadanía: historia y modelos. *Revista Electrónica de Filosofía Factótum*, 6. ISSN 1989-9092. Recuperado de: <http://www.revistafactotum.com> (3 de febrero del 2014).
- Innerarity, C. (s.f.). *Ciudadanía, inmigración y pertenencia postnacional. Sobre la vigencia de la institución de la ciudadanía*. IX Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración. Recuperado de: [www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso\\_09/grupos.../o6.pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso_09/grupos.../o6.pdf) (2 de febrero de 2014).
- Kleiner, C. (s.f.). *Tendencias actuales en Derecho Internacional Privado Francés*, disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/385-406%20Ckleiner%20-%20tendencias%20actuales%20del%20DIPr%20ofrances.pdf> (3 de marzo de 2014).
- Larrea Holguín, J. (1998). *Manual de derecho internacional privado ecuatoriano*. Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lazcano y Mazon, A. (1941). *Constitución de Cuba (con los debates sobre su articulado y transitorias en la Convención Constituyente)*, Tomo I: artículos del 1 al 42 de la Constitución de 1940. Habana: Cultural S.A.
- Mancini, P.E. (1851). *Della Nazionalita come fondamento del Diritto delle genti*. Turín: Prelezioni.
- Marshall, T.H. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza.
- Niboyet, J.P. (1997). *Principios de derecho internacional privado*, Trad. por Andrés Rodríguez Ramón. México: Editora Nacional.
- Nueva Enciclopedia Jurídica* (1990). Tomo XVI. Barcelona: Editorial Francisco Seix, S. A.

- Organización Internacional para las Migraciones (s.f.). *Fundamentos de Gestión de la Migración*, Vol. III. Recuperado de: [www.crmsv.org/documentos/IOM\\_EMM\\_Es/v3/volume3.html](http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v3/volume3.html) (4 de octubre de 2014).
- Ortiz Concepción, G. (2011). La doble ciudadanía en Cuba. Dilemas para su regulación jurídico constitucional. Trabajo de diploma para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Oriente, Facultad de Derecho.
- Ortiz Jiménez, W. (2012). *Ciudadanía alternativa. Nueva forma de manifestación constitucional*. Bogotá: Editorial Universidad Autónoma Latinoamericana.
- Osuna, W. (2000). *Carta de ciudadanía*. Venezuela: Consejo Nacional de la Cultura.
- Peraza Chapeau, J. (comp.) (1985). *Selección de lecturas de derecho constitucional*. La Habana: Universidad de La Habana, Facultad de Derecho.
- Peraza Chapeau, J. (1996). La ciudadanía cubana. *Revista Contrapunto*, 62(2).
- Pérez Hernández, L. y Prieto Valdés, M. (comp.) (2002). *Temas de derecho constitucional*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Pérez Vera, E. et ál. (1994). *Derecho internacional privado*, Vol. II, 5ª edición. Madrid: Editorial Impresos y Revistas S.A.
- Presno Linera, M.Á. (2013). Democracia ciudadana y ciudadanía democrática. En *El pueblo del Estado. Nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional-democrático*. Vol. VII, Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. Recuperado de: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/Portada.html> (3 de junio del 2013).
- Rodríguez Benot, A. (2010). El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado. *Cuadernos de derecho transnacional*, II(1). Recuperado de: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt) (4 de febrero del 2014).
- Salazar Paredes, F. (1994). *Código de derecho internacional privado*. La Paz: Ediciones Cerid.
- Salazar Paredes, F. (2004). *Derecho internacional privado boliviano*. La Paz: Plural Editores.
- Salazar Paredes, F. (2014). Proyecto de ley de derecho internacional privado. Recuperado de: <http://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf> (5 de octubre del 2014).
- Sánchez de Bustamante y Sirven, J.A. (1939). *Manual de derecho internacional privado*. La Habana: Carasa.

Santos Villarreal, G.M. (2009). *Doble nacionalidad. Marco conceptual y derecho comparado en América Latina*. México D.F. Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior.

Schmid, V. y Bös, M. (2013). National identity, ethnic heterogeneity and the new culturalization of citizenship. En *El pueblo del Estado. Nacionalidad y ciudadanía en el Estado constitucional-democrático*. Vol. VII, Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. Recuperado de: <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/Portada.html> (3 de junio del 2013).

Tamames, R. (1985). *Introducción a la Constitución española*. Madrid: Editorial Alianza.

Vega Castro, J.R. (2010). Una mirada a la nacionalidad y la ciudadanía en Cuba. *Revista Palabra Nueva*, 210.

Vega Vega, J. (1997). *Cuba, su historia constitucional. Comentarios a la Constitución Cubana reformada en 1992*. Madrid: Endymion.

Weinberg De Roca, I. (1997). *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Ediciones Delpalma.

## Fuentes legales

### Legislaciones internacionales:

Tratado de Versalles firmado en fecha 28 de junio de 1919 —fines de la Primera Guerra Mundial— y puesto en vigor el 10 de enero de 1920. Recuperado de: <http://constitucionweb.blogspot.com/2012/02/tratado-de-versalles-1919-texto-en.html> y <http://www.dipublico.com.ar/1729/tratado-de-paz-de-versalles-1919-en-espanol/> (4 de abril del 2013).

Código de Bustamante de Derecho Internacional Privado de 1928. En Dávalos Fernández, R. (2006). *Derecho Internacional Privado*, Parte General. La Habana: Editorial Félix Varela.

Convención sobre la Nacionalidad efectuada en Montevideo en 1933.

Convenio sobre la nacionalidad de la mujer casada de 29 de enero de 1957.

Convenio sobre la Reducción de los Casos de Pluralidad de Nacionalidades y sobre las Obligaciones Militares en el caso de Pluralidad de Nacionalidades, de 6 de mayo de 1963.

Convención Europea sobre la Nacionalidad de 1997.

Resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 1895, en su sesión de Cambridge, sobre principios relativos a los conflictos de leyes en materia de nacionalidad

Resolución aprobada por el Instituto en 1928, en su sesión de Estocolmo, sobre nacionalidad.

Constitución Política de la República de Honduras, de 28 de marzo de 1936.

Constitución Política de Nicaragua, de 22 de marzo de 1939.

Constitución Política de la República del Ecuador, de 6 de marzo de 1945.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, publicada en Gaceta Oficial, No. 5.453, extraordinario, de 24 de marzo de 2000, disponible en: <http://www.analitica.com/bitblbio/anc/constitucion1999.asp>, consultado en fecha 8 de marzo de 2014.

Constitución de la República del Ecuador de 2008, publicada en el R.O. No.449, de 20 de octubre de 2008.

Constitución de Bolivia, de 2009.

Código Civil de España de 1889 con la reforma introducida por la Ley 54/07 de 28 de diciembre, concordado por Francisco Javier Fernández Urzainiqui, 19ª edición, Editorial Aranzadi S. A., Thomson Reuters, España, septiembre de 2009.

Código Civil de Ecuador de 1970, codificación publicada en el Suplemento del R. O. No. 46, 24 de junio de 2005. Recuperado de: <http://www.ecuamundo1.com/lex-dura-lex/c%C3%B3digo-civil-ecuatoriano>(7 de junio del 2013).

Código de Familia de Bolivia, 23 de agosto de 1972, aprobado por DL 10426 de 23/08/1972, elevado a rango de Ley por Ley 996 de 04/04/1988. Recuperado de: [www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Familia\\_Bolivia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Familia_Bolivia.pdf) (4 de abril del 2014).

Código Civil de Bolivia de 2 de abril de 1976.

Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 6 de agosto de 1998.

Ley No. 2410 de Bolivia, de 8 de agosto de 2002.

Ley de Nacionalidad y Ciudadanía de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 37.971 de 1º de julio de 2004.

Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado boliviano, de 1994.

Castillo, Petruzi y otros contra Perú, Sentencia de mayo de 1999.

### **Legislaciones nacionales:**

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y 2002, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003.

Ley No. 59 Código Civil de 16 de julio de 1987, anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2011.

# Políticas públicas, narrativas y control social de adolescentes: un estudio comparado de la construcción de la política pública criminal en el siglo XXI

## Public policies, stories and social control of the youth: a comparative study of the construction of the criminal policy in the 21th century\*

*Adriana Romero Sánchez\*\**

---

Fecha de recepción: 6 de julio del 2015  
Fecha de aceptación: 3 de abril del 2015

---

### RESUMEN

Desde la década de los noventa, con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, se inició un proceso sistemático de reforma de la legislación y las políticas de los Estados en relación con los derechos y obligaciones frente a la infancia y la adolescencia. Uno de los puntos más polémicos de dicho proceso ha sido la responsabilidad penal de adolescentes, que se muestra como uno de los casos más representativos y polémicos en el intento de construcción de un sistema universal para enfrentar las múltiples

dificultades que atraviesan las niñas y los niños del mundo. A partir de la revisión de los procesos de construcción de las políticas de Colombia, Venezuela, Perú y Brasil, este artículo se ocupará de exponer las distintas similitudes y diferencias, centrando el análisis en tres elementos: la imputabilidad, la edad penal y la sanción pedagógica diferenciada. Asimismo, se quiere evidenciar cómo estos cambios sistemáticos en la construcción de la política pública criminal no están desconectados de otros procesos de transformación de las prácticas e instituciones sociales en general, lo cual se va a ver reflejado, entre

---

\* El presente artículo de investigación es resultado del proyecto de investigación “Políticas públicas, narrativas y control social de adolescentes” desarrollado dentro del Grupo de Estudio Interdisciplinarios en Filosofía, Derecho, Economía y Gestión, Fildereg, entre 2011 y 2013. Este proyecto fue beneficiario de la beca-pasantía del Programa Jóvenes Investigadores e Innovadores de Colciencias (2011) y avalado por la Universidad Nacional de Colombia. La tutoría estuvo orientada por el profesor y director del grupo Jairo Iván Peña Ayazo.

\*\* Abogada y magíster en Derecho con profundización en Sociología y Política Criminal de la Universidad Nacional de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación Fildereg y del Observatorio de Problemas Rurales Contemporáneos, Ceres, de la misma institución. Correo electrónico: aromeros@unal.edu.co

otros, en la opinión pública, reconociendo la necesidad de formular una interpretación más comprensiva y que reconozca la complejidad de estos procesos.

**Palabras clave:** Control social, política criminal, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, legislación para adolescentes, derecho penal.

## ABSTRACT

In the 1990s, a systematic process of political and legal change in the conceptions states elaborate about childhood and youth, and their rights and duties, was spurred by the Convention on the Rights of the Child. In this process, and as a step in creating a universal system of childhood protection, a crucial debate has developed on youth criminal responsibility. This

paper will trace how these transformations have come about in Colombia, Venezuela, Chile, Peru and Brazil. In doing so, it will focus on issues such as age of criminal responsibility, accountability and youth punishment to undertake a comparative approach. More generally, this paper will show that in Latin America the way criminal policy is thought, designed, elaborated, and implemented is going through fundamental change affecting the institutions, practices and values related to crime, conflict and punishment. Public opinion, stories and discourse are used as a tool for this approach. Therefore, it is necessary to craft a more comprehensive interpretation of this phenomenon.

**Keywords:** Social control, criminal policy, youth justice system, youth criminal law, criminal law.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto presentar los resultados del proyecto de investigación “Políticas públicas, narrativas y control social de adolescentes”. El objetivo general de este proyecto consistió en comparar los lineamientos de política pública-criminal de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia con las políticas de tres países de Suramérica, para entender la incidencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, y de los distintos discursos y narrativas en la construcción de la política pública-criminal de infancia y adolescencia en la región. Esta idea surge, una vez estudiado el proceso de construcción del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia (Romero, 2012b), al identificar que uno de los más fuertes argumentos para el cambio del paradigma tutelar al paradigma de la protección integral se fundamenta en la existencia de una Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1</sup> que establece unos lineamientos vinculantes para los Estados parte.

La adopción de dicha Convención obliga a los Estados parte a transformar las legislaciones sobre menores que regulaban asuntos penales, probablemente en su totalidad desde la perspectiva del paradigma tutelar, a los criterios convencionales<sup>2</sup> de política criminal, que sugerían la introducción de formas judiciales

<sup>1</sup> No obstante, uno de los argumentos de los operadores del sistema que operaba bajo la normatividad del Código del Menor en Colombia para su resistencia a la reforma de la legislación y las instituciones era la coherencia de la norma vigente con las disposiciones de la Convención. Al respecto véase la Gaceta 321 del 28 de agosto de 2006 del Congreso de la República de Colombia.

<sup>2</sup> En adelante, se usará la expresión “convencional” para hacer referencia al paradigma o modelo de protección de niños, niñas y adolescentes incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

apegadas al principio de legalidad y de sanciones diferenciadas con contenido pedagógico y proporcionales a la edad, la conducta y la situación del adolescente. Dichos procesos de adecuación han resultado difíciles, polémicos y prolongados, al requerir de la modificación de múltiples instituciones, regulaciones sobre el corpus jurídico de infancia y adolescencia y, sobre todo, de transformaciones en las prácticas e imaginarios de los operadores del sistema.

Así como los argumentos debatidos acerca de la construcción de sistemas de responsabilidad penal para adolescentes son coincidentes, la reacción social hacia la política pública de adolescencia también muestra unos rasgos comunes a lo largo del continente. De la mano de esta reacción social, se han presentado cambios estructurales en la formulación de la política, influidos por representaciones ambivalentes sobre la adolescencia, la concepción del libre albedrío y las circunstancias sociopolíticas, económicas y culturales.

Este artículo se ocupa de estudiar estos procesos de construcción y transformación de las políticas públicas criminales para adolescentes de Colombia, Perú, Venezuela y Brasil, haciendo especial énfasis en la consolidación del paradigma de la protección integral como política pública criminal con vocación de universalidad y diseñada desde los lineamientos introducidos por el derecho internacional y los derechos humanos con la Convención sobre los Derechos del Niño. De esta manera, se presenta un análisis comparado, centrado en tres elementos básicos y sustanciales de la política pública-criminal para adolescentes: la imputabilidad, la edad penal y la sanción pedagógica y diferenciada. A través de estos ejes se contrastarán elementos normativos, sus fundamentos conceptuales, así como los fragmentos de discursivos que se asocian con los mismos. Por último, se hará un breve abordaje en lo que respecta al endurecimiento que se ha dado de los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes de los países suramericanos seleccionados.

Con lo anterior se quiere evidenciar cómo estos cambios sistemáticos en la construcción de la política pública criminal no están desconectados de otros procesos sociales de transformación, reconociendo con esto la necesidad de formular una interpretación más comprensiva y que reconozca la complejidad de estas reformas. El aporte de este ejercicio se orienta a señalar cómo el papel del derecho internacional de los derechos humanos ha sido fundamental en la transformación de la construcción de la política criminal, mediante la reflexión comparada sobre la responsabilidad penal para adolescentes de los países estudiados. Adicionalmente, esa incidencia será estudiada a la luz de la opinión pública, divergente de la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se verá cómo se cuestiona el discurso universal de los derechos humanos y las garantías desde lo nacional.

Para abordar cómo se ha justificado la introducción del sistema penal para adolescentes en América Latina, es necesario consultar la obra de García Méndez, la cual se orienta a plantear que el cambio de paradigma de la situación irregular

al paradigma de la protección integral es necesario en América Latina, y que la vía judicial-penal es adecuada para proveer garantías. Por lo tanto, se busca darle una nueva comprensión al derecho de infancia, y así enfrentar la problemática de adolescentes en conflicto con la ley penal como sujetos de derecho y no objetos de tutela, así como los desarrollos y las tareas pendientes que tienen los sistemas frente a la concepción de adolescentes como sujetos responsables de derecho (García y Beloff, 2004; García y Carranza, 1990a, 1990b, 1992a y 1992b; García 1997, 1998a, 1998b y 1994; Pérez y Muñoz, 1990, 1992; Quiroz, 2009). En otros contextos, resulta fundamental el estudio planteado por Fernández (2008), quien logra exponer con claridad la relación entre el desarrollo de las instituciones de infancia y adolescencia en España y los procesos de transformación de la política criminal.

Por otra parte, es abundante la literatura que ha tratado de comprender la transformación de los procesos de control alrededor del mundo. Garland (2001; 2007), por ejemplo, aporta desde la sociología del castigo, un enfoque trascendental, la “nueva cultura del control”, en el que trata de articular aspectos culturales con una visión estructural de las sociedades estadounidense e inglesa, para entender los fenómenos del crimen y el castigo. También Larrauri (2006) hace un aporte importante al exponer brevemente el panorama de dichas interpretaciones y articular las distintas perspectivas desde las que se aborda el fenómeno (la nueva cultura del control de Garland, la idea de gobernar a través del delito de Simon, o el populismo punitivo de Bottoms). Asimismo, Wacquant (2004) analiza los cambios en la función de la sanción penal, la política criminal y la política social del Estado en Estados Unidos y Europa desde finales de la década de los ochenta. Por último, Cita (2012) conecta estos procesos globales de transformación de la política criminal, a partir de sus distintas dimensiones, con procesos experimentados específicamente en América Latina y en Colombia. En el caso de estos cambios en función de los adolescentes puede consultarse a Romero (2012a) y Fernández (2008), en donde se encuentran unos ejercicios propedéuticos de análisis de narrativas de la política de responsabilidad penal de Colombia y España, respectivamente.

## 2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

La estrategia metodológica para el análisis retórico de la política pública criminal utilizada en este proceso estuvo conformada por la articulación del análisis conceptual con herramientas de los estudios críticos del discurso y de los estudios de casos. En primer lugar, desde los estudios críticos de discurso, se orienta la observación a una pluralidad de elementos de conocimiento social y, en particular, de problemas sociales, cuyo referente principal se ve reflejado en las relaciones de poder. De esta manera, la perspectiva del análisis crítico del discurso integra dos elementos esenciales en el estudio de la política criminal. El primero de ellos es evidentemente político y en última instancia depende fundamentalmente de las relaciones de poder. El segundo es ético y hace referencia al conjunto de valores en juego en el marco de la definición de los problemas y de la construcción de la política criminal.

En segundo lugar, el estudio de casos<sup>3</sup> permite aproximarse a la relación de la Convención sobre los Derechos del Niño con las políticas y leyes de cuatro países de Suramérica (Colombia, Venezuela, Brasil y Perú, como muestra teórica). Se entiende la idea de caso, como se especificó anteriormente, tanto con relación a la política pública criminal de adolescentes como ejemplo clave de transformación dentro de la política criminal, así como a las cuatro políticas suramericanas escogidas para este estudio.

En este sentido, se escoge el método comparativo para estudiar un fenómeno similar en distintos ámbitos espaciales. Se escogió Colombia dados los antecedentes de investigación expuestos anteriormente, y porque resulta fundamental conocer los cambios vividos en nuestro país; Brasil, por ser el pionero en el proceso de adecuación e implementación normativa convencional y presentar algunas coincidencias en los debates sobre la violencia y la seguridad ciudadana con relación a las juventudes que se desarrollan en Colombia; Venezuela, dadas las divergencias políticas existentes en la última década; y por último Perú, en vista de las amplias coincidencias de orden político y social (principalmente, los conflictos armados, aun cuando el colombiano se revista de mayor complejidad, así como por algunos gobiernos de derecha). El análisis conceptual, los estudios de discurso, así como los estudios de caso, se orientan como herramientas de orden hermenéutico y cualitativo, que permitieron apoyar el estudio planteado en el presente plan de trabajo.

Las fuentes utilizadas para el presente trabajo fueron principalmente bibliográficas, en relación con el estado del arte y la conformación del marco analítico y metodológico. Por su parte, las fuentes objeto de análisis fueron de orden normativo, tanto de carácter internacional, como nacional para cada uno de los países estudiados. Asimismo, se tuvieron en cuenta algunas discusiones legislativas en las que se dio una discusión de fondo de los elementos destacados, documentos de política<sup>4</sup>,

<sup>3</sup> “El estudio de caso se presenta como una estrategia metodológica de investigación orientada a la comprensión de un fenómeno social de interés por su particularidad, con lo cual se busca posibilitar el fortalecimiento, crecimiento y desarrollo de las teorías existentes o proponer nuevas para entender o explicar el fenómeno” (Páramo, 2011, p. 307).

Puede tratarse de un caso único o múltiple, con unidad de análisis o subunidades, cuya finalidad se orienta a comparar situaciones afines que permitan hacer afirmaciones con pretensiones teóricas. Esto, además de ser una herramienta metodológica importante, apoya la escogencia del objeto de estudio. En este ejercicio, entonces, se presenta un caso múltiple (los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes de Colombia, Perú, Venezuela y Brasil) con unidad de análisis (políticas públicas criminales de infancia y adolescencia).

<sup>4</sup> Estos documentos, a pesar de su importancia, habitualmente comprenden toda la política pública de infancia y adolescencia, y no se detienen con detalle en la responsabilidad penal para adolescentes. Sobre este punto, se revisaron el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 de Perú; el Plan Nacional para la Niñez y la Adolescencia 2009-2019 “Niñas, niños y adolescentes felices y con iguales oportunidades” de Colombia, que debe ser desarrollada por los departamentos y municipios, por lo cual se podrán encontrar varias políticas de orden regional; la Política Nacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes y el Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes de Brasil. De Venezuela, no se encontró ningún programa o política general o particular que buscara desarrollar esta discusión. Por su parte, y en términos generales, no se hace mayor referencia a dichos documentos en el artículo, en la medida en que sus observaciones y aportes sobre la responsabilidad penal de adolescentes reiteran elementos declarativos de la

y algunos ejemplos de prensa y discursos que permiten ilustrar estos procesos enunciados<sup>5</sup>.

### 3. CONTENIDO

#### 3.1. Transformación de los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes y cambio social

Las políticas públicas criminales y penales de infancia y adolescencia a partir de los ochenta han vivido un gran proceso de transformación que se enmarca en el proyecto de construcción de una política pública general de infancia y adolescentes con vocación de universalidad. Esta política tiene como mito fundacional la Convención sobre los Derechos del Niño, y sustento en el cambio de paradigma entre lo tutelar y la protección integral. Dicho proceso ha sido entendido mayoritariamente como la expresión de una conquista de derechos que una comunidad internacional preocupada por la satisfacción y garantía de derechos de niñas, niños y adolescentes del mundo logra poner en un acuerdo multilateral de carácter vinculante<sup>6</sup>. A partir de este momento, los Estados parte quedaron limitados a lo dispuesto en este instrumento respecto a la construcción de sus políticas criminales para adolescentes.

Con la adopción de la Convención, surgió un movimiento titánico que buscó la transformación de las legislaciones internas de los distintos países firmantes. En el caso de América Latina, cuya experiencia ha sido ampliamente documentada<sup>7</sup>, fue muy relevante la participación de organismos internacionales, como Unicef, Save the Children, entre otras entidades vinculadas a los derechos de la niñez y la juventud que tuvieron un papel importante de presión para la adecuación de

Convención y el compromiso de los estados de garantizar el paradigma de la protección integral, y no plantean mayor discusión o desarrollo de los elementos que se integran dentro de dichas políticas y planes, sobre todo en materia de responsabilidad penal para adolescentes.

<sup>5</sup> De Colombia, se tuvieron como referencia *El Tiempo*, *El Espectador* y *Semana*, dentro de la prensa escrita, así como el programa periodístico *Séptimo día* de Caracol Televisión, del cual se escogió el especial *Menores no pagan*, transmitido en febrero de 2011 y antecedente de una reforma integral a la legislación penal colombiana. De Perú, se hizo la búsqueda de información en la base de datos de internet sobre los periódicos *El Comercio* y *Perú 21* (desde enero de 2009 hasta junio de 2013), y los programas *Cuarto poder* y *A las once de América*, *Panorama* de Panamericana (desde agosto de 2011 hasta julio de 2013) y *Sin medias tintas* de Frecuencia Latina (aunque no arrojó ningún resultado relevante), de los cuales se escogieron algunos ejemplos de prensa visual. De Venezuela, se tuvieron como referencia los diarios *El Nacional* (desde enero hasta junio de 2013), *Últimas Noticias* (desde julio de 2011 hasta junio de 2013) y *El Universal*, aunque este último no arrojó resultados relevantes por el buscador de internet. Por último, de Brasil se tuvieron en cuenta *La Folha* de São Paulo, *SuperNoticia* de Minas Gerais y *O Globo* de Río de Janeiro.

<sup>6</sup> Por ejemplo, Emilio García-Méndez señala que “la Convención constituye la divisoria de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina” (1998, p. 6).

<sup>7</sup> Un ejemplo de ese esfuerzo puede verse en una compilación realizada por Emilio García Méndez y Mary Beloff (2004), quienes hacen un estudio sistemático de las legislaciones de infancia y adolescencia en América Latina bajo los postulados de la Convención y establecen unos parámetros para la regulación de esta materia en los distintos países.

las distintas regulaciones nacionales a los estándares adoptados por la CIDN y de promoción de la misma Convención en la región<sup>8</sup>.

No obstante lo anterior, hay que destacar que estos procesos de transformación sobre las instituciones y sus prácticas de control social de adolescentes no pueden comprenderse como fenómenos aislados, desvinculados de los procesos sociales, económicos, culturales y políticos, sino que al contrario han hecho parte de un complejo proceso de cambios sociales dentro del cual necesariamente deben acomodarse estas instituciones. Es claro, en primer lugar, que este proceso está directamente conectado con las relaciones que el Estado construye con los organismos internacionales, y con los efectos concretos de la globalización en las sociedades nacionales, como por ejemplo las consecuencias económicas del neoliberalismo, tecnológicas, en las comunicaciones, en la cultura, etcétera. En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, se pueden apreciar cambios en los procesos de construcción de la política criminal desde estos organismos internacionales. Por último, es evidente que este proceso no se encuentra aislado de las mutaciones del control social y penal, que han sido objeto de múltiples interpretaciones y discusiones por parte de académicos en las últimas dos décadas<sup>9</sup>. A continuación, se desarrollan estos elementos, dándole una relevancia particular al caso de la política criminal para adolescentes.

En torno a la idea de globalización existe un debate acerca de su significado, el cual tiende a ser impreciso y ambiguo, sobre su alcance y dimensiones (Beck, 2008, p. 11). Entre los múltiples efectos que la globalización ha producido en el ámbito nacional, o así se ha afirmado con frecuencia, es el de imponer límites a la adopción de políticas eminentemente nacionales. En cualquier caso, resulta mejor comprender la globalización como una serie de procesos, y no una condición singular, en donde el poder es un atributo fundamental. Esto se ve reflejado en el nivel de soberanía que detentan las instituciones democráticas de un Estado y de las restricciones que reciben los gobiernos, a partir de sus relaciones con organismos internacionales, tengan o no como consecuencia la erosión de la soberanía. Lo que sí es claro es que, en cualquier caso, se presentan nuevos límites para el ejercicio del poder, el cual ha sido entendido como un atributo fundamentalmente del estado-nación (Held, McGrew, Goldblatt y Perraton, 2002: pp. LXIII-LXVIII, 554).

Una de las manifestaciones de la globalización como intensificación de las relaciones de orden regional se puede encontrar “el desarrollo de los mecanismos, las

<sup>8</sup> Esto sigue siendo relevante. Save the Children o la Oficina Internacional Católica de la Infancia (2012) continúan prestando asistencia técnica y apoyo a los procesos de transformación de los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes en la región.

<sup>9</sup> Adicionalmente, un ejercicio interesante al respecto se puede encontrar en las observaciones de la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Ministerio de Justicia y del Derecho en Colombia, que en su informe final de marzo del 2012 plantea su perspectiva respecto de este proceso de transformaciones. Puede consultarse dicho informe en: <http://www.minjusticia.gov.co/Library/News/Files/Ver%20Informe%20final%20Comisi%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20Criminal107.PDF>

instituciones y las reglas de toma de decisiones internacionales que han generado nuevas formas de gobierno global y regional” (Held et ál., 2002, p. 1). La política global se entiende en este contexto en función del alcance del poder y de las actividades políticas, frente a las cuales los desarrollos en el plano global tienen con frecuencia repercusiones y consecuencias, a veces instantáneas, en lo local. En el surgimiento de nuevos actores, aparecen los organismos no gubernamentales e internacionales de gobierno (en este caso, podría destacarse Naciones Unidas, y en particular Unicef) que buscan regular nuevas formas de responsabilidad en la vida política internacional y se posicionan como autoridades superiores al Estado, en relación con diferentes problemáticas. En esas relaciones, existen nuevas formas de comunicación y medios que generan experiencias y nuevas comprensiones de lo político e intensifican la interacción política generando accesos asimétricos a estas formas de participación entre los Estados y dentro de estos (Held et ál., 2002, pp. 24-27, 35-37, 401-464).

Estos fenómenos, a su vez, tienen repercusiones en el proceso de conformación de normas. El derecho internacional comienza a tener una especial prevalencia y promueve la creación de normatividad sobre múltiples asuntos que estaban regulados en las esferas nacionales, más allá de las relaciones interestatales. Una clara muestra de las nuevas formas de regulación social se encuentran presentes en el Sistema Universal de Naciones Unidas y en nuevas formas de representación jurídica, justificadas por una supuesta defensa en los derechos fundamentales. Así, surge un derecho cosmopolita, el cual consiste en “principios jurídicos [...] que crean poderes y restricciones, derechos y obligaciones que trascienden las exigencias de los Estados-nación y que tienen consecuencias nacionales de gran alcance” (Held et ál., 2002, pp. 40-49, 52). Esto no es una excepción en la construcción de normas penales y en la configuración de la política criminal y penitenciaria. Como se vio anteriormente, los sistemas de juzgamiento de adolescentes en América Latina no se escapan a estos procesos.

En contra de lo expuesto anteriormente, Rosa Del Olmo (1981) presenta la reconstrucción histórica de la criminología latinoamericana en América Latina, donde identifica que este proceso de “globalización” o “transnacionalización” de la construcción de la política criminal se desarrolla desde el siglo XIX. A partir del estudio de las discusiones y las temáticas tratadas en las distintas reuniones regionales e internacionales en donde se adoptaban criterios hegemónicos para la construcción y la gestión de las distintas políticas criminales, sostiene que este proceso se inició desde 1870 con la expansión industrial, momento en el cual se da una nueva estructura internacional de disputa de la hegemonía por parte de las naciones. Esto tiene incidencias para el control del delito, el cual “ya no se haría dentro de los límites del Estado nacional, sino que se buscarían soluciones universales” (Del Olmo, 1981, pp. 49-50), respaldado por una perspectiva “científica”. En el caso de los “menores” ese proceso de internacionalización se va identificar a partir de la década de los cuarenta (García, 1998a, p. 42).

Luego de la segunda posguerra europea, Naciones Unidas asume la labor de reunir a las naciones para discutir el problema de la criminalidad y, respaldada en la doctrina de la defensa social, va a fortalecer el proceso de transnacionalización, bajo el supuesto de la asistencia técnica a los gobiernos que así lo requieran (Del Olmo, 1981, pp. 122, 80-91, 97)<sup>10</sup>. A partir de los setenta, es más evidente la incidencia de los derechos humanos como filtro y perspectiva de construcción del control social, los cuales son entendidos como universales. El desarrollo de este proceso, como se puede ver, va a tener más adelante una influencia importante en la construcción del marco de la política pública criminal para adolescentes desde el paradigma de la protección integral y del respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

A pesar de todos los aspectos positivos que haya podido tener el cambio de enfoque de la construcción de la política criminal, ya no tan enfocada en la defensa social, sino orientada hacia la perspectiva de los derechos humanos, hay que resaltar que el problema de la transnacionalización del control social. Este nuevo enfoque

*[...] es más complejo y está vinculado con el nuevo orden mundial; no es simple efecto de la progresiva internacionalización de la delincuencia, sino más bien la nueva manera de internacionalizar –o mejor dicho transnacionalizar– determinadas formas de control que responden a los intereses de los países hegemónicos en ese nuevo orden mundial. En muchos casos, se habla en nombre de organismos internacionales, cuando en realidad esos organismos están controlados por los países hegemónicos y responden a sus intereses. Esa pretensión de universalidad en los criterios de protección de derechos a través de las instituciones punitivas, evidentemente tiene como consecuencia uniformar el control social. El delito adquiere de esta manera “un carácter abstracto y ahistórico, olvidando su especificidad concreta en cada formación social. (Del Olmo, 1981, p. 105)*

Pero la transformación del control social, o de la construcción de la política criminal, no agota su contexto en esos cambios expuestos relativos a la transformación en la concepción del control social. Desde los noventa<sup>11</sup> se ha buscado comprender dichas transformaciones a las cuales se le ha denominado populismo punitivo o criminológico, nueva cultura del control, gobernar a través del delito, según la perspectiva que le han dado sus autores, para manifestar una serie de características e indicadores que reflejan los cambios que se han dado en estos ámbitos.

Por ejemplo, Larrauri entiende el fenómeno del populismo punitivo en concordancia con múltiples autores a partir de la década de los ochenta, caracterizándolo por la creencia de “que mayores penas pueden reducir el delito”, por la idea de “que

<sup>10</sup> Puede verse en Unicef (2004) cómo se construye el deber ser de las justicias penales de adolescentes en América Latina.

<sup>11</sup> No debe dejarse de lado que, con la caída del bloque soviético en 1989, se homogenizó de los vínculos sociales por una racionalidad economicista que se ha articulado a los distintos procesos de cambio (Bergalli y Rivera, 2007, p. 9).

las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso” (2006, p. 15). El modelo punitivo en este contexto muestra un viraje de una orientación resocializadora a un modelo penal incapacitador<sup>12</sup>. Por su parte, Garland identifica una serie de indicadores que evidencian la existencia de una nueva cultura del control: la crisis de ese ideal resocializador, el surgimiento de las sanciones punitivas y degradantes, una mayor inclinación en la población hacia la punición, la reaparición de la víctima en el ámbito penal, el uso político del sistema penal y su politización, la preferencia de la prisión como medio para conseguir la incapacitación, el desarrollo y transformación de teorías criminológicas orientadas al control que comienzan a delegar a ciudadanos y comunidades tareas relacionadas con el control del delito; la aparición de un negocio próspero del control del delito y un desarrollo empresarial del manejo de estos asuntos, todo esto alimentado por un sentimiento constante de crisis (Larrauri, 2006, pp. 15-16; Garland, 2001, pp. 6-20).

Este fenómeno del populismo punitivo debe entenderse contextualmente. Por una parte, el neoliberalismo económico, que “aumenta las desigualdades propiciadoras del delito [...], favorece la inseguridad por medio de la inestabilidad laboral”, y se comienza a generar un sector de personas excluidas en relación con la deslocalización de empresas. Por otra parte está el neoconservadurismo político, “que enfatiza el mensaje de la peligrosidad de la delincuencia”, sin generar posibles solidaridades anteriormente determinadas por ciertas conductas como el delito contra la propiedad, solidaridades en la población para identificar un enemigo común y legitimar la existencia del Estado. En tercer lugar, se puede señalar “el surgimiento de un sentimiento de inseguridad ontológica”, que se le atribuye a la ausencia de una comunidad local que genere lazos, desestructuración de la comunidad nacional y de la familia; esto, a su vez, produce la ampliación en el concepto del delito a otras incivildades. Por último, está la simplificación del fenómeno de la delincuencia en las últimas décadas y su relación con el carácter autoprofético de la cultura del control (Larrauri, 2006, pp. 16-17). Se orquesta de esta manera un escenario propicio para convertir las políticas sociales en una sola vía, la de la política criminal, que se reduce a una política penal (Miranda, 2007, pp. 45-47).

Así las cosas, queda claro que el proceso de construcción de un sistema de adolescentes no puede ser entendido como un proceso plano de conquista de derechos, mientras las formas institucionales, los sistemas productivos, las instituciones de control formal e informal, entre otros aspectos, han sufrido importantes transformaciones. Los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes que introduce la Convención sobre los Derechos del Niño se erigen sobre el discurso del paradigma de la protección de derechos, el cual será coherente con el nuevo orden mundial. Desde esta perspectiva, se parte “de la concepción de jóvenes más

<sup>12</sup> La incapacitación se orienta a la disminución de las posibilidades que el autor tiene para realizar la conducta punible (Larrauri, 2006, p. 15).

responsables de sus acciones que necesitan una respuesta que les exija sus deberes como ciudadanos” (Fernández, 2008, p. 73).

El 20 de noviembre de 1989, la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) se aprobó en la Asamblea General de Naciones Unidas. Como se ha mencionado reiteradamente, “el carácter innovador del modelo de justicia penal juvenil que se proponía en la Convención, no estaba en sintonía con la tradición jurídica de los respectivos países, lo cual generó muchas contradicciones” (Fernández, 2008, p. 87). No obstante, solo un año después Brasil aprueba el Estatuto del Niño y el Adolescente (Estatuto da criança e do adolescente, Lei 8.069 de 1990), para convertirse en la primera norma de la región adecuada a los estándares convencionales, con el propósito de transformar y regular de manera integral la política pública de infancia y adolescencia. Se ha considerado que esta “ley representa tanto en su forma de producción cuanto en su contenido una verdadera ruptura con la tradición anterior, así como un caso de aplicación rigurosa del nuevo paradigma” (García, 1998(a), p. 15), a pesar de las observaciones que se presentan respecto a los distintos rezagos que se encuentran del paradigma tutelar.

Dicha normatividad, modificada en catorce oportunidades, adicionalmente buscaba adecuarse a la Constitución Federal, expedida en 1988, que introducía lineamientos en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes. Este proceso se dio luego de que Brasil saliera de una dictadura militar en 1985, y que en 1989 Fernando Collor de Mello, del Partido da Renovação Nacional (de tendencia conservadora y de derecha), fuera elegido en las primeras elecciones directas desde el fin de la dictadura.

Por su parte, Venezuela regula la responsabilidad penal de los adolescentes mediante la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998 (LOPNA). Dicha disposición tuvo como orientación la derogatoria de la Ley Tutelar de Menores de 1980, con el propósito firme de adecuarla a la Convención de 1989<sup>13</sup>. Esta ley va a ser reformada en 1999, con la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, luego de la elección de Hugo Chávez como presidente, quien contaba para entonces con un amplio apoyo. En diciembre del 2007 pasa a ser la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), la cual tuvo como objetivo introducir la perspectiva de género dentro de la regulación.

En el caso de Perú, la normatividad de infancia y adolescencia que buscaba ajustarse a la Convención sobre los Derechos del Niño se implementó con la Ley 27337 de 2000, Código de los Niños y los Adolescentes. La ley peruana hace énfasis en el desarrollo de una política pública integral en materia de infancia, el cual, no obstante, está bajo la dirección del Ministerio de Promoción de la Mujer y del

<sup>13</sup> Exposición de motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

Desarrollo Humano (actual Ministerio de la Mujer y las Poblaciones Vulnerables). Esta norma se produjo meses antes de la famosa crisis política de la tercera reelección de Alberto Fujimori, y de su destitución por el Congreso peruano, tras una serie de hechos que evidenciaban la corrupción del régimen fujimorista y propiciando su caída definitiva.

En el caso de Colombia, además de esta Convención, adoptada como ley en 1991, se desarrolló con la Constitución de 1991 una nueva concepción de la regulación de la infancia y la adolescencia con los artículos 44 y 45, que entendió a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos prevalentes y protección integral. Los debates, que luego dan como resultado el Código de la Infancia y la Adolescencia, se orientan a regular integralmente la protección integral de niños, niñas y adolescentes, desde la concepción de estos como sujetos de derechos (Quiroz, 2009, p. 44-45).

No obstante el marco constitucional y la adopción de la Convención como normatividad interna, el tratamiento de los niños en conflicto con la ley penal estuvo regulado por el Código del Menor de 1989 durante muchos años, lo cual planteaba múltiples críticas al estar fundamentado en la doctrina de la situación irregular. Luego de más de diez años, se logró contar con dos propuestas que se tramitaron conjuntamente en el año 2005. Durante el 2006 se produjeron múltiples fenómenos de relevancia política en Colombia. En febrero, los gobiernos de Colombia y Estados Unidos llegan a un acuerdo de creación de un Tratado de Libre Comercio, que quedaría pendiente de ratificación en ambos países. Asimismo, Álvaro Uribe Vélez, quien a pesar de su filiación liberal de los noventa ha sido reconocido por su autoritarismo y las políticas de derecha, comenzó un segundo período de gobierno tras ser reelegido, también en el mes de mayo.

Las justificaciones de estos proyectos se orientaban principalmente hacia la necesidad de reformar la normatividad para cumplir con las obligaciones internacionales de adecuación al paradigma de proyección integral y ampliar la cobertura en prevención y garantía de derechos, sin ser concebida como política de asistencia a sectores pobres, sino para toda la población menor de 18 años, desde la perspectiva de la corresponsabilidad (Romero, 2012b).

En lo que respecta al control social, se plantea un reto de interacción entre unos denominados mecanismos tradicionales y otros medios generados en la comunidad, dentro de los cuales la sanción penal será comprendida como una alternativa adicional a las diversas respuestas. Esta sanción tendrá un carácter estrictamente socioeducativo, para los proponentes, razón por la cual no riñe con la concepción de inimputabilidad que plantean como criterio expreso para los menores de 18 años. En los cuatro países estudiados es clara la coincidencia, con algunas excepciones que se destacarán más adelante, en la creación de un sistema de responsabilidad penal con una sanción pedagógica o socioeducativa, que conocerá de las conductas de los adolescentes entre los 12 y los 14 años hasta los 18.

Como se verá a continuación, el propósito central manifiesto de este cambio se orienta a entender al adolescente no como un objeto regulado por la ley, sino como un sujeto pleno en derechos, que puede ser responsable diferencialmente, según su grado de madurez y su capacidad de comprensión, por sus actos. Esto trae como consecuencia necesaria una transformación del concepto de imputabilidad y destaca la necesidad de fijar un límite de edad que haga posible la intervención de este sistema penal especializado y diferenciado. De esta misma manera, bajo dichos supuestos se introduce el debate sobre la consecuencia jurídica que debe darse en el marco de este sistema. Estos son los ejes que orientan el debate en la segunda parte de este artículo.

### 3.2. Narrativas y conceptos del proceso transformación de la política pública criminal de adolescentes

Desde la perspectiva del análisis de la política pública, se han entendido las narrativas como aquellos fragmentos de discurso evidentes e implícitos que, situados, permiten la identificación de las controversias que surgen en el marco del desarrollo de una determinada política pública (en este caso política pública criminal de infancia y adolescencia). Estas narrativas, al confrontarse, permiten construir con mayor complejidad el debate que se desarrolla alrededor de un problema concreto, frente al cual se proponen respuestas distintas, así como los fundamentos básicos de dicho debate. Como se mencionó en la introducción, fueron identificadas en las discusiones doctrinales, políticas, en la prensa, en los documentos de política y en las normas, estas últimas que definen los resultados de las controversias.

Para el presente caso, se escogieron tres ejes fundamentales considerados como las bases radicales de la controversia, los cuales introducen los argumentos básicos de la introducción del paradigma de la protección integral: la edad penal, la imputabilidad y la sanción pedagógica y diferenciada. A continuación se desarrollan las instituciones normativas alrededor de estos ejes, los argumentos que las rodean, así como los discursos y controversias que han surgido como resultado de la definición de dichas categorías dentro de estas políticas.

#### La edad penal

Una de las dificultades principales en la definición de la responsabilidad penal para adolescentes se orienta a la escogencia de la edad a partir de la cual se entiende que debe someterse a un proceso penal a un niño o adolescente que ha cometido una conducta punible e imponerse una sanción que busque el restablecimiento de los derechos. Los estándares internacionales le confieren al legislador una amplia discrecionalidad para fijar la edad mínima de privación de libertad<sup>14</sup>,

<sup>14</sup> Regla 11a de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad (Reglas de la Habana).

recomendando que no sea muy temprana. Elementos como la “precocidad” y la madurez a determinada edad se convierten en los argumentos principales para hacer merecedor a un sujeto de una sanción, reconociendo el desarrollo gradual en la madurez mental, comportamental y cognoscitiva, desde una perspectiva psicológica evolutiva. A pesar de estos criterios, esta discusión en algunas ocasiones se sostiene en argumentos circulares y vacíos, y la justificación de la medida termina adoptándose en función de criterios jurídicos y políticos, tales como los de la capacidad en la legislación civil, en algunos criterios de la legislación laboral y en las agravaciones de víctimas menores de edad frente a delitos sexuales.

Frente a este punto, Esther Fernández ha denunciado que se presentan importantes contradicciones, fundamentalmente respecto a la asignación de la edad mínima penal, dado que se buscan adoptar parámetros de la Convención, pero tratando de hacerlos compatibles con un sistema de justicia oral absolutamente diverso como el estadounidense. De esta manera señala que

*[...] a pesar de la clara vulneración de lo dispuesto por la normativa internacional, que ya desde las Reglas Beijing, recomendaba que la delimitación de una edad mínima no debía fijarse en una edad demasiado temprana teniendo en cuenta la madurez emocional, mental e intelectual del niño en su contexto social, la tendencia en la mayoría de los países ha sido la de disminuir la edad de responsabilidad para entrar en el sistema de justicia de menores (2008, p. 111).*

A excepción de Colombia, que establece como edad mínima penal 14 años, Perú<sup>15</sup>, Venezuela<sup>16</sup> y Brasil<sup>17</sup> definen como edad penal los 12 años, coincidiendo con la separación entre niñez y adolescencia. De esta manera, se considera que todos los adolescentes pueden ser sancionados penalmente en caso de entrar en conflicto con la ley penal, coincidiendo así la edad penal con la clasificación de los “menores de edad” que hace la Convención. Esto refleja que no hay ninguna discusión sobre qué elementos sociales y culturales determinan la madurez mental, emocional e intelectual de un adolescente, para que le sea exigible otra conducta.

En el caso de Colombia, uno de los argumentos centrales en la adopción de los 14 años como edad mínima penal se orienta hacia señalar que las condiciones sociales, el desarrollo y las circunstancias en las que viven los adolescentes determinan su madurez. No obstante, tales argumentos solo pueden ser sostenidos a través de ejemplos y no puede definirse su contenido. Por ejemplo, uno de los argumentos expuestos en la elaboración del Código de la Infancia y la Adolescencia señalaba

<sup>15</sup> Artículos 183 y 184, Ley 27337 de 2000. No obstante, en prensa se insiste con que la responsabilidad se puede dar en Perú desde los 14 años. Véase, por ejemplo: El Comercio, 2010.

<sup>16</sup> Artículo 531, Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. No obstante, el artículo 628 diferencia la duración de la medida de internación para adolescentes entre los 12 y los 14, y entre los 14 y los 18 años.

<sup>17</sup> Artículos 2 y 103 a 105 del Estatuto de los Niños y los Adolescentes.

que “la modernidad ha traído un desarrollo precoz de personas que a los catorce (14) años ya ‘saben todo sobre la vida’ incluso ya son padres o madres” (Gaceta 234 del 19 de julio de 2006), pero no justifica los distintos rangos etarios escogidos para la graduación de las sanciones y la privación de la libertad.

A pesar de que se entiende que el límite de la edad mínima penal es una garantía del sistema de responsabilidad juvenil convencional, se ha señalado la necesidad de contar con medidas específicas alternativas a la privación de la libertad, pedagógicas y diferenciadas, que entiendan las circunstancias ligadas al delito y al adolescente.

*La violación a las garantías fundamentales de los jóvenes no se da per se según la franja donde se establezca la edad mínima: se da, a no dudarlo, por la ausencia de un tratamiento garantista que es el resultado del juicio objetivo, no conforme a la personalidad, sino conforme al hecho, y además por el estudio del caso concreto, el diseño científico de las medidas que se deben utilizar y un instrumental que permita la debida utilización, diagnóstico y aplicación de las opciones correspondientes. (Tejeiro, 2004, p. 307)*

### La imputabilidad

La inimputabilidad o imputabilidad de las personas menores de 18 años se ha convertido en un debate central para la transformación de la concepción de la infancia y la adolescencia (García, 1998(a), p. 40). Por imputabilidad se entiende la capacidad de un ciudadano de responder penalmente, la cual se deriva de la capacidad de comprender la ilicitud de una conducta y de adecuar el comportamiento conforme a las normas. Esta discusión se encuentra intrínsecamente vinculada a la edad penal definida en la legislación penal sustancial para adultos a los 18 años, lo cual se vincula al momento de convertirse ciudadano y de ejercer derechos políticos.

Cabe señalar que en muchas ocasiones, no obstante, no resulta clara la noción que se maneja sobre el concepto de imputabilidad a la hora de la formulación de la legislación, puesto que se utiliza dicho concepto haciendo referencia a la condición de responsables penalmente, se confunden los criterios establecidos en los parámetros internacionales, y su debate cobra la mayor importancia cuando se aborda con el fin de discutir desde cuándo es posible privar de la libertad a los adolescentes y adoptar medidas de detención, independientemente de que estas tengan relación. Es decir, tampoco es clara su diferenciación con la edad penal. Por esta razón es que autores como García-Pablos recomiendan la construcción de un sistema de responsabilidad aislado de los criterios y reglas del derecho penal.

Se considera que pueden ser imputables los adolescentes a partir de la consideración del grado de madurez emocional y mental (Arias, 2010, pp. 33-34, 91). En los criterios de determinación de la imputabilidad, desde lo teórico, se han

definido tres corrientes principales, una biológica, una segunda intelectual, y la tercera mixta que conjuga los dos anteriores elementos para poder establecer la existencia de imputabilidad de un sujeto<sup>18</sup>. Desde estas perspectivas se establece que la imputabilidad del adolescente es relativa (Arias, 2010, pp. 93 y 96).

Uno de los argumentos que más cala se fundamenta en la capacidad jurídica limitada que se establece en determinados supuestos de hecho, como el matrimonio, por lo que se dice que “son personas que están en capacidad de distinguir perfectamente entre lo que está bien y está mal hecho” (Gilma Jiménez, senadora colombiana, Gaceta 070 del 7 de marzo de 2011). Además se plantea que condiciones “estructurales” que se argumentaban como condicionantes de la criminalidad no tienen tal incidencia, al ser el delito un fenómeno excepcional y de una minoría, ya que de los adolescentes del país, que se calculaba ascendían a cinco millones, “el 95% de ellos, a pesar del pésimo ejemplo que los adultos de Colombia le damos a nuestros menores, a pesar de la vulneración de sus propios derechos, a pesar de la falta de oportunidades, no cometen delitos” (Gilma Jiménez, senadora colombiana, Gaceta 070 del 7 de marzo de 2011).

A partir de la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, se considera que en Colombia existe un régimen penal de semiimputabilidad o imputabilidad diferenciada (Gaceta 737 del 5 de octubre del 2010 y Delgado, 2009, p. 16). No obstante, Colombia, Venezuela<sup>19</sup> y Perú no definen expresamente esta situación, al contrario de Brasil, que tal como se establece en el artículo 104 del Estatuto de los Niños y los Adolescentes, se encuentra claramente definido que todas las personas menores de 18 años son inimputables penalmente, pero sujetos a la disposición del estatuto.

## La sanción penal para adolescentes

Los sistemas de responsabilidad penal, especializados por la edad, específicos y diferenciados de acuerdo a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, introducen garantías y principios a favor de los adolescentes. Uno de los principales es de legalidad, que orienta las actuaciones de carácter penal, mediante el cual se limita la actuación del sistema ante conductas violatorias de la ley penal, en función de la estructura del delito, que determina tanto la responsabilidad penal como otras consecuencias jurídicas derivadas de la conducta punible.

<sup>18</sup> Sobre este punto debería recordarse la crítica planteada por Juan Bustos (2004) acerca de la definición de la imputabilidad como criterio de procedencia del derecho penal frente a un individuo, y cómo frente a una categoría estrictamente política se alegan criterios “científicos”. El concepto de imputabilidad se constituye en una mixtura entre las ciencias naturales y desarrollos normativos, según el cual se enfrenta a una persona menor de edad al sistema penal a partir de definiciones normativas, considerando únicamente los aspectos psicológicos, volitivo y cognoscitivo, y desconociendo elementos culturales relevantes para entender un comportamiento humano.

<sup>19</sup> No obstante, se ha señalado que la introducción de los adolescentes al ámbito de la responsabilidad penal trae consigo la desaparición de la inimputabilidad para los adolescentes entre los 12 y 17 años (Tinedo, 2003, p. 26).

De esta manera, una manifestación del carácter diferenciado de estos sistemas es la naturaleza de la sanción que se aplica, la cual es socioeducativa, y su función pedagógica. A través del proceso y la sanción, se busca que el adolescente, como sujeto de derechos, sea responsable por sus faltas y sea consciente de la obligación que tiene de respetar los derechos y las libertades de los demás ciudadanos (Gaceta 321 del 28 de agosto del 2006).

De esta manera, la educación como propósito central de la sanción orienta el abandono del criterio represivo de la ley. Al momento de la aplicación de la sanción, para el niño infractor se hace necesario que todas las autoridades y los particulares encargados de ejecutar dichas disposiciones cumplan todas sus funciones con criterio pedagógico respecto de los niños, niñas y adolescentes. Esto implica que el proceso llevado debe propender por el restablecimiento de derechos de los niños y en torno al debido proceso las actuaciones llevadas a cabo deben ser realizadas de tal forma que entren en pleno conocimiento del niño, es decir, que le sean explicadas de manera clara y precisa tanto la conducta, su gravedad y sus consecuencias, así como cada una de las actuaciones de las autoridades, la motivación de sus decisiones, y el carácter de la obligación restaurativa frente a la víctima y la sociedad por los perjuicios de sus actos.

La denominación de la consecuencia jurídica que se impone a través de estos procesos coincide en los distintos países. En Perú y Brasil se define como medida socioeducativa, mientras que en Venezuela se le llama medida y en Colombia sanción pedagógica. El catálogo de medidas es igualmente coincidente. Dentro de estas se encuentra la amonestación<sup>20</sup>, la prestación de servicios a la comunidad<sup>21</sup>, la libertad asistida<sup>22</sup>, la internación en medio semicerrado<sup>23</sup> y la privación de libertad. Adicionalmente, tanto Venezuela como Colombia incluyen en este catálogo la imposición de reglas de conducta<sup>24</sup>, y Brasil incluye la obligación de reparar y otras medidas administrativas de protección previstas para menores de 12 años.

Queda claro que, al igual que en Colombia, la naturaleza de la sanción está estrechamente vinculada con los fines de la pena, la cual es de carácter sancionatorio-educativo. Se rechaza cualquier finalidad represiva o retributiva, en la medida en que se defiende un modelo protector que esté acorde con la defensa

<sup>20</sup> Es decir, la advertencia por parte de la autoridad judicial al adolescente sobre las consecuencias de su conducta. En algunos casos, como en Colombia, incluye también la asistencia a un curso de respeto de derechos humanos y convivencia ciudadana.

<sup>21</sup> Se caracteriza por el desarrollo de tareas y labores de forma gratuita en beneficio de la comunidad. Estas deben regularse y su duración no puede ser indeterminada.

<sup>22</sup> La libertad asistida o vigilada consiste en la obligatoria supervisión, asistencia y orientación de un adolescente a partir de programas de atención, que permiten al adolescente disfrutar de su libertad.

<sup>23</sup> Libertad restringida o semi-libertad, consiste en la participación del adolescente en un programa de atención especializado al cual deberán asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana. Se diferencia de la libertad asistida en la restricción que se da de la libertad del adolescente, por el programa.

<sup>24</sup> Las reglas de conducta se entienden como prohibiciones y normas de conducta determinadas.

de las garantías y que propugne por incidir en el adolescente y sus condiciones sociofamiliares. Por ejemplo, la medida socioeducativa peruana se orienta a la rehabilitación, teniendo en cuenta el hecho y las circunstancias del adolescente (arts. 191 y 230). Por su parte, la medida venezolana propende por desarrollar las capacidades del adolescente y una adecuada convivencia familiar (arts. 623-628). El sistema brasileño no establece expresamente una finalidad de la imposición de las medidas socioeducativas, aparte de la definición que hace de cada una de estas. Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano introduce que la aplicación de la sanción adicionalmente tendrá una finalidad protectora y restaurativa (art. 178), con lo cual se muestra con claridad la conexión formal con la idea de la protección integral que adopta la Convención, así como la fuerte influencia de sistemas procesales que comienzan a reconocer la centralidad de la víctima en el proceso penal.

Estas sanciones pedagógicas o medidas socioeducativas deben ser impuestas con un criterio de proporcionalidad, observando la particularidad de cada caso. Es por esto que ninguno de los sistemas establece relaciones estrictas entre conductas, sanciones y duraciones (a excepción de casos particulares, como el pandillaje pernicioso en Perú, y de delitos considerados como graves en Colombia), sino que se deja al juzgador un margen de discrecionalidad para imponer la medida adecuada, por el término necesario, según el informe psicosocial que presenta el especialista (psicólogo, trabajador social, entre otros). Habitualmente, dicho informe tiene como referencia la situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y los demás asuntos que se consideren relevantes para caracterizar el entorno en el que habita este.

La sanción, en ningún caso, debe excusarse en la protección integral para adoptar medidas restrictivas, punitivas o violatorias de derechos, al contrario de lo argumentado por muchos actores de la política, que defienden la necesidad de intervenir frente al adolescente ante el riesgo, o actuar a favor de la sociedad, para su protección<sup>25</sup>. En este sentido, la justificación de la sanción se orienta hacia la satisfacción de los derechos, y sus límites se relacionarán con la procedencia de la pena. Como se argumenta reiteradamente, la responsabilidad penal para adolescentes no es punitiva porque busca garantizar los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal (Procuraduría General de la Nación, 2008, p. 82), pero, no obstante, ha sido recurrente encontrar que la medida socioeducativa es un eufemismo que busca diferenciar la consecuencia jurídica del sistema de adultos, y continúa teniendo un carácter punitivo y sancionador (Hernández, 2005).

Asimismo, la excepcionalidad de la privación de la libertad queda en cuestión cuando se conoce que terminando el milenio se estimaba que un millón de niños se encontraban privados de la libertad en el mundo (Bergalli y Rivera, 2007, p. 182).

<sup>25</sup> Este argumento muestra una de los elementos de contraste más crítico entre el discurso del paradigma de la protección integral y la opinión pública materializada en los debates políticos y mediáticos.

En el siguiente aparte se expondrá cómo la edad penal, la imputabilidad y el carácter y naturaleza de la sanción serán los ejes fundamentales para la reforma de los sistemas de responsabilidad, como se verá reflejado en las distintas noticias y debates.

### 3.3. Narrativas sobre la impunidad y reforma a los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes

Como se anunció desde el principio, frente a la propuesta de política criminal para adolescentes que introduce la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo nacional, han surgido múltiples reacciones que se manifiestan en la opinión pública y en distintos proyectos de reforma de los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes. De esta manera, a partir de la prensa<sup>26</sup> y algunos ejemplos de proyectos de reforma, se articulará el debate sobre la impunidad y la necesidad de transformación de la política criminal.

Esta discusión parte de la consideración de los medios de comunicación como agentes de control social y de publicidad del delito. Esta característica va a transformar la relación entre el público y los sistemas penales, con capacidad de incidir en las políticas, hacer parte de campañas<sup>27</sup> y moldear la opinión pública hacia el repudio de una determinada conducta o la solidaridad frente a otras conductas consideradas “injustamente” como delitos. En relación con los adolescentes, la tendencia que se percibe, por parte de múltiples sectores de la academia, es que hay una sobrerrepresentación del peligro físico y una aguda sensación de inseguridad que remiten no solo a realidades fácticas sino también a representaciones estereotipadas de la violencia e imágenes intencionalmente construidas sobre un sector concreto de la población (Wacquant, 2010, pp. 49-50), fundamentalmente jóvenes de estratos bajos y con escasas oportunidades y perspectivas de vida.

A partir de los breves ejemplos de prensa que se desarrollan a continuación, es posible afirmar que en los distintos países estudiados existe una posición generalizada en la opinión mediática acerca de que estos sistemas de responsabilidad penal para adolescentes generan más delincuencia e impunidad (no obstante, se pueden encontrar posiciones fundamentadas, que van más allá del sentido común). Estas representaciones, relatos y narrativas han tenido incidencia en la formulación de la política criminal y, por lo menos, en la ambientación de opiniones públicas en torno de la criminalidad, la inseguridad y la adolescencia.

<sup>26</sup> Además de las noticias diarias, son otras fuentes radicales de opinión los programas periodísticos de investigación, como, por ejemplo, *Séptimo Día* de Caracol, en Colombia; o *Panorama* de Panamericana, en Perú; entre otros, resultan una tendencia importante de la participación de los medios en la formación de la opinión frente a las instituciones y la política criminal. Para un análisis detallado del especial *Menores no pagan*, véase Romero (2012b, pp. 109-112).

<sup>27</sup> Un caso ejemplar acerca de la intervención de los medios en campañas de política criminal es el referendo para la cadena perpetua en contra de violadores y asesinos de víctimas menores de 18 años, como ha ocurrido en distintos países de la región. En el caso de Colombia, entre los que apoyaban el referendo se encontraban famosos presentadores, directores de medios y sectores políticos con gran incidencia en la opinión.

Desde esta perspectiva, el relato que se construye señala que ser menor de edad es una ventaja para quienes conscientemente buscan delinquir, al no existir leyes que establezcan castigos. La causa principal del problema de la criminalidad y la violencia se encuentra en la ley y los tratados internacionales, puesto que esta no establece sanciones severas que hagan sentir temor a la persona menor de edad que desea delinquir y que tiene plena consciencia acerca de lo que hace, y restringen las posibilidades de sanción<sup>28</sup>. La solución habitualmente se orienta a la privación de la libertad en centros carcelarios con mayor seguridad, principalmente cuando se cometen atroces delitos; ser juzgados como adultos, pagar todas las consecuencias y, por supuesto, modificar la ley. Adicionalmente las sanciones, sobre todo la privación de la libertad, deben imponerse por un tiempo más prolongado y debe darse una aplicación severa y rigurosa de las instituciones existentes.

A pesar del amarillismo, los debates que se presentan en estos medios tienen como trasfondo elementos conceptuales y bases teóricas de los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes, por ejemplo, en relación con la imputabilidad, los elementos que la conforman, tales como la consciencia de la ilicitud de la conducta y el daño que con la conducta punible se generan, la edad penal, la función de la sanción, cómo debería darse la reacción social frente al delito, cuáles son las funciones de las instituciones que ejercen como controles informales, tales como la familia y la escuela, y sobre todo un profundo cuestionamiento a la ley, por ser responsable de la impunidad y de un alza en los delitos.

Los adolescentes se representan como sujetos peligrosos, que, gracias a la ley, están blindados frente a cualquier posibilidad de control por parte de sus familias, de las autoridades que están dispuestas a intervenir pero desarmadas y sin mayores herramientas<sup>29</sup>, por lo que ven constantemente frustradas sus labores cotidianas, las cuales, en el peor de los casos, no hacen más que poner en peligro sus vidas y sus derechos. Gracias a una “alta” edad mínima penal, se establece una especie de permiso para delinquir, desconociendo algo que está claramente reconocido por todos quienes están al tanto de la realidad social, la capacidad de entender la ilicitud de la conducta y el daño que puede ocasionar con esta, y por lo tanto, de comportarse conforme a derecho y de exigirse su comportamiento conforme a tal (El Comercio, 2013).

Estas interpretaciones, a pesar de identificar pilares del sistema, parten de problemas conceptuales estructurales. Por ejemplo, se denuncia que los niños, niñas

<sup>28</sup> En el caso de Colombia, además de las instituciones normativas que impiden la aplicación de sanciones severas, la inaplicación del código y la inoperancia de los programas de Bienestar Familiar generan consecuencias nefastas, la familia no puede hacerse cargo de los jóvenes y hay una ausencia evidente de disciplina y normas, al no existir instituciones como la escuela o la iglesia que impartan valores. Caracol. *Séptimo día*. Tercer capítulo. (24:00).

Sobre este punto también, El Comercio, 2013

<sup>29</sup> Por ejemplo, que no puedan ser esposados. El Espectador (2008).

y adolescentes agreden como hombres pero no lo son para las leyes<sup>30</sup>, que obvian que las actuaciones de estos no son precisamente actos de niños. En este sentido, lo adecuado para enfrentar estas problemáticas sociales sería que la política criminal estableciera un tratamiento diferenciado, no en función de la edad, sino en función de la gravedad del delito. El legislador, al contrario, debería adoptar decisiones que representen a la comunidad y no que vayan en contra de esta<sup>31</sup>, en la medida en que los prevalentes deben ser los derechos de la comunidad a la seguridad y tranquilidad, y no los de los adolescentes. Experiencias internacionales como la de la Florida (Estados Unidos es el único de los dos países que conforman las Naciones Unidas que no ha ratificado la Convención), en donde los derechos de la comunidad prevalecen y se da un equilibrio entre la educación y el castigo<sup>32</sup>. Las imprecisiones no solo se evidencian en ejemplos incorrectos, sino también en información completamente contraria a la realidad<sup>33</sup>.

Asimismo, la prensa también se centra en el malestar de la gente y sus reacciones en contra de las instituciones normativas, que habitualmente se ven apoyadas por sectores políticos y de gobierno. Por ejemplo, en abril del 2013, en São Paulo (Brasil) se realizó una manifestación en contra del Estatuto da Criança e do Adolescente, que se desató por la difusión de un video en el que un adolescente arrebató un celular y luego dispara a su víctima en la cabeza. Se manifiesta de esta manera la necesidad de castigar con penas mayores de cárcel a los adolescentes responsables de delitos graves (United Press International (2013)). Los proyectos y debates cuestionan el marco de atención el carácter socioeducativo de la sanción, y su verdadera incidencia, planteando como fin de la sanción la incapacitación y la retribución punitiva (El Tiempo, 2010). Esto tiene como consecuencia la confusión de problemas estructurales de infancia y adolescencia, con problemas de la órbita de la política criminal y la seguridad (Semana, 2010).

En relación con delitos considerados graves, principalmente aquellos violentos de mayor impacto sobre la ciudadanía, las discusiones se orientan a proponer una modificación en las instituciones vigentes, en la medida en que resultan en una autorización para que los adolescentes incurran en estas conductas. A partir de esta valoración, es generalizado encontrar proyectos de ley que plantean como propuesta la introducción de la privación de la libertad en centro carcelario o penitenciario y no en un lugar especializado y diferenciado, como dispone la

<sup>30</sup> Caracol. *Séptimo día*. Tercer capítulo. (4:30)

<sup>31</sup> Caracol. *Séptimo día*. Tercer capítulo. (33:20-36:20)

<sup>32</sup> Caracol. *Séptimo día*. Cuarto capítulo. (05:00)

<sup>33</sup> Pueden encontrarse distintos ejemplos de prensa en donde periodistas o autoridades dan una información que corresponde a la realidad. Por ejemplo, la comandante de la Policía de Infancia y adolescencia de Colombia, frente al problema de los homicidios causado por adolescentes señala, entre otras cosas, que no existe responsabilidad penal para menores de 18 años, en el marco de un proceso de Responsabilidad Penal para Adolescentes, y que cuando se verifica la comisión de un delito grave, puede ser privado de la libertad en programas diferentes a los de los adultos (El Espectador, 2009). También se dice, que la ley señala que los niños o adolescentes que participan en delitos lo hacen subordinados o cumpliendo órdenes El Espectador (2008).

Convención<sup>34</sup>, la disminución de la edad mínima penal y la transformación de la idea de imputabilidad, entre otros aspectos<sup>35</sup>. La criminalidad de los pequeños jóvenes delincuentes debe prevenirse con medidas de tipo penal, que enfrente la cada vez más creciente delincuencia de adolescentes (Perú 21, 2012). Un mejor marco normativo, desde la perspectiva de la proporcionalidad, podría sancionar con mejores medidas a los adolescentes, como se han valorado previo a su implementación las distintas medidas Yel Espectador, 2011).

En lo relativo a aplicar la responsabilidad penal a partir de los 14 años, se argumenta que los adolescentes muy jóvenes participan en las bandas criminales y otros grupos de criminalidad organizada, por lo que es necesario disminuir la posibilidad de aplicar sanciones para evitar que sean capturados por estos grupos. No obstante, simultáneamente es coincidente oír como argumento que a partir de los 14 años ya se sabe perfectamente lo que se hace, y se ve respaldado por corrientes psicológicas que no tienen en cuenta que la imputabilidad es un problema ético de política criminal. Otra situación delicada aparece en relación con los niños y niñas menores de 14 años que entran en conflicto con la ley penal, frente a quienes no hay nada que hacer en términos de facultades y competencias institucionales.

De esta manera, el sentimiento de impunidad que generan en la población los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes, a pesar de la gran resistencia de sectores expertos y especializados, como de los límites que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, ha traído consigo una serie de reformas que transforman en la práctica el fin de la sanción para adolescentes<sup>36</sup>, modifican las edades e introducen la proporcionalidad entre hechos y sanción, con lo cual se da un viraje teleológico de la política criminal para adolescentes.

#### 4. CONCLUSIÓN PRELIMINAR

A partir de algunos ejemplos de las coincidencias existentes tanto en los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes de Colombia, Brasil, Perú y Vene-

<sup>34</sup> Un ejemplo de esto puede encontrarse en Colombia, con el proyecto de ley que presentó en 2010 la Senadora Gilma Jiménez, que proponía la reclusión en un establecimiento carcelario especial para adolescentes que cometieran delitos graves. A pesar de que no se aprobó, la Ley 1453 de 2011 en Colombia agravó las sanciones para los adolescentes que cometan delitos graves como secuestro, homicidio, hurto y delitos sexuales. Sobre este debate, véase, entre otros, El Espectador (2010). En este mismo sentido, desde el caso de 'Gringasho', un sicario que ha generado mucha polémica en Perú, se ha debatido la necesidad de disminuir la edad de imputabilidad penal hasta 15 o 16 años. Véase, por ejemplo Perú 21 (2013). y El Comercio (2013). A pesar de la reforma de 2007 a la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes venezolana, y la denuncia de altas cifras de criminalidad en el país, no existen mayores reflexiones en prensa que permitan mostrar estos debates. Habría que determinar si en esto incide la censura de prensa que se vive en ese país. Por último, en relación con Brasil, entre otros, puede verse la siguiente nota que resume las inquietudes sobre este punto, United Press International (2013).

<sup>35</sup> En ocasiones esto va acompañado de la disminución de la mayoría de edad con efectos políticos, punto sobre el cual se argumenta la necesidad de proveer derechos, pero con esto también ser más exigente con las obligaciones. El Tiempo (2011).

<sup>36</sup> En contra de este proceso, Brasil. *Política Nacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (2011-2020)*, p. 21.

zuela, este ejercicio permitió ver cómo el papel del derecho internacional de los derechos humanos ha sido fundamental en la transformación de la construcción de la política criminal. Estas implicaciones que el derecho internacional de los derechos humanos ha ocasionado en la formulación de políticas, está relacionada con la adopción de medidas penales en la regulación sobre algunos derechos. En el caso de los adolescentes, resulta más evidente esta situación, en la medida en que, como se ha mencionado, la Convención sobre los Derechos del Niño busca la adopción de un tratado que permita la formulación de un sistema de protección integral y universal de derechos y garantías, que resulte vinculante a los Estados parte. Al menos en lo formal, es claro que este proceso de transformación de los sistemas de responsabilidad penal para adolescentes en Suramérica, en las últimas dos décadas, ha correspondido en lo normativo a ese proceso de adecuación institucional (Tejeiro, 2004, p. 289).

De esta manera, en primer lugar, uno de los ejes de ese sistema de protección se encuentra en los lineamientos de política criminal establecidos para que los Estados parte formulen sus propias políticas reconociendo las realidades y necesidades locales. Sin embargo, a pesar de que explícitamente se hace énfasis en la necesidad de adecuar localmente dichos lineamientos, el paradigma de la protección integral que se formula como fundamento de esta Convención debe ser el modelo universal a partir del cual los Estados parte deben construir sus propias políticas, lo cual en ocasiones se transforma en respuestas universales al problema de la violencia y la criminalidad.

Los nuevos estándares internacionales consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño que orientan la construcción de la política pública criminal, como se vio reflejado al inicio de este artículo, no están desconectados de los grandes procesos de transformación de las prácticas e instituciones sociales, por lo cual debe darse un análisis detallado acerca de la concepción sobre los niños, niñas y adolescentes que propone esta Convención, así como de la relación de las nuevas consecuencias jurídicas con las condiciones sociales, económicas, culturales, políticas e institucionales en las cuales se desenvuelve. No obstante, a pesar de las diferentes coyunturas políticas, económicas y sociales, existen coincidencias significativas tanto en los procesos de adaptación de los sistemas penales para adolescentes, así como en la transformación y endurecimiento de los sistemas.

Esta Convención parte de la existencia de un consenso universal acerca de los derechos y las obligaciones de las cuales son acreedores los niños, niñas y adolescentes, así como de las dimensiones del problema de la infancia (Resta, 2007, p. 21), que se ve desvirtuado con las distintas opiniones que suscita el control y sanción de este grupo poblacional. A pesar de lo anterior, en las discusiones se ve reflejado un desconocimiento profundo de los elementos que conforman, en este caso, la política pública criminal de adolescentes, su significado, su alcance y un consenso superficial que no logra adaptarse a los contextos locales y que explica las propuestas de reforma que se han presentado sobre la responsabilidad penal

para adolescentes en América Latina. Sobre este punto, no habría que perder de vista lo señalado por Zaffaroni, quien interpreta que no se está

*[...] ante fenómenos únicamente locales, nacionales, provinciales ni municipales, sino ante problemas que podemos resolver solo en parte en esos niveles, pero que integran un entramado mundial [...] Si no comprendemos ese entramado siempre moveremos mal las piezas, perderemos partida tras partida y debemos hacer el mayor esfuerzo por impedirlo, porque en el fondo se juega una encrucijada civilizatoria, una opción de supervivencia, de tolerancia, de coexistencia humana. (2013, p. 11)*

Por otra parte, el análisis de las tres instituciones principales identificadas en los cuatro sistemas de responsabilidad penal muestra cómo la mayoría de las figuras propuestas por estándares y doctrina internacional se adoptan en los contextos nacionales, sin mayores discusiones alrededor del contenido de sus conceptos y su relación con el entorno en el cual se van a aplicar. Se ve reflejado en las instituciones que las categorías se presentan vacías conceptual y empíricamente, remiten al sentido común de los actores y operadores de los sistemas, así como a los sistemas normativos existentes, sin centrarse en concreto en la situación que buscan regular. Esto confirma el argumento de que las políticas públicas y las iniciativas legislativas en Suramérica carecen de respaldos concretos e información que permita justificar y recomendar una solución política particular.

Los debates sobre la política criminal para la infancia y la adolescencia no solo muestran las tensiones existentes entre dos proyectos divergentes de sociedad, sino que también evidencian cómo se encuentra fuertemente arraigada a la sociedad una comprensión del sistema penal como la sanción privativa de la libertad, y esto es coherente con los valores y experiencias de la ciudadanía. A pesar de esto, la influencia de los lineamientos internacionales en materia de política criminal se encuentra presente constantemente en los debates, las exposiciones de motivos, los desarrollos doctrinales y definen de manera determinante la construcción de las políticas de control social, como parte de las obligaciones del Estado en la protección de los derechos de los ciudadanos.

Respecto a los sistemas estudiados, se pudo ver cómo el sistema de Brasil, a pesar de ser pionero, parece todavía estar anclado al paradigma tutelar y de la situación irregular, entre otros, por la previsión de la aplicación de las medidas de protección como parte de las medidas socioeducativas<sup>37</sup>. Colombia, por su parte, evidencia una adopción más tardía de los estándares, y parece reflejar un estado más avanzado de las discusiones alrededor de las instituciones que conforman la política.

Para concluir, debe destacarse que son más las semejanzas que las diferencias encontradas en la comparación de las instituciones y las políticas de responsabi-

<sup>37</sup> Al contrario, Emilio García Méndez (1998<sup>a</sup>, p. 103).

lidad penal para adolescentes, siendo con esto evidente la relación directa entre los estándares y parámetros convencionales con el desarrollo de las instituciones locales. Dicha relación coincide tanto en el plano axiológico de principios y argumentos de cómo deben orientarse las instituciones, como en el plano del diseño institucional y normativo de la política. De las discusiones alrededor de estas instituciones, puede percibirse que las prácticas vinculadas a estos sistemas y políticas merecen de un estudio detallado y particular, por la divergencia con los textos y discursos.

Las similitudes que se presentan en las discusiones de prensa y debates políticos son mucho más marcadas entre Colombia y Perú, que en relación con Venezuela y Brasil, no obstante las coincidencias en las instituciones normativas que definen la estructura de la responsabilidad penal para adolescentes en el subcontinente. No obstante, las situaciones de violencia y marginalidad entre los jóvenes han llevado a una fuerte discusión sobre las sanciones, pero que no son comprensivas holísticamente de la situación que se vive<sup>38</sup>. En relación con Venezuela, a pesar de los altos niveles de criminalidad y violencia, pareciera que existiera algún tipo de control sobre la divulgación de discusiones o críticas sobre este punto.

Las anteriores reflexiones muestran cómo el debate acerca del control penal y la responsabilidad de los adolescentes se articula a partir de categorías como la imputabilidad, la capacidad de comprender la ilicitud de una conducta y obrar de conformidad con la misma, y la concepción histórica del concepto de la infancia y la adolescencia, entre otros, las cuales reflejan una situación de tensión y transformación del control social como manifestación del sistema productivo, los valores y la cultura. En este orden de ideas, queda claro cómo las discusiones en el plano de las ideas encuentran un fundamento en las realidades sociales y en la configuración del mundo, no determinantes, pero influyentes.

Para concluir, en relación con las reformas, sectores académicos o de la opinión más informada<sup>39</sup> han calificado estos procesos como populismo punitivo, desconociendo la posibilidad de que el endurecimiento de las sanciones, los términos, las medidas y la disminución de las edades puedan tener algún efecto positivo sobre la situación que se pretende enfrentar (Romero, 2012b).

<sup>38</sup> Rafael Orduz. *Menores, crimen e indiferencia*. (El Espectador, 28 de septiembre de 2009). Recuperado en línea el 29 de octubre de 2012 de <http://www.elespectador.com/columna163925-menores-crimen-indiferencia>.

<sup>39</sup> Rafael Orduz. *La herencia de 'No nacimos pa semilla'*. (El Espectador, 30 de agosto de 2010). Recuperado en línea el 30 de octubre de 2012 de <http://www.elespectador.com/columna-221821-herencia-de-no-nacimos-pa-semilla>; María Elvira Samper. *Crimen y castigo*. (El Espectador, 16 de octubre de 2010). Recuperado en línea el 30 de octubre de 2012 de <http://www.elespectador.com/columna-229990-crimen-y-castigo>; Patricia Lara Salive. *¡Burradas que matan!* (El Espectador, 9 de septiembre de 2010). Recuperado en línea el 30 de octubre de 2012 de <http://www.elespectador.com/columna-223528-burradas-matan>; Semana. "No hay medidas mágicas para reducir los delitos de los adolescentes" (28 de septiembre de 2010).

## BIBLIOGRAFÍA

- Arias, J.C. (2010). *Bloque de constitucionalidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Beck, U. (2008). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós.
- Bergalli, R. y Rivera, I. (2007). *Jóvenes y adultos. El difícil vínculo social*. Barcelona: Anthropos.
- Bustos, J. (2004). Imputabilidad y edad penal [versión electrónica]. Recuperado de: [www.iin.oea.org/imputabilidad\\_y\\_edad\\_penal.pdf](http://www.iin.oea.org/imputabilidad_y_edad_penal.pdf) (24 de junio del 2012).
- Cita, R.A. (2012). Transformaciones actuales del poder punitivo. Caracterización de sus principales rasgos. *Revista Criminalidad*, 54(2), 61-75.
- Delgado, L.F. (2009). *Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Del Olmo, R. (1981). *América Latina y su criminología*. México D.F.: Siglo XXI Editores.
- Fernández, E. (2008). *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- García, E. y Beloff, M. (coords.) (2004). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Tomos I y II. Bogotá: Temis.
- García, E. (1998a). *Infancia. De los derechos y de la justicia*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- \_\_\_\_\_. (1998b). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: Unicef.
- \_\_\_\_\_. (1997). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Ibagué: ForumPacis.
- \_\_\_\_\_. (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Bogotá: ForumPacis.
- García, E. y Carranza, E. (orgs.) (1992a). *Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina, bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires: Editorial Galerna.

- García, E. y Carranza, E. (1992b). El derecho de “menores” como derecho mayor. En: García, E. y Carranza, E. (orgs.). *Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina, bases para una reforma legislativa* (pp. 9-19). Buenos Aires: Editorial Galerna.
- García, E. y Carranza, E. (cords.) (1990a). *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- García, E. y Carranza, E. (1990b). De la minoridad a la infancia-adolescencia: bases para una historia latinoamericana. En García, E. y Carranza, E. (cords.). *Infancia, adolescencia y control social en América Latina* (pp. 1-9). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Garland, D. (2007). La cultura de las sociedades con altas tasas de criminalidad. Algunas precondiciones de las políticas de “seguridad ciudadana”. En: *Crimen y castigo en la modernidad tardía* (pp. 205-273). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana.
- (2001). *The culture of control*. Chicago: University of Chicago Press.
- Held, D., McGrew, A., Goldblatt, D. y Perraton, J. (2002). *Transformaciones globales. Política, economía y cultura*. México D.F.: Oxford University Press.
- Hernández, C. (2005). El debido proceso y la justicia penal juvenil. Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
- Larrauri, E. (2006). Populismo punitivo... y cómo resistirlo. *Jueces para la democracia*, 55, 15-22.
- Miranda, M. (2007). El populismo penal. *Jueces para la democracia*, 58, 43-72.
- Oficina Internacional Católica de la Infancia (2012). *Niñez sin rejas*. Bruselas: Oficina Internacional Católica de la Infancia. Recuperado de: [http://www.ipjj.org/fileadmin/data/documents/reports\\_monitoring\\_evaluation/BICE\\_EnfanceSansBarreaux\\_2012\\_SP.pdf](http://www.ipjj.org/fileadmin/data/documents/reports_monitoring_evaluation/BICE_EnfanceSansBarreaux_2012_SP.pdf) (6 de marzo del 2013).
- Páramo, P. (2011). Investigación de estudio de caso: estrategia de indagación. En: Páramo, P. (comp.). *La investigación en ciencias sociales: estrategias de investigación* (pp. 307-314). Bogotá: Universidad Piloto de Colombia.
- Pérez, Á.O. y Muñoz, J.A. (1992). Desarrollo de los tribunales de menores en Colombia: Tendencias y perspectivas. En: *Del revés al derecho: la condición jurídica de la infancia en América Latina, bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires: Editorial Galerna.
- Pérez, Á.O. y Muñoz, J.A. (1990). Informe del grupo de investigación de Colombia. En: García, E. y Carranza, E. (cords.) *Infancia, adolescencia y control social*

en América Latina. Buenos Aires: Ediciones Depalma. Procuraduría General de la Nación (2008). Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Quiroz, A.W. (2009). *Manual derecho de la infancia y la adolescencia*. Bogotá: Librería Ediciones El Profesional.

Resta, E. (2007). La ley de infancia. En Bergalli, R. y Rivera. *Jóvenes y adultos. El difícil vínculo social*. Barcelona: Anthropos.

Romero, A. (2012a). Nueva cultura del control y adolescentes en Colombia. Una aplicación del estado del arte a las transformaciones de la justicia penal de adolescentes. *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 9, 131-152. Recuperado de: [http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0009A008\\_0008\\_investigacion.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0009A008_0008_investigacion.pdf) (el 4 de mayo del 2013).

*Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* (2012b). Populismo punitivo y narrativas de control social de adolescentes en Colombia. Los adolescentes frente al populismo punitivo como expresión de una nueva política de control. Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/9744/> (9 de agosto del 2013)

Tejeiro, C.E. (2004). Del control social de la infancia: hacia la garantía y la prevención. *Revista de Derecho*, 22, 285-309. Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

Tinedo, G. (2003). Los adolescentes frente al derecho penal. *Capítulo Criminológico*, 31(1), 23-60. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela.

Unicef (2004). *Justicia penal juvenil. Buenas prácticas*. Ciudad de Panamá: Unicef.

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.

Zaffaroni, E.R. (2013). *La cuestión criminal*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

### Documentales y normativas

Brasil. Lei 8069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Brasil. Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (2011-2020).

Brasil. Política Nacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (2011-2020).

Colombia. Gaceta del Congreso de Colombia número 234 del 19 de julio del 2006 (Senado).

- Colombia. Gaceta 321 del 28 de agosto del 2006 (Plenaria).
- Colombia. Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.
- Colombia (2009). Colombia: Niñas, niños y adolescentes felices y con igualdad de oportunidades. Plan Nacional para la Niñez y la Adolescencia 2009-2019.
- Colombia. Ley 1453 de 2011, Ley de Seguridad Ciudadana.
- Colombia. Gaceta 737 del 5 de octubre del 2010 (Senado).
- Colombia. Gaceta 70 del 7 de marzo del 2011 (Senado).
- Colombia (2012). Informe final de la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal en Colombia. Recuperado en línea el 10 de junio del 2013 de <http://www.minjusticia.gov.co/Library/News/Files/Ver%20Informe%20final%20Comisi%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20Criminal107.PDF>
- Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.
- Naciones Unidas. Directrices de la RIAD.
- Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad (Reglas de la Habana)
- Naciones Unidas. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)
- Naciones Unidas. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).
- Perú. Ley 27337 de 2000, Código de los Niños y Adolescentes.
- Perú. Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021.
- Venezuela. Ley Orgánica de Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes.
- Perú. Exposición de motivos de la reforma parcial de 2007. Recuperado en línea el 12 de marzo de 2013 en: <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lopna.htm>.
- Perú. Exposición de motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Recuperado en línea el 8 de febrero de 2013 en: <http://www.defiendete.org/html/de-interes/LEYES%20DE%20VENEZUELA/LEYES%20DE%20VENEZUELA%20I/EXPOSICION%20DE%20MOTIVOS%20DE%20LA%20LEY%20ORGANICA%20PARA%20LA%20PROTECCION%20DEL%20NINO%20Y%20DEL%20ADOLESCENTE.htm>.



# Constitución, reforma constitucional y sus límites materiales.

## Un acercamiento desde la experiencia cubana\*

# Constitution, constitutional reform and its material limits.

## An approach from the cuban experience

*Karel Luis Pachot Zambrana\*\**

*Juan Ramón Pérez Carrillo\*\*\**

---

Fecha de recepción: 23 de junio del 2015

Fecha de aceptación: 26 de julio del 2015

---

### RESUMEN

La reforma constitucional se concibió con el propósito de salvaguardar contenidos de especial significación, el orden político concebido y, con ello, la supremacía constitucional. En el caso cubano el reconocimiento de los límites materiales, relativos o absolutos, motiva unas merecidas consideraciones que desde la doctrina serán expuestas en este estudio.

**Palabras claves:** reforma constitucional, límites materiales, contenidos especialmente protegidos, Constitución.

### ABSTRACT

The constitutional reform was conceived with the purpose of safeguarding contents of special significance, the political conceived order and therefore, the constitutional supremacy. In the Cuba case, the recognition of material limits, relative or absolute, motivates a well deserved considerations from the doctrine will be discussed in this study.

**Keywords:** constitutional reform, material limits, contents specially protected, Constitution.

---

\* Los autores desean expresar su más sincero agradecimiento a la licenciada Leyanis Semanat Lewis, sin cuyo considerable aporte y colaboración personal no hubiera sido posible elaborar y concluir este artículo.

\*\* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor titular de Teoría General del Estado y de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. E-mail: kpachot@fd.uo.edu.cu.

\*\*\* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor titular de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho de la Universidad de Granma, Bayamo, Cuba. E-mail: jramoncuba@gmail.com.

## 1. INTRODUCCIÓN

El valor jerárquico-normativo superior de las Constituciones como fuente fundamental y fundamentadora del derecho constituye uno de los rasgos más significativos que ha distinguido al constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, más que proclamarse formalmente en los textos constitucionales (cuando ello se hace), ello deberá asegurarse en los respectivos ordenamientos jurídicos mediante dos vías principales: el control de la constitucionalidad de las normas que integran ese ordenamiento y el procedimiento para la reforma de la Constitución. Precisamente, y con respecto a este último, su reconocimiento desde la propia génesis del constitucionalismo contemporáneo nos ha identificado otro de los rasgos característicos o generalizados de este: la rigidez constitucional, al establecerse procedimientos de cambios constitucionales rígidos, en ocasiones, incluso, agravados, distinguiéndose tales procedimientos de los ordinarios de producción legislativa. Ello nos permitirá asegurar que la Constitución no pueda ser derogada, modificada o abrogada por la legislación ordinaria, tal y como nos advierte Guastini (2006, p. 51).

Más allá de ello, los propios procedimientos de reforma constitucional implican, *per se*, el establecimiento de límites al cambio constitucional. Los mismos han sido clasificados en la doctrina comparada de múltiples formas, suponiéndose diferentes criterios metodológicos de clasificación. Así, podrán entenderse límites implícitos o explícitos, heterónomos o autónomos, absolutos o relativos, temporales, formales (procedimentales) o materiales (contenidos especialmente protegidos). Precisamente, y con relación a los límites materiales a la reforma constitucional, estos han hallado tradicionalmente su fundamento en el origen mismo y la concepción inicial de la Constitución como instrumento que limita el ejercicio del poder político y garantiza la vigencia o eficacia de determinados contenidos de especial interés para cada sociedad que los reconoce, siendo los derechos fundamentales los más recurrentes, así como la forma de gobierno (específicamente la republicana), la estructura territorial (forma de Estado) y los valores y principios fundamentales en los que se fundamentan los diferentes regímenes políticos.

Su relevancia para el derecho constitucional contemporáneo es tal que han sido reconocidos con una considerable frecuencia, remontándose su aparición histórica al constitucionalismo de mediados del siglo XIX, y expandiéndose a partir del período posterior al final de la Segunda Guerra Mundial. En la actualidad, por ejemplo, muchos de los textos constitucionales latinoamericanos vigentes reconocen expresamente límites materiales a sus cláusulas de reformas (Nogueira Alcalá, 2010, p. 1.317), así como otros derogados ya lo han hecho.

El presente estudio se dirige a los límites materiales de la reforma constitucional en Cuba, traducidos en contenidos especialmente protegidos (como hemos advertido), con el propósito de exponer nuestras consideraciones críticas sobre el

reconocimiento y alcance jurídicos de estos en el ordenamiento jurídico cubano. La relevancia del estudio es mayor si se tiene en cuenta que en la Constitución cubana de 1976 siempre fueron concebidos tales límites al poder constituyente derivado (relativos en el caso de la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado y derechos y deberes consagrados constitucionalmente), y más recientemente, con la reforma constitucional del 2002 fue explicitado un contenido especialmente protegido de carácter absoluto (traducido en una cláusula pétrea con relación al sistema político, social y económico socialista), cuestión esta última más que novedosa para el derecho constitucional cubano. Por demás, el escaso tratamiento específico que ha merecido desde la doctrina académica patria la reforma constitucional, así como la ausencia de una jurisdicción constitucional que asuma pronunciamientos doctrinales al respecto, convierten prácticamente en un desafío los criterios que expondremos a continuación.

No obstante, los autores esperamos que estos criterios sirvan como referentes iniciales para conocer y comprender mejor las lógicas en las que se ha construido el constitucionalismo cubano más reciente, no exento de cuestiones polémicas pero determinado (y exigido) a enrumbarse desde la academia por consolidar definitivamente sus propias (y necesarias) doctrina y dogmática jurídicas, que traduzcan al derecho constitucional cubano en un instrumento jurídico cotidiano, sostenible y efectivo.

## **2. A PROPÓSITO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES. UNOS CRITERIOS MÍNIMOS IMPRESCINDIBLES**

La praxis política y jurídica de toda sociedad ha demostrado que si la Constitución no se modifica o altera su letra cuando se producen transformaciones esenciales en la realidad sociopolítica, normada por la Constitución, se corre el riesgo de que cambie en su sentido (interpretación de su letra y aplicación), y si no cambia ni en su letra ni en su sentido, cambia en su fuerza normativa y pone en riesgo su legitimidad y la del propio orden que pretende normar. Consecuentemente se vulnerará el consenso social y político, y la credibilidad del régimen que pretende normar. Por otra parte, en caso de que se pretenda erigir a una Constitución como inmutable, tal pretensión, más allá de ser cuestionable, sugeriría una suerte de mitificación de la ley fundamental nada consecuente con el principio de supremacía constitucional, y mucho menos con el de soberanía colectiva. No deben suponerse límites absolutos frente a la voluntad soberana, ella es fuente de transformaciones y cambios, legitimados siempre en las demandas y exigencias concretas de cada momento histórico.

Así, entendida ya la Constitución como la norma que cristaliza la voluntad política y jurídica de una sociedad, es lógico que esta pretenda un mínimo de estabilidad y seguridad, por lo que desde los orígenes del constitucionalismo moderno la

reforma constitucional se ha configurado como un elemento básico de los textos fundamentales con el propósito de brindarle las referidas cualidades.

Paralelo a esto, la reforma de la Constitución se revela como el cauce jurídico a través del cual la Constitución se proveerá a sí misma de un dispositivo capaz de garantizar su supervivencia gracias a su readaptación, posibilitando así una sintonía acorde entre la letra del texto y el espíritu de las instituciones, pero será necesario ser muy cuidadoso porque los cambios siempre deberán tener su origen en una voluntad colectiva clara, como advertimos antes, y suscitar un debido sentimiento de adhesión, pues de otra forma las posibles innovaciones, si no han tenido eco en la colectividad, tarde o temprano serán rechazadas. Obviamente, este planteamiento sugiere un ideal lamentablemente pocas veces realizado. Todo ello sin obviar que la reforma constitucional se exhibe en la actualidad como un medio de defensa jurídica y política por excelencia de la Constitución, en conjunto con la justicia constitucional. Consecuentemente, tal será la importancia de la reforma constitucional en la concepción de la Constitución contemporánea que Pérez Royo (1997, p. 167) llegó a afirmar que una Constitución sin reforma no es Constitución.

Ahora bien, y siguiendo lo expuesto por este autor, en la actualidad el concepto de reforma constitucional es indispensable para definir, incluso, la Constitución, y ello se debe, en gran medida, al principio del paralelismo de las formas, o sea, que las normas solo pueden ser modificadas de la misma forma en que han sido producidas. Tal principio tiene vigencia en todo el universo jurídico, en todos los escalones de la pirámide en que el ordenamiento consiste. La ley solo puede ser modificada por otra ley, el decreto por otro decreto, y así sucesivamente. Es un principio que no admite excepciones, porque de lo contrario el ordenamiento se transformaría en un caos (un des-ordenamiento). En sentido general, este principio hace que el derecho, precisamente, sea derecho. Sin el paralelismo de las formas no podría existir el ordenamiento jurídico, tendríamos que hablar entonces más bien de anarquía jurídica. Pero la ley es ley en segundo lugar porque, una vez creada solo puede ser modificada o derogada por el mismo autor, el parlamento, y de la misma forma, a través del procedimiento legislativo (Pérez Royo, 1997, p. 165).

Pues bien, según el mencionado autor Pérez Hoyo (1997, p. 166), la forma en que el principio tiene vigencia en la Constitución es a través de la reforma constitucional, es la manera específica de hacerlo valer, porque en la Constitución, a diferencia de lo que sucede con el resto de las normas, el paralelismo no puede ser exacto, ya que la potestad constituyente de la que emana la Constitución no tiene réplica alguna, derivándose únicamente de quien es su depositario originario: el pueblo.

Por tanto, la reforma constitucional será el medio idóneo en que ese titular de la soberanía depositará su potestad constituyente, proyectándola hacia el futuro. De tal modo, la reforma constitucional se convertirá en una potestad constituyente

constituida. Es constituyente, porque será colocada en el lugar del constituyente y reformar la Constitución. Es constituida, porque a diferencia de la originaria, que no estaba jurídicamente ordenada, esta sí lo está, por lo que la reforma se hará con todos los requisitos que estableció esa potestad constituyente; se hará, en definitiva, a su voluntad.

La fundamentación política o jurídica de la reforma constitucional se sostiene esencialmente en la imposibilidad de pretender que el resultado final del proceso constituyente, la Constitución, sea eterno en el tiempo, no previéndose que la experiencia o el tiempo exigirán nuevas modificaciones al texto constitucional. Por tanto, son solo la experiencia y la propia práctica constitucional quienes dictan y aconsejan si una Constitución está necesitada o no de ciertas modificaciones para su óptimo grado de adecuación; justamente por ello se hace preciso dejar siempre una puerta abierta que posibilite tales adaptaciones.

Resulta difícil establecer criterios generales en torno a las circunstancias que hacen aconsejable una modificación constitucional. De cualquier forma, pueden tenerse en cuenta en los supuestos en que en la elaboración de la Constitución se omitiera consciente o inconscientemente alguna prescripción, originando lagunas constitucionales, que puedan ser descubiertas u ocultas, según que tales omisiones respondan a una intención del constituyente que deliberadamente rehusó su regulación por razones de conveniencia política, o bien respondan a una falta de previsión en la formulación del texto constitucional, que se produce cuando no se pudo prever una necesidad que posteriormente se presentó. También cuando en la propia Constitución se establezcan preceptivamente períodos de tiempo que obligan a reformarla (denominados como límites temporales). O cuando las modificaciones que se propongan sirvan para superar las imperfecciones técnicas que se han puesto de manifiesto por el propio funcionamiento de las instituciones. Por último, otra de las causas que pueden justificar la previsión reformadora deriva de las transformaciones semánticas que experimentan las prescripciones constitucionales, ya que las palabras con que estas se articulan cambian con el tiempo el significado que originalmente tenían en el texto.

En otro sentido, Pedro De Vega (1985, pp. 65 y ss.) identifica tres funciones fundamentales en las que opera toda reforma constitucional en la moderna organización constitucional democrática, las que nos permiten resumir todo lo anteriormente expuesto.

En primer lugar, como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. Es incuestionable que la realidad política que la Constitución debe regular es una realidad en permanente devenir, que la normativa constitucional, como cualquier otro complejo normativo, aparece como una estructura en la que se cristalizan en imperativos atemporales, fijos y permanentes, una serie de relaciones que son esencialmente cambiantes y variables. La necesidad de adecuar la realidad jurídica a la realidad política se presentará de este modo como la pri-

mera exigencia del sistema constitucional y es a esta exigencia a la que responde la reforma constitucional. No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencias de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por el otro. Por eso se puede afirmar que en la medida en que, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la Constitución con su propia realidad, y se impide que la normativa fundamental quede reducida a un conjunto de fórmulas sin práctica ninguna, la revisión de la Constitución, lejos de interpretarse como un instrumento de deterioro del ordenamiento fundamental, debe entenderse como su primera y más significativa defensa.

En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamientos de la continuidad jurídica; la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamiento. Reformar la Constitución no significa destruirla, sino, simplemente, acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la Constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente.

Y, por último, como institución básica de garantía. Si frente al poder constituyente y soberano, el poder de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantías. Al establecerse un procedimiento más agravado y difícil para reformar la Constitución que el que se sigue para modificar las leyes ordinarias, se opera automáticamente, al menos a nivel formal, la separación entre ley constitucional y ley ordinaria. Es pues a través del procedimiento de reforma como la Constitución se consagra y se transforma en *lex superior*.

Por demás, la realidad manifestada en una gran parte de los ordenamientos jurídicos no obvia el hecho de que no es recomendable hacer un uso irracional de la reforma constitucional porque de ser así puede atentarse contra la fuerza normativa de la Constitución (así como que uno de los caracteres distintivos de la norma constitucional es su estabilidad en el tiempo). Y es aquí donde surge el problema de los límites a la reforma constitucional, por lo que queda pendiente analizar cuáles son los mecanismos y métodos de que se vale el propio texto constitucional para que todo régimen político, social o económico, no pierda su esencia. Es preferible siempre, incluso, que el transcurso del tiempo determine que es conveniente, necesario y oportuno reformar la Constitución, porque de lo contrario podría ser deformada mediante interpretaciones que la vuelven sin sentido, desnaturalizando (de modo parcial o completo) las pretensiones de normatividad de las cláusulas constitucionales vigentes.

Con el tema de los límites a la reforma constitucional, por otra parte, aparecen algunas cuestiones que resultan complejas para el ordenamiento constitucional, entre las que cabe destacar la posibilidad (o imposibilidad) de modificar total o parcialmente el texto constitucional. A partir de esta idea se expone entonces, en el supuesto de reconocerse la posibilidad de reformar cual característica de la casi totalidad de los textos constitucionales vigentes, el hecho de que se establezcan tanto límites procedimentales (formales) como de contenidos (materiales) a dicha modificación de las Cartas Magnas que planteen la posibilidad de cambio total o solo parcial.

De tal modo, corresponde identificar las diferentes clasificaciones que se han ofrecido en la doctrina comparada con el propósito de brindar una mejor comprensión sobre el tema objeto de esta investigación. Así, Miguel Carbonell (1999, p. 260) considera, desde su punto de vista, que los límites a la reforma constitucional se dividen en tres grandes grupos: por un lado, los límites heterónomos o autónomos, por otro lado, los límites absolutos y relativos y, no por últimos menos importantes, los explícitos e implícitos. De este modo nos significa que los límites heterónomos son aquellos que vienen impuestos por diversas fuentes del propio texto constitucional, pudiendo también proceder del orden jurídico internacional, en tanto los autónomos son impuestos por el texto constitucional, incluyéndose entre ellos tanto los relativos y absolutos, como los explícitos e implícitos.

Con respecto los límites heterónomos, De Vega (1985, pp. 240 y ss.) advirtió, a manera de una mejor ilustración sobre los mismos, que se deben considerar como tales, desde posturas iusnaturalistas, los principios del derecho natural, que no deben ser contradichos por las normas del derecho positivo. Además, se pueden incluir entre los mismos, por lo general, solamente aquellas disposiciones que desde otros ordenamientos pueden condicionar el poder de revisión. Es así como, ante las tendencias actuales de la integración regional (Unión Europea, Unión Africana, y recientemente Unión de Naciones del Sur), las propias disposiciones emanadas de los documentos constitutivos de estas entidades supranacionales pueden indicar cuestiones que no pueden o deben ser modificadas en los textos constitucionales de los Estados miembros, fundamentalmente cuestiones esenciales de la entidad y otras relativas a los derechos fundamentales. Por otra parte, con relación a los límites autónomos, este último autor coincide con Carbonell en cuanto a su conceptualización.

Sin embargo, refiere que todos (heterónomos y autónomos) responden a una clasificación con una proyección más teórica que real, porque, como en el supuesto de los Estados federales o compuestos, cualquier límite heterónimo es perfectamente reconducible al ordenamiento jurídico estatal donde sin mayores dificultades se podrán prescindir de ellos. Tal es así, que aún en ellos, los límites impuestos por la Constitución federal a la reforma de las Constituciones estatales actúan como tal pero, en estos supuestos, no se trata en realidad de límites heterónomos en la medida en que los estados federados están integrados en el ordenamiento jurídico

federal. En cambio, coincidimos en que en el supuesto de límites impuestos a la reforma constitucional en el ámbito de la integración de un Estado a una entidad supranacional sí es perfectamente distinguible tal límite (heterónimo), por cuanto se da que el Estado mantiene su soberanía e independencia y su ordenamiento jurídico; en consecuencia, es completamente autónomo del impuesto por la entidad supranacional.

Posteriormente, cabría distinguir entre los límites relativos y los absolutos como una segunda clasificación que parte del supuesto de que determinados contenidos constitucionales son modificables o no. Es decir, estamos en presencia de un límite relativo, si este puede ser modificado por un procedimiento especial, en tanto si este límite no puede ser reformado bajo ninguna circunstancia jurídica, se tratará de un límite absoluto, que en el supuesto de contenidos especialmente protegidos identificaría las denominadas como cláusulas de intangibilidad o pétreas.

Sin embargo, para De Vega (1985, p. 243) los límites a la reforma serán considerados siempre como límites relativos y, por tanto, superables mediante el procedimiento, socorrido en ocasiones, de revisión o reforma en segundo grado, que no es más que suprimir inicialmente por el procedimiento de reforma normal la cláusula de prohibición de la revisión constitucional, por lo que una vez eliminada la prohibición expresa de modificación, sin obstáculo legal alguno podría proceder a la reforma del precepto protegido por el límite absoluto. Por tanto, si bien podrían reconocerse límites materiales absolutos al procedimiento de reforma constitucional, estos serían modificados una vez alterada la propia cláusula de modificación constitucional.

Finalmente, apelando a la clasificación inicial propuesta por Carbonell (1999, pp. 264 y ss.), deben entenderse por límites implícitos, identificados por De Vega (1985, pp. 242 y ss.) como límites no textuales, aquellos que pueden deducirse indirectamente de la Constitución, pudiendo llegar a ser consecuencia de los fundamentos mismos del orden constitucional bien como correlato de las singulares clasificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución.

Con respecto a los límites implícitos, incluso se han ofrecido subclasificaciones, como la propuesta por Guastini (2001, p. 194), para quien están los límites implícitos, propiamente dichos, que son los que se deducen del texto constitucional mediante otras técnicas interpretativas más controvertibles (la interpretación extensiva, la analógica, la sistemática, etc.), y los lógicos, los que no pueden ser deducidos del texto constitucional mediante las técnicas de interpretación pero que se asume que derivan del concepto de Constitución o reforma, y por tanto están en cualquier Constitución (independientemente de la interpretación textual).

En cambio, para el referido autor los explícitos son los que aparecen redactados textualmente en la Constitución, por lo que no son objetos de dudas, suposiciones,

ni malas interpretaciones. Sin embargo, la otra denominación de los mismos como cláusulas de intangibilidad que efectúan Carbonell y De Vega resulta un tanto inexacta o imprecisa, desde nuestro punto de vista, pues si bien las mismas son una modalidad dentro de estos límites, no abarcan la totalidad de los mismos, al poderse encuadrar entre ellos, además, cualquier límite que expresamente se consigne en el texto constitucional, bien sea material o de contenidos (como otro contenido especialmente protegido de carácter relativo) e, incluso, los límites formales o de procedimiento.

Finalmente, los denominados límites temporales podrían identificarse como límites a la reforma constitucional, pues refieren a la imposibilidad de modificar la Constitución durante un periodo de tiempo determinado o cuando se presenten ciertas circunstancias. Con respecto a la primera, comúnmente se expresa en la prescripción establecida de que durante cinco, diez o veinte años no podrán llevarse a cabo reformas, o bien que entre reforma y reforma debe transcurrir determinada cantidad de años. Incluso podrán apreciarse límites temporales en las prohibiciones circunstanciales, las que se establecen para impedir que las reformas constitucionales puedan llevarse a cabo bajo circunstancias que alteren la vida normal dentro de un Estado (durante la vigencia de las situaciones excepcionales, como en el caso de la Constitución española de 1978 en su art. 169).

Coincidiendo con Loewenstein (1976), e intentando explicar el fundamento del establecimiento de los límites temporales, “el legislador constitucional puede ordenar que su obra no sea sometida a ninguna enmienda durante un determinado período de tiempo con el fin de dar posibilidad a la Constitución de aclimatarse, y a la nación de familiarizarse con ella” (p. 188). Por su parte, De Vega (1985), con el cual coincidimos plenamente, defiende que dichos límites no pueden entenderse nunca como absolutos, “por constituir prohibiciones que se disuelven o desaparecen por sí mismas” (p. 245), aunque bien es cierto que mientras estén vigentes constituyen un obstáculo insuperable para el poder constituyente constituido.

Básicamente, los límites a la reforma constitucional podrán distinguirse desde el mismo momento en que están consignados en el texto constitucional (límites explícitos o textuales) entre los límites formales, obviamente haciendo alusión a los procedimientos establecidos para la revisión constitucional, y los materiales, referidos a los contenidos constitucionales que no podrán ser modificables o que podrán hacerlo bajo determinadas circunstancias o procedimientos previamente determinados. De ahí que se nos presenten los textos constitucionales como modificables en todo o en parte de sus contenidos, partiendo siempre de reconocer a los límites como dirigidos a las cláusulas de reformas, porque cuando supongan la invocación a la voluntad soberana (poder constituyente originario) evidentemente no asumiremos la posibilidad de inmutabilidad de ningún texto constitucional, en todo o en parte del mismo.

### 3. LOS LÍMITES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DESDE EL PRISMA DEL CONSTITUCIONALISMO HISTÓRICO CUBANO

Cuando nos referimos al constitucionalismo histórico cubano asumimos el que comienza a gestarse desde los inicios del siglo XIX influenciado por el pensamiento ideológico de las revoluciones liberales burguesas, así como por los movimientos emancipatorios dados en América Latina. De hecho, el primer texto constitucional vigente en el país fue la conocida como Constitución de Cádiz, promulgada el 19 de marzo de 1812 como respuesta a la ocupación napoleónica de España. No obstante, la misma tuvo dos períodos cortos de vigencia (1812-1814 y 1820-1823), amén de que la misma pudo suponerse más teórica que real. El valor de la Constitución gaditana se basó en que, según nos afirma Fernández Bulté (2005), “recogió y sintetizó, en su mismo cuerpo y en su contenido, todas las contradicciones y limitaciones de la sociedad y la política española en aquellos momentos especiales” (p. 63).

El procedimiento de reforma constitucional se encontró regulado en el capítulo único del título X “De la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella”, específicamente entre los artículos 375 y 384. En sí, el procedimiento que se diseñó para modificar la norma fundamental puede calificarse de rígido, al establecerse mecanismos de doble aprobación (la de la diputación que propone la reforma y la de la nueva diputación), siendo necesario que dos terceras partes de los diputados que integran la respectiva diputación emitieran su voto confirmativo. Por otra parte, la iniciativa de reforma debía ser avalada por, al menos, veinte diputados. Con respecto a los límites establecidos a dicho procedimiento, solo se consignó, aparte de los lógicamente formales, un límite temporal que preceptuó que no podía modificarse el texto constitucional hasta transcurridos ocho años después de su promulgación. Nada se prescribió al respecto de los límites materiales.

Posteriormente, durante la primera mitad del siglo XIX comenzó a gestarse un constitucionalismo singular, que devendría en genuinamente revolucionario y cubano. Tal proceso puede advertirse en los proyectos constitucionales elaborados en esa época, bien por destacadas personalidades de la sociedad criolla de entonces o por representantes de otros intereses políticos, económicos y sociales, incluso extranjeros. Entre ellos caben significar los proyectos constitucionales de Francisco de Arango y Parreño (1811), de José Agustín y Caballero (1811), de Félix Varela (1820), de Gabriel Claudio de Zequeira (1822), todos estos de corte autonomista; así como el de Joaquín Infante (1810 o 1811), definitivamente separatista, y los de Narciso López (especialmente el de 1850). En sentido general, todos ellos no fueron definitivamente aprobados o promulgados por las autoridades políticas facultadas para hacerlo entonces, pero no puede soslayarse que significaron un notable avance en la concepción política, económica y social de Cuba, máxime teniendo en cuenta el momento histórico en que estuvieron enmarcados. Con relación a la reforma constitucional, exceptuando el de Infante, que en su título IX “De la revisión de la Constitución” estipuló lo propio mediante un procedi-

miento rígido agravado, el resto de los proyectos no hicieron referencia alguna a esta materia, mucho menos a sus límites materiales.

En definitiva, el objetivo primordial de estos proyectos se centró en ofrecer lo que, en consideración de sus autores, serían mejoras políticas, económicas y sociales para la isla, percatándose, a partir de la idea general que de Constitución se tenía entonces, de que la protección y perdurabilidad de sus aspiraciones y reivindicaciones se debían asegurar mediante esta, evitando que ante el menosprecio o desconocimiento de las clases políticas dirigentes pudiesen ser transgredidas o vulneradas. Incluso, podríamos sugerir que los límites materiales a la reforma constitucional y, con ello, a los contenidos especialmente protegidos durante la segunda mitad del siglo XIX son objeto constitucional de especial e implícita protección; estos, en definitiva, se traducirían posteriormente en derechos y garantías fundamentales.

Luego, con el inicio de la primera guerra de independencia en 1868, la dirigencia insurrecta se dio a la tarea inmediata de aprobar un texto fundamental para la entonces proclamada República de Cuba en Armas, lo cual se consiguió el 10 de abril de 1869 en Guáimaro, Camagüey. En dicho texto se plasmaron las ideas independentistas y revolucionarias que encarnaban las diferentes posiciones políticas e ideológicas que participaban en la contienda frente a la metrópoli. Entre ellas, la declaración trascendental de que todos los hombres debían ser considerados libres (art. 24), que podemos considerar como la más radical y revolucionaria de todas. Además, quedaron refrendados los principios de la nación cubana, las funciones de los órganos reconocidos para gobernar, así como los deberes y derechos de cada ciudadano cubano. Con este texto se iniciaría, definitivamente, el constitucionalismo revolucionario cubano.

Todo lo concerniente a la reforma constitucional quedó regulado en su artículo 29, exigiéndose la aprobación unánime de la entonces Cámara de Representantes (parlamento) para la modificación del texto. También debemos destacar que en la suprema carta se proclamó su carácter temporal (circunstancial), pues su vigencia se supuso depender del tiempo que durara la Guerra de Independencia, quedando, de tal modo, expedita la vía para su reforma o sustitución por otra una vez vencida esta circunstancia específica.

Esta Constitución estuvo vigente casi nueve años, hasta que finalizó la guerra tras la aprobación del Pacto del Zanjón por la mayoría de los beligerantes. No obstante, frente a este se erigió la posición de un grupo de insurgentes, encabezados por el general Antonio Maceo Grajales, de continuar la guerra hasta lograr la definitiva independencia de Cuba. Tal suceso ocurrió en Baraguá, el 15 de marzo de 1878, y el mismo día, a continuación, se promulgó el segundo texto fundamental de la Revolución, conocido precisamente como la Constitución de Baraguá, que pretendió brindar el marco legal necesario para continuar los propósitos emancipatorios. Sin embargo, esta norma fundamental estuvo en vigor apenas setenta y ocho días,

por cuanto el gobierno constituido al amparo de ella se disolvió el 28 de mayo de 1878. Por demás, esta Constitución no contenía cláusula alguna para su reforma o cambio, e incluso ha sido considerada no como un texto constitucional en sentido estrictamente jurídico sino como una declaración política de reafirmación de la voluntad de continuar la guerra independentista.

Luego, tras varios años de un período conocido en la historiografía cubana como “de reposo turbulento”, se reinició la guerra el 24 de febrero de 1895, y con ella la dirigencia independentista convocó la elaboración de otro texto constitucional que reafirmara, en el plano jurídico, el contenido esencial de la nueva gesta, así como su carácter genuinamente independentista y cubano. El mismo fue aprobado definitivamente en Jimaguayú el 16 de septiembre de 1895, contando con veinticuatro artículos, y como nota distinguible la carencia de una parte dogmática. Con relación a los límites a la reforma, fueron establecidos en su artículo 24, de carácter temporal, toda vez que se dispuso el término de dos años a partir de la promulgación del texto para su modificación por una asamblea de representantes, al menos si antes no terminaba la guerra.

Consecuentemente, y siguiendo lo expuesto por Vega Vega, en virtud de la potestad atribuida a la asamblea de representantes de elegir un nuevo consejo de gobierno, puede considerarse

*que la mencionada asamblea, además de ser constituyente, sería también un órgano gobernante o soberano. Esa asamblea tendría a su cargo asimismo la censura del gobierno saliente, es decir, que a ella debía rendir cuenta el órgano de gobierno tanto en cuanto a sus funciones ejecutivas como legislativas (1998, p. 28).*

Precisamente en 1897, y a propósito de lo preceptuado en esa disposición constitucional, se constituyó la Asamblea de Representantes en la localidad de La Yaya con el propósito de modificar el texto fundamental o redactar otro nuevo, opción esta última que definitivamente asumió. El mismo fue promulgado el 29 de octubre del propio año y, condicionado por la mayor experiencia jurídica que se tenía de los anteriores, significó el más avanzado de todos los que estuvieron en vigor durante las gestas independentistas. Contó con cuarenta y ocho artículos, encuadrados en cinco títulos. Precisamente, en el título IV “De la Asamblea de Representantes”, expresamente en el artículo 38, se dispuso el procedimiento para la reforma constitucional, muy similar al que anteriormente había sido previsto en el texto constitucional de Jimaguayú, cuando se estableció que la Asamblea de Representantes debería reunirse a los dos años de promulgada la Constitución y tendría facultades para elaborar una nueva Constitución o modificar esta, censurar la gestión del gobierno y proveer a todas las necesidades de la república.

Con respecto a la reforma constitucional en estos últimos textos, debe significarse el carácter provisional con que se concibieron los mismos, cuestión lógicamente

impuesta por las circunstancias del momento en que fueron adoptados. También, se aprecia que el vencimiento del tiempo estipulado para la vigencia de la Constitución, si antes no culminaba la guerra, no implicaba necesariamente la adopción de un nuevo texto sino que la respectiva Asamblea de Representantes podría modificar la vigente.

En definitiva, la Constitución de 1897 estuvo en vigor hasta el 7 de noviembre de 1898, en que la Asamblea de Representantes reunida en Santa Cruz asumió todos los poderes, hasta que el 4 de abril de 1899 se disolvió. Paralelo a ello, la intervención norteamericana en el conflicto independentista cubano condujo a la catalización del fin de la guerra, la cual culminó con la derrota española y la ocupación norteamericana de Cuba, iniciada el 1º de enero de 1899, sin reconocerse inmediatamente a Cuba como Estado nacional, independiente y soberano.

No mencionamos la Constitución autonómica de 1897 y que entró en vigor en Cuba en mayo de 1898, pues como menciona Bernal (2002, p. 48) nunca pudo aplicarse una vez iniciada la guerra hispano-cubano-norteamericana. No obstante, no merece consideración alguna según los propósitos del presente estudio, toda vez que no se precisó pronunciamiento alguno en torno a la reforma constitucional.

Posteriormente el gobierno interventor (norteamericano), a través de la Orden Militar 301 de 25 de julio de 1900, dispuso elecciones para conformar una Convención Constituyente, la que el 21 de febrero de 1901 aprobó la Constitución de la República, que comenzó a regir a partir del 20 de mayo de 1902, en ocasión de celebrarse la toma de todos los cargos públicos electos, entre ellos el de presidente de la república. No debemos olvidar que su promulgación estuvo signada por el lastre que significó políticamente la adición a la misma de la conocida Enmienda Platt, instrumento considerado lesivo a la dignidad del pueblo cubano y que disminuyó considerablemente la soberanía de un Estado presumiblemente independiente, por cuanto reconoció el derecho de intervención en los asuntos nacionales de Cuba del gobierno americano cuando considerara que sus intereses estuvieran en peligro. De ahí que quedara estigmatizada la república como mediatizada o semicolonial.

En fin, el Texto Constitucional de 1901 constó de ciento quince artículos, y en la misma, por primera ocasión en el constitucionalismo cubano, se apreciaron las cuatro partes que se han asumido en la estructura tradicional de una Constitución: el preámbulo, la parte orgánica, la parte dogmática y, precisamente nuestro objeto de estudio, la cláusula de reforma constitucional. Con respecto a esta última, se consignó en el artículo 115, ubicado en el título XIV “De la Reforma Constitucional”, que dispuso que la Constitución no podría reformarse, total ni parcialmente, sino por acuerdo de las dos terceras partes del número total de los miembros de cada cuerpo colegislador (entiéndase Senado y Cámara de Representantes). Seis meses después de acordada la reforma se procedería a convocar una convención

constituyente que se limitaría a aprobar o desechar la reforma votada por los cuerpos colegisladores, los que continuarían en el ejercicio de sus funciones con entera independencia de la convención. Los delegados a dicha convención serían elegidos por provincia, en la proporción de uno cada cincuenta mil habitantes, y en la forma que establecieran las leyes correspondientes.

Consecuentemente, quedó estipulado un procedimiento de reforma constitucional rígido y agravado, por cuanto preveía la convocatoria a un órgano especial y *ad hoc*, la convención constituyente, que debía ratificar o desestimar la reforma aprobada por ambos cuerpos legislativos. Sin embargo, aunque pareciera pacífico distinguir un procedimiento de reforma rígido en esta Constitución, en la doctrina nacional se han expuesto criterios a favor de considerar el procedimiento de reforma ni rígido ni flexible, como los expresados por Fernández Bulté (2005, pp. 197 y ss.). Por su parte, José Clemente Vivanco (citado en Vega Vega, 1988, p. 48) consideró acertado este procedimiento toda vez que, a su juicio, conciliaba la necesaria estabilidad constitucional con la conveniencia de permitir la reforma del texto fundamental.

De hecho, Vega Vega (1988, p. 48) reconoce que se trataba de una cláusula de reforma de suma rigidez. Por su parte, Ramón Infiesta (citado en Vega Vega, 1988, p. 48) advirtió que el establecimiento de este procedimiento entrañaba varias dudas: las fracciones de cincuenta mil habitantes sin representación constitucional, el dejar al arbitrio del gobierno el procedimiento electoral para la constituyente, la imprecisión en el órgano de poder con facultades para convocar la constituyente, la duración del período de sesiones de la constituyente, y si la constituyente podría o no introducir otras modificaciones no aprobadas por el congreso, es decir, si era o no soberana.

Estas deficiencias de la cláusula de reforma se pusieron de manifiesto cuando la crisis política que padeció el país en 1927, a propósito de la reforma constitucional que se propusiera hacer y en definitiva se inició el propio año promulgándose finalmente en 1928. Esta reforma constitucional, conocida como “prórroga de poderes”, fue promovida por el gobierno del entonces presidente de la república Gerardo Machado frente a una fuerte oposición política nacional. Frente a ello, los cuerpos colegisladores aprobaron dieciocho artículos que, entre otras cuestiones, regulaban la prórroga de mandatos de los senadores (de 8 a 9 años), los representantes (de 4 a 6 años) y del presidente de la república (de 4 a 6 años), suprimiendo por otra parte el cargo de vicepresidente de la república. Posteriormente, se hacía ineludible convocar, después de seis meses de aprobada la reforma, a elecciones para una convención constituyente que le aprobaría o desestimaría en definitiva, a tenor de lo estipulado en el artículo 115 de la Constitución.

Hasta aquellos momentos lo preceptuado constitucionalmente no había sido violado, pero los convencionalistas, presionados por el gobierno, se excedieron en las facultades que les concedía el mencionado artículo, arrogándose potestades

constituyentes originarias, abrogando el derecho a tomar decisiones de otro tipo y añadiendo otras disposiciones. Finalmente, el 11 de mayo de 1928 el presidente se apresuró a ratificar la reforma constitucional, que no tendría ocasión de ejercitar a plenitud por los acontecimientos revolucionarios que en 1933 lo derrocaron. Con este hecho se reafirma que la reforma constitucional ha sido, en ocasiones, otro de los instrumentos manipulados para legitimar las pretensiones políticas de clases dirigentes o gobernantes, muchas veces manipulando las disposiciones del texto fundamental con relación al procedimiento y contenido de las reformas o revisiones en devaluación o desconocimiento de la voluntad política del soberano colectivo, el pueblo o la nación.

Otro elemento que debemos distinguir con relación a la cláusula de reforma consignada en el texto de 1901 es el nivel de preciosismo y detalles con que, por primera ocasión en el constitucionalismo cubano, se reguló este procedimiento.

Con posterioridad, el 14 de septiembre de 1933, fueron promulgados los Estatutos para el Gobierno Provisional de Cuba, los cuales constaban de siete artículos en los que se reflejan medidas nacionalistas de entonces. Ninguna referencia se hizo a la reforma constitucional en la misma. Luego, el 3 de febrero de 1934, se promulgó la Ley Constitucional de ese año, a la que le efectuaron posteriormente once reformas, en virtud del procedimiento establecido para el cambio constitucional en el artículo 98 del título XVII “De la reforma de esta Ley Constitucional”, que preceptuaba que la Ley Constitucional no podría reformarse, total ni parcialmente, después de sesenta días de su promulgación, sino por el acuerdo de las dos terceras partes del número total de los miembros del Consejo de Secretarios (una suerte de consejo de ministros) y con el acuerdo también de las dos terceras partes del número total de los miembros del Consejo de Estado (órgano asesor del presidente de la república y del Consejo de Secretarios en cuanto asunto legislativo se le solicitara e integrado por representantes de las organizaciones revolucionarias de entonces, la agricultura, la industria, el comercio, el trabajo y la prensa).

En sí, se ratificó un procedimiento rígido agravado, que preveía doble aprobación de las propuestas de reforma, es decir, con la anuencia de los dos órganos políticos de nueva configuración en el sistema político cubano de entonces referidos antes. También se aprecia un límite temporal, disponiéndose un término mínimo de sesenta días después de la promulgación de la Ley Constitucional para la reforma de la misma.

A esta norma fundamental le sucedió la Ley Constitucional y las Disposiciones Constitucionales para el Régimen Provisional de Cuba del 11 de junio de 1935, a la cual se le aprobó una reforma en 1936 referida al artículo 115 de la misma. En dicho artículo, contenido en el título XIV “De la reforma de la Constitución”, se previó lo propio y, en esencia, transcribía textualmente el artículo 115 de la Constitución de 1901, restableciendo el procedimiento de reforma previsto en la misma.

Luego, el 10 de octubre de 1940, entró en vigor otra nueva Constitución, considerada una de las más avanzadas en el área latinoamericana e, incluso, en el mundo, reconociéndose en la misma una serie de derechos económicos, sociales y culturales que por primera ocasión en la historia de nuestro constitucionalismo hallaban eco en el mismo. De igual modo, se reconocía, por primera vez en la historia constitucional cubana, de una sala especializada dentro del Tribunal Supremo de Justicia encargado de velar por el control de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que negaran, disminuyeran, restringieran o adulteraran derechos y garantías constitucionales, entre otras funciones afines: el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales<sup>1</sup>.

En sí, la Constitución contenía el procedimiento de reforma constitucional en el título XIX “De la reforma constitucional” en el que se disponía:

*Artículo 285. La Constitución solo podrá reformarse:*

*Por iniciativa del pueblo, mediante presentación al Congreso de la correspondiente proposición, suscrita, ante los organismos electorales, por no menos de cien mil electores que sepan leer y escribir y de acuerdo con lo que la ley establezca. Hecho lo anterior, el Congreso se reunirá en un solo cuerpo, y dentro de los treinta días subsiguientes votará sin discusión la ley procedente.*

*Por iniciativa del Congreso, mediante la proposición correspondiente, suscrita por no menos de la cuarta parte de los miembros del Cuerpo colegislador a que pertenezcan los proponentes para convocar a elecciones de Delegados o a un referendo;*

*Artículo 286. La reforma de la Constitución será específica, parcial o integral.*

*En el caso de reforma específica o parcial, propuesta por iniciativa popular, se someterá a un referendo en la primera elección que se celebre, siempre que el precepto nuevo que se trate de incorporar, o el ya existente que se pretenda revisar, sea susceptible de proponerse de modo que el pueblo pueda aprobarlo o rechazarlo, contestando “sí” o “no”.*

*En el caso de renovación específica o parcial por iniciativa del Congreso, será necesaria su aprobación con el voto favorable de las dos terceras partes del número total de miembros de ambos cuerpos colegisladores reunidos conjuntamente, y dicha reforma no regirá si no es ratificada en igual forma dentro de las dos legislaturas ordinarias siguientes.*

*En el caso de que la reforma sea integral o se contraiga a la Soberanía nacional o a los Artículos veintidós, veintitrés, veinticuatro y ochenta y siete de esta Constitución, o a la forma de Gobierno, después de cumplirse los requisitos anteriormente señalados, según que la iniciativa proceda del pueblo o del*

<sup>1</sup> Sobre la trascendencia de la Constitución de 1940, véase para más detalles Fernández Bulté (2005, pp. 278 y ss.), Vega Vega (1988, pp. 60 y ss.) y Julio A. Carreras (1982, pp. 481-482).

*Congreso, se convocará a elecciones para Delegados a una Asamblea plebiscitaria, que tendrá lugar seis meses después de acordada, la que se limitará exclusivamente a aprobar o rechazar las reformas propuestas.*

*Esta Asamblea cumplirá sus deberes con entera independencia del Congreso, dentro de los treinta días subsiguientes a su constitución definitiva. Los Delegados a dicha Convención serán elegidos por Provincias, en la proporción de uno por cada cincuenta mil habitantes o fracción mayor de veinticinco mil, y en la forma que establezca la ley, sin que ningún congresista pueda ser electo para el cargo de Delegado.*

*En el caso de que se trate de realizar alguna reelección prohibida constitucionalmente o la continuación en su cargo de algún funcionario por más tiempo de aquel para que fue elegido, la proposición de reforma habrá de ser aprobada por las tres cuartas partes del número total del Congreso, reunido en un solo Cuerpo y ratificando en un referendo por voto favorable de las dos terceras partes del número total de electores de cada Provincia”.*

Como puede distinguirse, en esta Constitución, a diferencia de las anteriores, el constituyente fue mucho más preciso y detallista con respecto a la previsión de la reforma constitucional. En este sentido, se extendió, por primera ocasión en nuestro constitucionalismo, la condición de sujetos legitimados para solicitar la misma a los ciudadanos (iniciativa popular), siendo requisito mínimo el que solicitaran la propuesta no menos de cien mil electores, aunque reducido el espectro a aquellos que supieran leer y escribir y que cumplieran los otros requisitos exigibles por la ley.

Y también por primera ocasión se dispusieron contenidos especialmente protegidos de carácter relativo, los que constituirían límites materiales a la reforma constitucional. Los mismos se precisan hacia: la soberanía nacional, la irretroactividad de la ley (art. 22), la imposibilidad de que se produzcan anulaciones por parte de los poderes legislativos o ejecutivos frente a las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones y, por consiguiente, la disposición de que las leyes no podrán tener efecto retroactivo respecto a dichas obligaciones (art. 23), la prohibición de la confiscación de bienes (art. 24), el reconocimiento del Estado de la existencia y legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la ley (art. 87), la forma de gobierno, y la prohibición de realizar alguna reelección o de la continuación en su cargo de algún funcionario por más tiempo de aquel para el que fue elegido.

De tal modo, quedaban expresamente confirmados procedimientos rígidos agravados para la modificación de alguno de estos contenidos, suponiéndose especialmente protegidos con carácter relativo. En el supuesto de los seis primeros, se debía convocar a la conformación de una asamblea plebiscitaria, que debería reunirse seis meses después de acordada la reforma, y que debía limitarse exclusivamente

a aprobar o rechazar las reformas propuestas. En el último supuesto, se exigía su aprobación por una mayoría cualificada de tres cuartas partes de los integrantes del Congreso y la ratificación por referéndum popular.

Con respecto a la determinación de estos contenidos, puede argumentarse desde diferentes puntos de vistas. Por ejemplo, la soberanía nacional y la forma de gobierno ya venían siendo objeto de especial protección en el derecho comparado contemporáneo a la década del cuarenta. En cambio, la preservación de la irretroactividad de la ley podía fundarse en la necesidad de proteger jurídicamente los intereses de personajes de aquella época vinculados con otros regímenes políticos anteriores y que pudieran verse amenazados en un futuro por represiones políticas. Otra cuestión sugiere lo relativo a la propiedad privada, la prohibición de la confiscación de bienes y de la anulación de las obligaciones civiles contraídas, que bien pudieron estar concebidas a partir de preservar las bases económicas del régimen burgués entonces imperante. Y, en cuanto a la prohibición de realizar alguna reelección o de la continuación en su cargo de algún funcionario por más tiempo de aquel para el que fue elegido, obviamente esto alude a la problemática suscitada a raíz de la “prórroga de poderes” de 1928. Así, los constituyentes de 1940 pretendieron resguardar la Constitución, y con ello el orden político, del peligro de emergencia de un “nuevo Machado”.

Indudablemente, la concepción de este procedimiento de reforma, que incorporaba el elemento democrático a partir de concebir o bien la iniciativa o bien el referéndum populares, fue cualitativamente superior al del resto de los plasmadas en las anteriores Constituciones cubanas. De hecho, también en este mecanismo de defensa jurídica del texto fundamental se apreciaba el notable progreso con que fue elaborada esta Constitución.

Sin embargo, la vigencia de este texto fundamental fue abruptamente cortada el 12 de marzo de 1952, cuando el entonces general retirado Fulgencio Batista Zaldívar encabezó un golpe de Estado, que, finalmente, impuso la Ley Constitucional de 4 de abril de 1952, también conocida como Estatutos Constitucionales. Con respecto a la reforma constitucional, esta ley estableció escuetamente en su título XV, capítulo segundo “De la Reforma de esta Ley Constitucional”, artículo 257, que podría ser reformada por el Consejo de Ministros con un quórum de las dos terceras partes de sus miembros.

Con ello, se expresó una vez más el desprecio de la dictadura de turno por el institucionalismo establecido en 1940. Primero derogó la Constitución que legítimamente había sido aprobada, estableciendo un texto jurídico en su lugar que retrocedió enormemente en la concepción de las instituciones progresistas de aquella. De hecho, una de ellas fue la reforma constitucional, donde eliminó los contenidos especialmente protegidos en aquella Carta Magna, pero además el elemento democrático que anteriormente se expuso como valor trascendental de la misma también fue obviado.

La Constitución de 1940 fue restablecida por el régimen batistiano en 1954, a propósito de la convocatoria y realización de las elecciones generales. Sin embargo, el triunfo revolucionario del 1º de enero de 1959 condujo a una nueva etapa en el constitucionalismo cubano. A partir de entonces se inició una primera etapa de abierto corte democrático, popular y antiimperialista, adoptándose inmediatamente una Ley Fundamental el 7 de febrero de 1959 que reafirmó la vocación constitucionalista de los procesos revolucionarios cubanos. En la misma, se asumió el contenido esencial de la Constitución de 1940 pero adaptado a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales que se desenvolvían en el país. En la misma quedó estipulada su reforma en el título XVI “De la Reforma de la Ley Fundamental”, preceptuando lo siguiente:

*Artículo 232. La Ley Fundamental podrá reformarse por el Consejo de Ministros, en votación nominal, con la conformidad de las dos terceras partes de sus componentes, ratificada por igual votación en tres sesiones sucesivas, y con la aprobación del Presidente de la República.*

*Artículo 233. La reforma de la Ley Fundamental podrá ser específica, parcial o íntegra. (D’Estéfano, 1960, pp. 90 y 91)*

Evidentemente, el procedimiento de reforma constitucional establecido por esta Ley Fundamental sufrió importantes modificaciones con respecto al establecido en la Constitución de 1940. Así, no se consignaron expresamente los sujetos legitimados para solicitar la reforma constitucional, no se aludió al elemento democrático que, al menos en lo formal, había instituido aquella Constitución cuando se refería a la participación popular en el procedimiento de reforma constitucional (la iniciativa o el referéndum populares). Además, no se establecieron los contenidos especialmente protegidos tal y como se concibieron en la Constitución de 1940, lo que hubiese podido diferenciar los artículos protegidos del resto de las normas constitucionales, confirmándose la superlegalidad constitucional y la rigidez características del constitucionalismo de aquella época, no se distinguió específicamente el procedimiento para cada tipo de reforma (específica, parcial o íntegra), sino que se estableció un mismo mecanismo para cualquiera de ellas, y no se hizo alusión alguna a un posible doble procedimiento de aprobación, que exigía la convocatoria, en algunas circunstancias, a un nuevo órgano *ad hoc* que debía ratificar o desestimar la propuesta de reforma, si bien debe recordarse que los cuerpos colegisladores desaparecieron con el nuevo texto constitucional, concentrándose las potestades constituyentes y legislativas en el Consejo de Ministros.

En sí, el procedimiento para la reforma constitucional establecido fue mucho más escueto que el anterior de 1940. Esto, en gran medida, pudo deberse a las nuevas circunstancias en que se aprobó la Ley Fundamental, en las cuales el Congreso de la República quedaba deslegitimado por haber apoyado incondicionalmente a la dictadura batistiana y, con ello, asumió sus potestades el nuevo Consejo de Ministros. De hecho la Ley Fundamental de 1959 fue objeto de un considerable número de reformas parciales, como las aprobadas el 11 de marzo, el 29 de junio,

el 5 de julio y el 20 de diciembre de 1960 (esta última modificó la denominación del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales por la de Sala de Garantías Constitucionales y Sociales), así como el 4 de enero de 1961.

#### 4. LOS LÍMITES MATERIALES (CONTENIDOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS) A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1976

Después de este período de provisionalidad, finalmente fue establecido el Estado Socialista en nuestro país con la promulgación de la Constitución de este carácter el 24 de febrero de 1976, la que, siguiendo lo expuesto por Vega Vega,

*resumió toda la experiencia histórica del período de 17 años de construcción en Cuba de un nuevo tipo de Estado, el correspondiente a un nuevo tipo de sociedad, realizando la fusión jurídica de los elementos que figuraran en sucesivas leyes de nivel constitucional entre 1969 y 1975 (1998, p. 139).*

Nosotros insistiríamos en apreciarla como el programa político de una aspiración de sociedad, en franco tránsito al socialismo de influencia marxista, si bien concretó derechos económicos, sociales y culturales ya enrumbados y con notables e innegables logros (como el acceso a la protección pública de la salud, a la educación, al deporte, la educación física y la recreación, y todos los derechos laborales).

Es importante destacar que el proceso de elaboración y formación del texto cubano de 1976, siguiendo lo expuesto por Marta Prieto Valdés (2002, pp. 147 y 148), se caracterizó por la existencia de una comisión redactora, designada por los órganos superiores del Gobierno Revolucionario (el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros) y del Partido Comunista de Cuba, único existente (Buró Político del Comité Central), que desarrolló los postulados básicos de la organización social acordados conjuntamente, y se encargó luego de elaborar los anteproyectos y el proyecto que se sometió posteriormente al referendo popular. La plenitud de la participación popular directa, mediante la discusión popular del anteproyecto que conllevó a proposiciones de modificación de artículos de este, y la aprobación definitiva del texto a través de un referendo popular. En sí, esta participación directa permitió, sobre todo, la autorreproducción del consenso sobre el proceso revolucionario (se registró una participación de 6'216.000, de los que 5'500.000 votaron por mantenerlo sin modificaciones, 600.000, en conjunto, votaron por unas u otras modificaciones o adiciones; solo 68 votaron en contra y 983 se abstuvieron de votar).

Además, pudiéramos añadir que este proceso constituyente al que fue sometida la Constitución de 1976 no fue el resultado de crisis insalvables o de rupturas políticas, puesto que la ruptura ya se había producido en 1959 con un cambio total en las fuerzas políticas activas participantes y victoriosas en el proceso revolucionario,

en la estructura estatal; así como que reafirmó la conciencia política activa de la población respecto a las instituciones democráticas y sus derechos fundamentales (Prieto Valdés, 2000(b), pp. 32 y 33).

Con respecto al mecanismo de reforma constitucional establecido en la misma, este quedó previsto en el capítulo XII “Reforma Constitucional”, en el cual se dispuso:

*Artículo 141. Esta Constitución solo puede ser reformada, total o parcialmente, por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes.*

*Si la reforma es total o se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea<sup>2</sup>.*

Como puede distinguirse, la reforma constitucional establecida previó dos tipos de procedimientos. Uno, rígido simple, para el caso de reformas parciales, y otro rígido agravado para el supuesto de reformas totales o dirigidas a los contenidos especialmente protegidos de carácter relativos consignados expresamente, y que son, en definitiva: la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado (contenidos en los capítulos VII, VIII, IX, X y el XII), y los derechos y deberes consagrados constitucionalmente (contenidos en los capítulos I, II, III, IV, V, VI y el XI).

Con relación a estos, Prieto Valdés (2000(a), p. 364) considera que el constituyente de 1976 decidió darles mayor seguridad a estos contenidos porque ellos deben ser considerados resultado de las conquistas de la Revolución, ofreciéndose así mayor seguridad jurídica a la ciudadanía respecto a los órganos de poder supremos, como expresivos de la voluntad popular, y en cuanto a los derechos y deberes que le corresponden. La citada autora recuerda que la seguridad jurídica propicia legitimidad y que se autorreproduzca el consenso respecto al propio acto de la reforma y al contenido del texto.

También Rapa Álvarez sostuvo que con este reconocimiento de contenidos especialmente protegidos se quiso

*imprimir mayor rigidez a las normas constitucionales que consagran principios de máxima importancia, para sustraer la modificación de estos de la potestad exclusiva de la Asamblea Nacional y someterlos a la consideración directa del pueblo, que es el titular último del poder del Estado (1985, pp. 177 y 178).*

<sup>2</sup> Constitución de la República de 24 de febrero de 1976, editada por el Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 1976, p. 73.

Lo cierto es que el establecimiento de estos contenidos especialmente protegidos en el texto constitucional, que significan de hecho y de derecho límites materiales de carácter relativo a la reforma del mismo, ha suscitado debates doctrinales en torno a su alcance e interpretación. Especialmente en lo relativo a los derechos y deberes consagrados constitucionalmente. Así, para Prieto Valdés se deben considerar todos los derechos y deberes constitucionales reconocidos constitucionalmente, con independencia de su consideración como fundamentales o no, según lo comprendido en el capítulo VII. Por ello, la citada autora advierte que “no existe reconocimiento prioritario de un grupo de derechos respecto a otro, sino a todos los que se consideraron como esenciales para el desarrollo humano y la plenitud de su dignidad, en las condiciones en que se aprobó el texto cubano en 1976” (s.f., p. 6), criterios con los cuales coincidimos plenamente. Empero, la problemática que implica la ausencia de una jurisdicción constitucional que contribuya desde la jurisprudencia a la interpretación y aplicación efectiva del texto constitucional, y que definitivamente pudiera brindarle un sentido inequívoco a lo dispuesto constitucionalmente, disminuye el alcance efectivamente jurídico de nuestros pronunciamientos. Por demás, la interpretación constitucional no está atribuida expresamente ni siquiera a la Asamblea Nacional del Poder Popular (si bien en 1979 conoció de un dictamen sobre la interpretación oficial del entonces artículo 88, inciso c, relativo a la atribución del Consejo de Estado de dictar decretos-leyes que modificaran leyes y en 1983 adoptó un acuerdo relativo a la interpretación oficial del entonces artículo 60 constitucional, en cuanto a la gratuidad del material escolar) u otro órgano (en el caso del Consejo de Estado, órgano de la Asamblea Nacional que la representa entre uno y otro período de sesiones y ejecuta los acuerdos de esta, entre otras competencias atribuidas constitucionalmente, solo se le reconoció la atribución de dar a las leyes vigentes, en caso necesario, una interpretación general y obligatoria).

Con respecto a la iniciativa de reforma constitucional, esta no se consigna expresamente en el articulado constitucional ni en el entonces vigente Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1982. Frente a esta omisión, en la doctrina patria solamente Fernando Álvarez Tabío (1988, pp. 426 y 427) sugiere que debe aplicarse la misma norma constitucional que regula la iniciativa de las leyes, es decir el entonces art. 86 (actual art. 88 después de la reforma constitucional de 1992), por lo que se entendería que compete esta facultad: a los diputados de la Asamblea Nacional del Poder Popular, al Consejo de Estado, al Consejo de Ministros, a las comisiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, al Comité Nacional de la Central de Trabajadores de Cuba y a las direcciones nacionales de las demás organizaciones sociales y de masas, al Tribunal Supremo Popular, en materia relativa a la administración de justicia, a la Fiscalía General de la República, en materia de su competencia, y a los ciudadanos. En este caso será requisito indispensable que ejerciten la iniciativa diez mil ciudadanos, por lo menos, que tengan la condición de electores.

También puede deducirse este criterio en virtud de que el articulado constitucional que dispone la iniciativa legislativa no distingue si esta es para las leyes

ordinarias o extraordinarias (de reforma constitucional), por lo que al no hacer distinción alguna no cabe que se interprete restrictivamente para la iniciativa de leyes ordinarias.

Este procedimiento de reforma constitucional quedó desarrollado inicialmente por el Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular del 18 de julio de 1977 (G.O. de 20 de julio de 1977), que dispuso:

*Artículo 102. A todo proyecto de reforma de la Constitución deberá acompañarse una exposición de motivos que justifique la modificación propuesta.*

*Presentado el proyecto, el Presidente de la Asamblea lo trasladará, conjuntamente con su exposición de motivos, a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional para que lo dictamine. Podrá también puede trasladarlo a otra u otras cuando, dada la índole de la reforma propuesta, lo considere pertinente.*

*Emitido el dictamen, se procederá a la discusión y votación del proyecto por la Asamblea. El acuerdo deberá adoptarse por votación nominal, con una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de los Diputados.*

*Si el proyecto se refiere a la integración y facultades de la Asamblea o del Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, o si la reforma propuesta es total, una vez que sea aprobado por la Asamblea, se dispondrá su ratificación en referendo convocado al efecto.*

*Acordada la reforma de la Constitución, el presidente de la Asamblea dispondrá su publicación en la Gaceta Oficial de la República.*

Este procedimiento fue básicamente ratificado en los artículos 76 y 77 del posterior reglamento de 5 de agosto de 1982, que derogó el anterior, así como del subsiguiente reglamento de 25 de diciembre de 1996, en sus artículos 79 y 80.

En sí debemos recordar que la Constitución de 1976 ha sido sometida a tres reformas constitucionales, todas ellas de carácter parcial según el procedimiento que se les aplicó en cada caso. La primera de ellas se efectuó en 1978, mediante la Ley de Reforma Constitucional de 28 de junio de ese año. Su motivo fue modificar el entonces artículo 10, inciso a (actual art. 11 después de la reforma constitucional de 1992), con respecto a la denominación de la Isla de Pinos y su cambio por el de Isla de la Juventud. Los motivos de esta reforma se fundamentaron en la celebración en ese año del XI Festival Mundial de la Juventud y los Estudiantes, por lo que la modificación se entendió como un homenaje a esta cita.

La segunda modificación parcial a la Constitución fue realizada en 1992 con el propósito declarado de ratificar la esencia democrática del sistema institucional cubano y su perfeccionamiento después de dieciséis años de práctica, sobre todo a partir de las experiencias obtenidas en el proceso de rectificación de errores y

tendencias negativas convocado por la dirigencia política del país a finales de los años ochenta. En este sentido, era indispensable establecer vías para hacer aún más democráticas las instituciones representativas, de modo tal que se propiciara una mayor participación real de la ciudadanía en ellas. Así, posterior a la reforma constitucional se modificó el sistema electoral vigente, reconociéndose, entre otras modificaciones, el sufragio directo para elegir a los delegados a las asambleas provinciales y a los diputados a la Asamblea Nacional, procedimiento que antes correspondía a las respectivas asambleas municipales por donde eran nominados los candidatos a los cargos públicos referidos anteriormente.

Por otra parte, la desaparición del “socialismo real” en Europa del Este y de la entonces Unión Soviética y, con ello, el recrudecimiento del bloqueo financiero, comercial y económico impuesto por el gobierno norteamericano desde la década de los sesenta, condujeron a que el sistema político, económico y social imperante se revisara y adaptara a las nuevas circunstancias. En esta reforma fueron modificados finalmente 77 artículos, de un total anterior de 141 se redujo a 137, y se adicionaron 3 capítulos. En sí, como afirma Prieto Valdés, “la reforma de 1992 no tuvo como propósito la ruptura; sino adaptar, preservar la continuidad sobre la base de la unidad de la diversidad existente, manteniendo así la eficacia del texto constitucional” (2000(b), p. 33).

En dicha reforma, el articulado relativo al procedimiento de modificación constitucional no sufrió ninguna alteración, salvo que el precepto contenido en el entonces artículo 141 ahora sería incorporado al artículo 137, del entonces capítulo XII ahora sería el capítulo XV. De este modo, quedaría ratificado en su integridad el mecanismo de reforma constitucional previsto en 1976.

Sin embargo, la revisión efectuada en el 2002 sí incidió considerablemente en la cláusula de reforma constitucional. La génesis de esta reforma se gestó el 5 de junio del 2000, en una reunión extraordinaria de todas las direcciones nacionales de las organizaciones de masas reconocidas (los comités de defensa de la revolución, la Central de Trabajadores de Cuba, la Federación de Mujeres Cubanas, la Organización de Pioneros José Martí, la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media, la Federación Estudiantil Universitaria, la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños y la Asociación de Combatientes de la Revolución Cubana) y donde participó la máxima dirigencia política del Estado, encabezada por el entonces presidente de los Consejos de Estado y de Ministros Fidel Castro Ruz, con el propósito de analizar y debatir públicamente la solicitud que aquellas formularan a la Asamblea Nacional del Poder Popular interesadas en adicionar aspectos a la Constitución (invocando la iniciativa de leyes que se les reconoce en virtud del art. 88, inciso d), en respuesta a las declaraciones políticas adversas del entonces presidente norteamericano George W. Bush el 20 de mayo del 2002 con relación al sistema político cubano<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Ley de Reforma Constitucional, de 26 de junio de 2002. G.O. Extraordinaria de 16 de julio de 2002.

Posterior a la presentación pública de la iniciativa, y antes de ser presentada ante la Asamblea Nacional del Poder Popular, se llevó a cabo un proceso plebiscitario popular de reafirmación de la iniciativa, donde participaron mediante firma pública y voluntaria más de ocho millones de ciudadanos debidamente inscritos en el censo electoral, brindándole el necesario carácter democrático a tal decisión.

No obstante, hay pronunciamientos en la doctrina nacional contrarios a reconocer que se tratara de una iniciativa legislativa, más bien reconociendo que era una solicitud al amparo del artículo 63 de la Constitución que establece que todo ciudadano tiene derecho a dirigir quejas y peticiones (en este supuesto una petición) a las autoridades y a recibir atención o respuesta pertinentes y en un plazo adecuado y conforme a la ley, como sostiene Fonseca Castro (2002, p. 26). También este criterio lo comparte Prieto Valdés, para quien “el objetivo fue estimular la adopción de una reforma constitucional, respecto a la cual no había práctica ni normativa específica previa” (s.f., p. 2), por tanto las direcciones nacionales de estas organizaciones “decidieron peticionar a la Asamblea Nacional, a nombre del pueblo, al amparo del artículo 63”, y, consecuentemente, en el artículo 7, que establece el papel de dichas organizaciones de masas en la sociedad cubana (consideradas parte de la sociedad civil en el sistema político cubano), alegándolo como una legitimidad indirecta. Sin embargo, es obvio que se trata de una iniciativa de reforma constitucional, formalizada mediante una ley, la que tiene en su proceso de formación la iniciativa legislativa como medio específico, medio que consideramos fue el invocado y aplicado definitivamente.

En sí, la solicitud estuvo dirigida a:

Ratificar la identificación del pueblo con todos y cada uno de los principios que sustentan a la Constitución de la República, específicamente con los fundamentos políticos, sociales y económicos que se consagran en su capítulo I, destacándose especialmente que:

*Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana* (Granma, 2012, p. 1).

Consignar expresamente la voluntad del pueblo de que el régimen económico, político y social consagrado en la Constitución de la República sea intocable.

Ratificar que las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier otro Estado no podrán ser jamás negociados bajo agresión, amenaza o presión de una potencia extranjera. Y, en definitiva, que los aspectos anteriormente interesados, una vez aprobados mediante el procedimiento legal pertinente, fueran expresamente incluidos en la Constitución de la República, como parte integrante de su cuerpo normativo y con expresión de que derogan cuanta disposición anterior se le opusiera o contradijera.

Finalmente, la Asamblea Nacional, en sesión extraordinaria celebrada el 26 de junio del 2002, en votación nominal, conforme a las reglas que establece el artículo 137, aprobó por unanimidad la referida Ley de Reforma Constitucional mediante el Acuerdo No. V-74.

Esta reforma, con respecto al mecanismo de cambio constitucional, significó el establecimiento de dos contenidos especialmente protegidos de carácter absoluto, o sea, cláusulas de intangibilidad o pétreas: el socialismo y el sistema político y social revolucionario establecido en la Constitución, reconocido como irrevocable, y dispuesto en el artículo 3, y la prohibición de negociar bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera, como se dispone en el artículo 11. De tal modo, a partir de entonces el alcance de la reforma constitucional solo será parcial, puesto que con relación a los artículos 3 y 11, esta no podría efectuarse en tanto afectara la esencia de dichos contenidos, los cuales se traducen en cláusulas de intangibilidad. Por otra parte, se ratificaban los contenidos especialmente protegidos de carácter relativos anteriormente consignados.

Finalmente, el artículo 137 quedó redactado del modo que sigue:

*Esta Constitución solo puede ser reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes, excepto en lo que se refiere al sistema político, social y económico, cuyo carácter irrevocable lo establece el artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera, como se dispone en el Artículo 11.*

*Si la reforma se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea<sup>4</sup>.*

Esta ha sido la primera ocasión en la historia del constitucionalismo cubano en que se han previsto expresamente en un texto constitucional las cláusulas de intangibilidad, como contenidos especialmente protegidos que limitarán con carácter absoluto la reforma constitucional en cuanto los afecten. Si bien ya desde antes Rapa Álvarez (1985, p. 178) había considerado que los contenidos expresamente consignados en el capítulo I, relativo a los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano, no eran susceptibles de modificación constitucional según los procedimientos contemplados para la reforma constitucional, toda vez que estos expresaban la esencia de nuestro régimen. Por ello, implícitamente, estos contenidos significaban un límite material a la reforma, si bien ello no fuera

<sup>4</sup> Constitución de la República de 24 de febrero de 1976, modificada en 1978, 1992 y 2002. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3, 31 de enero de 2003.

expresado concretamente en la Constitución; vale destacar que si no están consignados expresamente como límites materiales a la reforma constitucional, no debe haber una interpretación que sugiera inferir ello. De hecho, determinados contenidos contemplados en ese capítulo sí sufrieron modificaciones, en algunos casos sustanciales, durante la reforma constitucional efectuada en 1992, evidencia que echa por tierra la anterior afirmación. Incluso el reconocimiento del carácter irreversible de la propiedad estatal socialista (inicialmente consignada en el art. 15) y considerada política e ideológicamente un pilar fundamental del sistema fue modificado, posibilitándose (en el actual art. 14) que estos bienes puedan ser transmitidos en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión total o parcial de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o de su Comité Ejecutivo, facultad esta última incluso polémica desde el punto de vista de que es la Asamblea Nacional quien puede disponer, mediante acuerdo, de la transmisión como garante de la soberanía nacional.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Bien es cierto que los límites materiales a la reforma constitucional han hallado su fundamento en el origen mismo y la concepción inicial de la Constitución como instrumento para limitar el poder del Estado y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los mismos se han traducido en contenidos especialmente protegidos por la voluntad del titular de la potestad constituyente (el pueblo o nación, como titular colectivo de la soberanía), pudiéndose clasificarse en dos tipos fundamentales: contenidos especialmente protegidos de carácter relativo y de carácter absoluto, denominándose estos últimos como cláusulas pétreas, férreas o de intangibilidad.

Con relación al constitucionalismo cubano, el establecimiento o reconocimiento de tales contenidos especialmente protegidos se consignó inicialmente en la Constitución de 1940, siendo preceptuados luego en la Constitución socialista de 1976. En ambos casos fueron consignados límites materiales de carácter relativo. En el segundo, con relación a la Constitución socialista, fueron considerados, en un principio, como tales los derechos y deberes consagrados constitucionalmente y las atribuciones e integración de la Asamblea Nacional del Poder Popular y el Consejo de Estado. Luego, tras la reforma constitucional del 2002, fueron incorporados como contenidos especialmente protegidos, esta vez con carácter absoluto, el sistema político, social y económico, cuyo carácter irrevocable lo establece el artículo 3 del capítulo I, y la prohibición de negociar bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera. A partir de ello, la reforma constitucional solo podrá efectuarse sobre contenidos parciales de la Constitución.

Sin embargo, el establecimiento del límite material a la reforma constitucional relativo al sistema político, económico y social socialista, tal y como se preceptúa

a partir del tercer párrafo del artículo 3, nos convoca a unas mínimas, pero necesarias, consideraciones. La primera se debe al carácter ambiguo del contenido esencial de esta disposición, toda vez que los principios y contenidos invariables, intocables o esenciales del modelo o sistema socialista al que se refiere el texto constitucional no se encuentran definidos inequívocamente. Ello, explicamos mejor, es imprescindible en el sentido de ofrecer mayor garantía y seguridad jurídicas tanto a los ciudadanos como al Estado, en sí toda la sociedad, sobre la posibilidad de cambios que se efectúen en el plano político, económico y social en el país, y que no pueden alterar el modelo socialista. Así, y ante la reiteradamente aludida ausencia de una jurisdicción constitucional que contribuya a consolidar una dogmática particular, nos atrevemos a proponer a la Asamblea Nacional del Poder Popular, a través de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales, que considere la posibilidad de elaborar y aprobar una disposición jurídico-normativa, preferentemente de carácter legal, que determine inequívocamente el contenido esencial de los límites materiales (relativos o abstractos), conceptualizando los mismos e identificando su alcance jurídico toda vez que se preceptúan de forma abstracta en la Constitución. Así se podría tener la suficiente certeza y seguridad jurídicas cuando se proceda a una modificación constitucional, que ya en el caso de la de 1992 sugiere que pudo haberse convocado un referendo popular toda vez que pudieron haberse modificado contenidos especialmente protegidos (con relación a los derechos, como el de sufragio, si bien no lo restringió ni minimizó en su alcance y ejercicio sino que lo potenció, incluso se reconoció el estado de emergencia, que siempre supondrá naturalmente una restricción en el ejercicio de determinados derechos).

Otra consideración la dirigimos a recordar el alcance de la noción de la soberanía popular (colectiva), que permanentemente nos invita a plantearnos que frente a ella no caben límites formales o materiales alguno, si bien sabemos que ello no puede defenderse absolutamente en los tiempos actuales toda vez que deben respetarse una serie de consensos o contenidos mínimos en toda convivencia política y social que aseguren los compromisos y legitimidad de un orden, presumiblemente establecido para garantizar la salvaguarda de la dignidad humana, de conjunto con todos los valores universalmente reconocidos. Así, podrá entenderse siempre que las cláusulas de intangibilidad, como la expresada en el texto constitucional cubano en su artículo 3, son concebidas frente al procedimiento de reforma constitucional establecido, o sea, el poder constituyente derivado. Más no es sostenible, seriamente, frente al poder constituyente originario, que una vez convocado o invocado podrá plantearse o concebir nuevos consensos o proyectos. Pero por demás, incluso, la cláusula de reforma podría ser modificada a su vez, en lo que podremos considerar como una reforma de segundo grado (la reforma de la reforma), y con ello eliminar el propósito anterior, ya que para el procedimiento de reforma establecido no se prevé inmutabilidad. Por ello aprovechamos para reafirmar que la garantía absoluta a cualquier consenso o proyecto político, económico y social se logra, por una parte, con la salvaguarda del propio consenso o proyecto, mediante el compromiso colectivo, que permite legitimar el orden

concebido. Así, clases dirigentes y dirigidas, podrán conducir el proyecto político y asegurar su continuidad histórica, en el caso cubano del socialismo según las fórmulas y criterios genuinos de la sociedad cubana, más allá de cualquier fórmula que en lo “formal” pretenda perpetuar o petrificar un orden.

Finalmente debemos pronunciarnos por ratificar, fortaleciéndolo, el control de constitucionalidad previo al que se someten los proyectos de leyes de reforma constitucional, siendo hasta el momento el previsto por el Reglamento de la Asamblea Nacional de 1996, atribuyéndole a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales la facultad de dictaminar sobre tales proyectos y proponer o no su aprobación ante el pleno de la Asamblea. La complejidad de los cambios que vienen proponiéndose en la sociedad cubana actual, de los que no escapará sin lugar a dudas la propia Constitución, exigen la revisión y control especial de tales proyectos, toda vez que en un futuro inmediato pudieran dirigirse a contenidos especialmente protegidos y ante ello no deberá dudarse en convocarse el previsto referendo popular y, con ello, afirmar la legitimidad e institucionalidad del sistema.

La oportunidad que se brinda a todo el conjunto de la sociedad cubana en estos momentos, con el proceso declarado oficialmente como actualización del modelo económico y social (a lo que añadimos político) para oxigenar el consenso sobre el proyecto es impostergable. Los aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba en 2011 como Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, cual brújula de las transformaciones que se están llevando a cabo, debe plantearse también desde el estricto respeto del carácter socialista consagrado constitucionalmente como irrevocable. Para ello, recordamos, es necesario la identificación de criterios o contenidos mínimos de lo que la sociedad reconocerá como socialismo, de modo que no se adultere más allá de las posibilidades que se brinden en el contexto actual. Y, con ello, contribuiremos a elevar o consolidar la constitucionalidad del ordenamiento político, jurídico y social cubano, la salvaguarda de esa supremacía constitucional inequívoca que nos acompaña desde el propio Preámbulo constitucional, cuando fue declarada:

*[...] nuestra voluntad de que la ley de leyes de la República esté presidida por este profundo anhelo, al fin logrado, de José Martí: Yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre [...]*<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Preámbulo de la Constitución de 24 de febrero de 1976, modificada en 1978, 1992 y 2002. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3, 31 de enero de 2003.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Tabío, Fernando (1988). *Comentarios a la Constitución socialista*. La Habana: Ed. Pueblo y Educación.
- Asensi Sabater, José (1996). *Constitucionalismo y derecho constitucional. Materiales para una introducción*. Valencia: Ed. Tirant LoBlanch.
- Bernal, Beatriz (2002). *Cuba y sus leyes. Estudios histórico-jurídicos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carbonell, Miguel (1999). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho de México*, 2ª edición. México: Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carreras, Julio A (1982). *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, 3ª reimpresión. La Habana: Ed. Pueblo y Educación.
- Cutié Mustelier, Danelia y Josefina Méndez López (inédito). *La Constitución de 1976 y sus reformas*. Santiago de Cuba (s.n.).
- De Vega, Pedro (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Ed. Tecnos.
- D'Estéfano Pisani, Miguel A. (1960). *Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, anotada y concordada con la Constitución de 1940, sus leyes complementarias y jurisprudencia fundamental*, 2ª edición. La Habana: Jesús Montero, Editor.
- Fernández Bulté, Julio (2005). *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, La Habana: Ed. Félix Varela.
- Fonseca Castro, Juan W. (2002). 133 años de historia constitucional cubana desde Guáimaro hasta nuestro días. *Revista Jurídica*, 6. La Habana: Ministerio de Justicia.
- Guastini, Ricardo (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea.
- Guastini, Ricardo (2006). La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-73). Madrid: Ed. Trotta.
- Loewenstein, Karl (1976). *Teoría de la Constitución*, 2ª edición. Barcelona: Ed. Ariel.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2010). La reforma constitucional en el constitucionalismo latinoamericano vigente. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLIII(129), 1261-1321. Nueva Serie. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- Peraza Chappeau, José (2002). *Derecho constitucional general y comparado*. La Habana: Ed. Félix Varela.
- Pérez Milián, Félix (2000). Motivos para una Reforma. En Prieto Valdés, Martha y Pérez Hernández, Lissette (coords.). *Temas de derecho constitucional cubano* (pp. 40-44). La Habana: Ed. Félix Varela.
- Pérez Royo, Javier (1997). *Curso de derecho constitucional*, 4ª edición. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Prieto Valdés, Martha (2000a). La defensa de la Constitución y la reforma constitucional de 1992. En Prieto Valdés, Martha y Pérez Hernández, Lissette (coords.). *Temas de derecho constitucional cubano* (pp. 363-368). La Habana: Ed. Félix Varela.
- Prieto Valdés, Martha (2000b). Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución. En Prieto Valdés, Martha y Pérez Hernández, Lissette (coords.). *Temas de derecho constitucional cubano* (pp. 26-34). La Habana: Ed. Félix Varela.
- Prieto Valdés, Martha (2002). La Constitución. En Matilla Correa, Andry (coord.). *Introducción al estudio del derecho* (pp. 143-149). La Habana: Ed. Félix Varela.
- Prieto Valdés, Martha (s.f.). La defensa jurídica de la Constitución Cubana. Recuperado de: [http://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto1\\_300101.html](http://www.nodo50.org/cubasigloXXI/politica/prieto1_300101.html) (16 de noviembre del 2014).
- Prieto Valdés, Martha (inédito) ¿Qué han hecho los cubanos?. La Habana (s.n.).
- Rapa Álvarez, Vicente (1985). Acerca de la Constitución de 1976. *Revista Jurídica*, 6, 115-190. La Habana: Ministerio de Justicia.
- Semanat Lewis, Leyanis (2007). Los límites materiales a la reforma constitucional. Un acercamiento desde la perspectiva cubana. Tesis de diploma presentada en opción del título de Licenciada en Derecho (dirigida por el Dr.C. Karel Luis Pachot Zambrana). Santiago de Cuba.
- Vega Vega, Juan (1988). *Derecho constitucional revolucionario en Cuba*. La Habana: Ed. Ciencias Sociales.
- Vega Vega, Juan (1998). *Cuba. Su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*. Madrid: Ed. Endymion.



# Crónica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el primer semestre del 2014

## Chronicle of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the first half of 2014

*Oscar Parra Vera\**

---

**Fecha de recepción:** 14 de febrero del 2015

**Fecha de aceptación:** 2 de marzo del 2015

---

### RESUMEN

Este documento tiene como objetivo presentar, en contexto, los desarrollos más relevantes que ofrece este tribunal regional Amricano en el bienio 2014-2015. Con el objetivo de introducir algunas ideas que permitan contextualizar el aporte de la jurisprudencia interamericana en ciertos temas y su eventual utilidad para otros sistemas regionales de protección de los derechos. En el primer semestre del 2014 la Corte emitió cuatro sentencias, adoptó nueve decisiones en relación con medidas provisionales y una resolución de supervisión de cumplimiento de sentencias. Asimismo, la Comisión Interamericana sometió ocho nuevos casos ante la Corte. Esta reseña se concentra en el análisis de las cuatro sentencias emitidas en el marco de la jurisdicción contenciosa de la Corte.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia, tribunales regionales de derechos humanos, decisiones judiciales.

### ABSTRACT

This document aims to present, in context, the most relevant developments that offer this regional court in the biennium 2014-2015. In order to introduce some ideas to contextualize the contribution of inter-American jurisprudence on certain issues and their possible use to other regional systems for the protection of rights. In the first half of 2014, the Court issued four judgments, adopted nine decisions regarding provisional measures and a resolution of monitoring compliance with judgments. American Commission

---

\* Abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se desempeñó como beca-rio Rómulo Gallegos y consultor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido visitante de investigación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el parecer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni de su Secretaría. Correo electrónico: oscarparra@corteidh.or.cr

also submitted eight new cases before the Court. This review focuses on the analysis of the four judgments under the jurisdiction of the Court.

**Keywords:** Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, case law, regional human rights courts, judicial decisions.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este documento analiza, sistematiza y presenta las principales decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se estructura a partir de los temas debatidos así se presentan las consideraciones de la Corte alrededor de los derechos involucrados en cada caso concreto.

## 2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL, LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

En el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*<sup>1</sup>, la Corte rechazó las excepciones preliminares presentadas por el Estado y declaró a Suriname responsable por la violación del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, así como del derecho de circulación y residencia, respecto del impedimento de salida del país, en perjuicio del señor Alibux, ex ministro de Finanzas y Recursos Naturales en Suriname. La Corte no encontró al Estado responsable de las violaciones al principio de legalidad y de retroactividad ni del derecho a la protección judicial.

Este caso era la primera ocasión en la cual la Corte se pronunciaba sobre el alcance del principio de legalidad en aspectos de derecho procesal penal. Asimismo, el caso tenía particular relevancia para la discusión regional sobre la garantía de doble conformidad judicial en algunos procesos judiciales<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Corte IDH. Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

<sup>2</sup> Un ejemplo de la relevancia actual de este debate puede verse en la Sentencia C-792 de 2014 emitida por la Corte Constitucional de Colombia. En dicho fallo la Corte declaró la inconstitucionalidad con efectos diferidos de varias expresiones contenidas en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias. Al respecto, dicha Alta Corte decidió “Exhortar al Congreso de la República para que, en el término de un año [...] regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias. De no hacerlo [...] se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior de quien impuso la condena”. La Corte no cuestionó los escenarios donde la Constitución establece una única instancia. Sin embargo, “para la Corte, este derecho a impugnar la sentencia condenatoria no es equivalente a la garantía de la doble instancia, puesto que si bien en ciertos supuestos puede haber coincidencia entre ambas figuras, como cuando en un proceso de doble instancia, la decisión de condena se produce en la primera de ellas, en otros escenarios, la previsión constitucional sobre la doble instancia no resulta suficiente, bien porque se trata de un proceso penal de única instancia, circunstancia permitida por la Constitución, que admite excepciones a la garantía de la doble instancia, o bien porque siendo el proceso de doble instancia, la condena se produce en la segunda de ellas, hipótesis estas en las que, al no contemplarse el derecho a controvertir el fallo condenatorio, se desconoce uno de los elementos constitutivos del debido proceso”.

Alibux, quien ejerció los cargos de ministro de Finanzas y ministro de Recursos Naturales, había sido procesado con motivo de la compra de un inmueble realizada entre junio y julio del 2000. El 18 de octubre del 2001 se adoptó la Ley sobre Acusación de Funcionarios con Cargos Políticos (en adelante LAFCP), con el propósito de regular el artículo 140 de la Constitución de Suriname, a fin de “establecer las reglas para procesar a quienes hayan ejercido cargos en la administración pública, incluso con posterioridad a su retiro, por actos delictivos que hayan cometido en el ejercicio de sus funciones”. El señor Alibux fue sometido a un procedimiento ante la Asamblea Nacional y a una investigación preliminar. Posteriormente, el señor Alibux fue juzgado en única instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia, sentenciado por el delito de falsificación y condenado a un año de detención y tres años de inhabilitación para ejercer el cargo de ministro. A la fecha de la condena, el régimen jurídico no proveía ningún recurso impugnatorio contra la sentencia condenatoria, aunque años después fue establecido el denominado “recurso de apelación” ante otros jueces del mismo órgano.

Con respecto al principio de legalidad y de retroactividad, la Corte se refirió a la aplicación en el tiempo de normas procesales en la región y a nivel comparado, y consideró que la aplicación de normas que regulan el procedimiento de manera inmediata no vulnera el artículo 9º convencional, debido a que se toma como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal y no aquel de la comisión del ilícito penal, a diferencia de las normas que establecen delitos y penas (sustantivas), en donde el patrón de aplicación es, justamente, el momento de la comisión del delito. Es decir, la Corte IDH consideró que los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula. En virtud de ello, y al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene *per se* el principio de legalidad. En razón de lo anterior, la Corte determinó que el principio de legalidad, en el sentido en que exista una ley previa a la comisión del delito, no se aplica a normas que regulan el procedimiento, a menos que puedan tener un impacto en la tipificación de acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable o en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito penal.

La Corte IDH consideró que no existía violación del principio de legalidad porque al momento de cometidos los hechos estaba prevista la conducta como delito en el Código Penal y en la Constitución se establecían las bases del procedimiento para su juzgamiento. La aplicación inmediata de la reforma procesal no afectó el tipo penal ni la severidad de la pena.

Con respecto al derecho a recurrir el fallo (artículo 8.2.h), en relación con el establecimiento de jurisdicciones distintas a las penales ordinarias para el juzgamiento de altas autoridades, la Corte determinó que, ante la presunta comisión de

un delito, si bien la jurisdicción penal ordinaria se activa con el fin de investigar y sancionar a los presuntos autores, a través de las vías ordinarias penales, con respecto a ciertas altas autoridades, algunos ordenamientos jurídicos han establecido una jurisdicción distinta a la ordinaria, como la competente para juzgarlos, en virtud del alto cargo que ocupan y de la importancia de su investidura. En este sentido, el Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos. En virtud de ello, concluyó que la designación del máximo órgano de justicia, como en el presente caso lo fue la Alta Corte de Justicia, a efectos del juzgamiento penal de altos funcionarios públicos, no es *per se* contraria al artículo 8.2.h de la Convención Americana.

En el caso concreto, el señor Liakat Alibux fue juzgado por el máximo órgano de justicia de Suriname, por lo que no existía un tribunal o juez superior que pudiera hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio. Al respecto, en supuestos como estos, la Corte interpretó que al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente. En este sentido, la Corte reiteró que puede establecerse, por ejemplo, que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso. Sin perjuicio de ello, el Tribunal estimó que el Estado puede organizarse de la manera que considere pertinente a efectos de garantizar el derecho a recurrir el fallo de los altos funcionarios públicos que corresponda.

En virtud de ello, la Corte constató que el señor Alibux no contó con la posibilidad de recurrir su condena, con el fin de otorgarle seguridad y tutela a sus derechos, con independencia del rango o cargo ejercido y de la jurisdicción competente establecida para su juzgamiento. Asimismo, la Corte estimó que el Estado no pudo demostrar de qué manera, al ser juzgado por un grupo de tres jueces del máximo órgano de justicia, el señor Alibux contó con plenas garantías, en particular la de recurrir el fallo condenatorio, en contravención del artículo 8.2.h de la Convención.

Respecto del alegado subsecuente recurso de apelación, la Corte estimó que se creó cuando el fallo condenatorio ya había adquirido la calidad de cosa juzgada y luego de haberse cumplido el total de la pena. Para el señor Alibux, la posibilidad de interponer un recurso impugnatorio en el año 2007, contra una condena ya cumplida, significó su mera existencia formal, debido a que los efectos de la sentencia ya se habían materializado. Por tanto, la Corte concluyó que el Estado de Suriname violó el artículo 8.2.h de la Convención Americana.

Con respecto al derecho a la protección judicial, la Corte analizó la Resolución Interlocutoria de la Alta Corte de Justicia de 12 de junio del 2003, mediante la cual

dicha Alta Corte resolvió cinco objeciones interpuestas por los representantes en relación con los alegatos sobre la ausencia del derecho a recurrir el fallo, la aplicación retroactiva de la LAFCP, así como reclamos del procedimiento seguido en su contra y de su competencia frente asuntos constitucionales. Adicionalmente, si bien la Corte reconoció la importancia de los tribunales constitucionales como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, consideró que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad, que está a cargo de todos los órganos del Estado. Al respecto, concluyó que el Estado de Suriname no violó de manera autónoma el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Liakat Ali Alibux.

Con respecto a la prohibición de salida del país impuesta al señor Alibux el 3 de enero del 2003, la Corte observó que de los preceptos normativos señalados por el Estado no se desprendía una regulación clara y precisa que determinara la legalidad de la restricción al derecho de circulación contra la víctima. El Estado tampoco aportó información sobre el procedimiento que hubiera permitido a la víctima impugnar la restricción impuesta. Por tanto, se concluyó que Suriname aplicó una restricción al derecho de salir del país del señor Alibux sin demostrar haber observado el requisito de legalidad, en contravención del artículo 22, incisos 2 y 3 de la Convención Americana<sup>3</sup>.

### **3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL ASESINATO DE MUJERES EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y DEBIDA DILIGENCIA DE LAS INVESTIGACIONES EN ESTE TIPO DE CASOS**

En 2009 la Corte Interamericana emitió uno de sus más importantes pronunciamientos respecto a la violencia contra la mujer —el caso Campo Algodonero<sup>4</sup>—, cuando se pronunció sobre la muerte de tres mujeres en el contexto de un patrón de asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, México. En 2014 el Tribunal interameri-

<sup>3</sup> El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poissot presentó un voto en relación rechazando el que no se haya declarado la violación del artículo 25 de la Convención. El juez Ferrer aludió a una nueva dimensión, de carácter sustantivo, del derecho a la protección judicial (art. 25) que no habría sido debidamente abordada por la jurisprudencia y que lo diferencia de lo dispuesto en el art. 8.2 de la CADH. Argumentó que el derecho del artículo 25 se constituye en el elemento integrador de los derechos fundamentales nacionales y convencionales, ya que permite integrar ambas fuentes como base para garantizar la protección judicial a través de la institución judicial encargada de aplicar el recurso que ha sido puesto en acción por la persona que alega que ha sido objeto de una violación a derechos humanos, esto tiene un efecto importante en el modelo de control de constitucionalidad y convencional que adopten los Estados nacionales. En base a esto, el juez Ferrer señaló que se podía haber declarado la inconvencionalidad por omisión al violarse el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en tanto no se encontraba implementado el órgano y los recursos que constitucionalmente estaban previstos para la tutela de los derechos fundamentales de fuente nacional y convencional como lo era la Corte Constitucional contemplada por la actual Constitución de Surinam. En la opinión de dicho Juez se debía otorgar un tratamiento autónomo al artículo 25 de la CADH y evitar la subsunción de la controversia en lo que consideró la Corte al declarar la violación del artículo 8.2.h).

<sup>4</sup> Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

cano tuvo que pronunciarse en el caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala<sup>5</sup> respecto a una temática similar pero en un contexto mucho menos documentado que el de Ciudad Juárez. De allí la importancia de este caso para analizar los desafíos probatorios que implica la imputación de responsabilidad en este tipo de casos.

En efecto, diversos debates surgieron respecto a la imputación de responsabilidad en el caso Campo Algodonero. En dicho caso la Corte consideró probado que el Estado conocía tanto una situación de riesgo general para las mujeres como la situación de riesgo específico que sufrieron las tres víctimas, luego de que sus familiares denunciaron sus desapariciones. Algunos críticos han señalado lo problemático que podría resultar el limitar la posible atribución al Estado de crímenes de particulares a la exigencia del conocimiento, por parte del Estado, no solo de una situación de riesgo general sino también de un riesgo específico respecto a una víctima concreta. En Campo Algodonero la Corte señaló que solo a partir del conocimiento del riesgo particularizado sobre la desaparición de las tres víctimas era posible considerar que el Estado violó, en perjuicio de ellas, el deber específico de prevención. Surge la duda de ¿por qué no sería suficiente el conocimiento de la situación general —por parte del Estado— para atribuir responsabilidad respecto a toda mujer cuya muerte se inserta en el patrón? ¿Por qué la necesidad de que haya un conocimiento específico? ¿La magnitud del patrón y de la impunidad no permite algún tipo de inferencia sobre la aquiescencia y tolerancia de algunos funcionarios estatales sobre lo ocurrido —sin necesidad de entrar a discutir una prueba sobre el conocimiento del riesgo—?

Estos temas son relevantes de cara al debate sobre el alcance y contenido del deber de prevención. ¿El deber de prevención está solamente relacionado con el riesgo o se activa con otro tipo de omisiones? ¿Hasta qué punto una alta carga de prueba de riesgo específico no puede generar una carga desproporcionada para las víctimas? La tesis de la Corte podría implicar que, en muchos casos donde no es posible probar dicho conocimiento del riesgo, sea imposible considerar responsable al Estado por la violación del deber de prevenir la violencia contra la mujer. O que, por otra parte, si en lugar de examinarse secuestros seguidos de muerte, se hubiera tratado de homicidios directos, el Estado hubiera sido en principio exonerado de su responsabilidad internacional<sup>6</sup>, aun cuando se hubiera concluido su contribución con la situación general de violencia. También surgen dudas sobre cómo correspondería el análisis de este tipo de casos si los hechos resultan casos aislados y no constituyen parte de un contexto general determinado.

En el caso Véliz Franco estos debates se hacen visibles teniendo en cuenta que para el momento en que ocurrieron los hechos, en 2001, existía controversia

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

<sup>6</sup> Un análisis profundo de estos debates sobre atribución de responsabilidad en este tipo de casos puede verse en Abramovich (2010).

entre las partes sobre la posible existencia de un patrón de asesinatos de mujeres y del conocimiento por parte del Estado de dicha situación. ¿Qué pasa si es de los primeros casos del patrón y resulta más difícil probar que el Estado conocía el contexto? En este punto, un aporte importante de la sentencia es la forma en que la Corte precisa que la falta de datos estadísticos e informes sobre esta situación al momento de los hechos no puede ser suficiente para desvirtuar la presunción de la existencia de un contexto, más aún cuando se desconoce el deber estatal de prevenir y garantizar los derechos de las mujeres a través de un diagnóstico apropiado de una situación de violencia contra ellas. Señaló la Corte que:

*Esta violencia ha pasado desapercibida, entre otras razones, por la falta de cuantificación oficial hasta fechas recientes, de manera que resulta particularmente difícil contar con estadísticas fiables que proporcionen datos ciertos sobre la magnitud de la violencia perpetrada contra las mujeres en Guatemala. En consecuencia, “[l]a ausencia casi absoluta de datos desglosados por géneros en los documentos oficiales hace que la violencia de género se registre en general en menor proporción de la que representa realmente e incluso que a menudo apenas quede reflejada”. [...] resulta oportuno considerar que el tipo de fenómeno que aquí se examina presenta cierto grado de continuidad temporal y que, si bien resulta difícil precisar con plena certeza el momento en el cual tuvo inicio, en todo caso, para la fecha en que ocurrieron los hechos del presente caso existía un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala.*

El Tribunal consideró entonces, con base en un conjunto importante de documentos e informes, que los hechos del caso sucedieron en un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala en el que la existencia de homicidios por razones de género no era excepcional. Para diciembre del 2001, así como en los años siguientes, Guatemala presentaba un alto índice de impunidad general, en cuyo marco la mayoría de los actos violentos que conllevaban la muerte de mujeres quedaban impunes.

Los hechos específicos de la víctima tuvieron como origen la denuncia que interpusiera la madre de María Isabel Véliz, quien había salido de su casa hacia su trabajo en la mañana del día anterior (16 de diciembre del 2001) y no había regresado. María Isabel tenía en ese momento quince años de edad. No se acreditó que luego de la denuncia dependencias o funcionarios estatales realizaran acciones de búsqueda de la niña. Al día siguiente de su desaparición, a partir de una llamada anónima, se encontró un cadáver que fue identificado por la madre como el cuerpo de su hija.

El Tribunal señaló que en el marco de la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas, que se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera

posibilidad de su vulneración por actos que en forma actual o potencial impliquen violencia por razones de género o puedan derivar en tal<sup>7</sup>.

Correspondía dilucidar si antes del hallazgo del cuerpo, dadas las circunstancias particulares y el contexto del caso, el Estado tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que la víctima fuera agredida y si, dado lo anterior, surgió un deber de debida diligencia que, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, era imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima. Deben existir procedimientos adecuados para que las denuncias conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. La Corte reiteró que las autoridades deben presumir que la persona desaparecida sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre lo ocurrido<sup>8</sup>.

La Corte determinó que al momento de la denuncia de la desaparición las autoridades estatales debieron tener tal acto como una indicación de la probable vulneración de los derechos de la niña. En tal sentido, el Tribunal determinó que el Estado conocía o debió conocer que el hecho denunciado se insertaba en el ya mencionado contexto de aumento de la violencia homicida contra mujeres. Por ello afirmó que, en tales circunstancias, la omisión estatal de realizar acciones de búsqueda implicó una falta al deber del Estado de prevenir violaciones a los derechos de la niña. Declaró entonces responsable al Estado por incumplir, en perjuicio de María Isabel, su deber de garantizar los derechos a la vida e integridad personal, en relación con los derechos del niño, la obligación general de garantizar los derechos sin discriminación y la de prevenir la violencia contra la mujer.

Asimismo, la Corte consideró que en los primeros momentos de la investigación se presentaron diversas irregularidades, a saber: (a) falta de aseguramiento del lugar del hallazgo del cadáver; (b) falta de rigurosidad en la inspección ocular; (c) deficiencias en la elaboración del acta de levantamiento del cadáver; (d) traslado inadecuado del cadáver; (e) recolección inadecuada de las evidencias y su manejo indebido; (f) omisión de aseguramiento de la cadena de custodia de las evidencias, y (g) necropsia incompleta. Durante todo el tiempo que lleva la investigación, hubo periodos prolongados en que se omitió la realización de diligencias sustantivas de investigación.

Asimismo, las autoridades omitieron recabar pruebas pertinentes para determinar la violencia sexual, o las realizaron tardíamente, en gran medida porque en el momento de los hechos no había legislación ni procedimientos específicos para

<sup>7</sup> Cfr. Caso Veliz Franco vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 134.

<sup>8</sup> Cfr. Caso Veliz Franco vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 141.

investigar casos de violencia contra la mujer. Por otra parte, en algunos informes de la investigación se hizo referencia explícita a la forma de vestir de María Isabel, a su vida social y nocturna, a sus creencias religiosas, así como a la falta de preocupación o vigilancia por parte de su familia.

El Tribunal expresó que resultaba verosímil que el homicidio de María Isabel hubiera sido cometido por razones de género, dados los evidentes signos de violencia con que se encontró su cadáver. Siendo así, las autoridades estatales tienen la obligación de investigar *ex officio* las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género del acto perpetrado. La debida diligencia incluye el deber de ordenar de oficio los exámenes y pericias tendientes a verificar si el homicidio tuvo un móvil sexual o si se produjo algún tipo de violencia sexual. En este sentido, la investigación no debe limitarse a la muerte de la víctima, sino que debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual. El Tribunal expresó también que

*la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos [...] y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada.*

Dicha ineficacia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.

A partir de los parámetros expuestos, la Corte concluyó que el modo en el que se llevó a cabo la investigación, de acuerdo a los hechos ya mencionados, no cumplió pautas de diligencia debida, lo que se vinculó a la inexistencia de normas y protocolos para la investigación de este tipo de hechos. Además, el incumplimiento del deber de no discriminación se vio agravado por el hecho de que algunos funcionarios a cargo de la investigación efectuaron declaraciones que denotan la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres. Los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la investigación en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación. La Corte concluyó que la investigación abierta a nivel interno no ha garantizado el acceso a la justicia de los familiares de María Isabel, violando los derechos a las garantías judiciales, la protección judicial y el derecho a la igualdad ante la ley, en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno, y con los deberes de actuar con diligencia para investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Un tema relevante respecto al caso Veliz Franco es la forma como se analiza el acceso a la justicia en el marco de las disposiciones de la Convención Americana. Veliz reitera Campo Algodonero en el sentido en que la fuente u origen del deber de investigar en la Convención Americana surge del artículo 1.1 de dicho tratado.

Sin embargo, a diferencia de Campo Algodonero, donde se señala que la falta de investigación vulnera tanto los derechos de los familiares (arts. 8° y 25) como el deber de garantía de los derechos sustantivos (arts. 4°, derecho a la vida, 5°, derecho a la integridad personal) de las víctimas directas, en el caso Veliz se declaró que la falta de diligencia en la investigación vulneró el derecho a la vida solo en las acciones de investigación realizadas mientras la víctima estaba con vida. Ello implicó que las violaciones de derechos a la víctima muerta quedaran restringidas al análisis sobre la violación del deber de prevención en relación con dicha víctima. Por su parte, la falta de debida diligencia en la investigación quedó restringida a considerarse solo como violación a los artículos 8° y 25 de la Convención en perjuicio de los familiares<sup>9</sup>.

La doctrina en esta materia alude a diversos debates<sup>10</sup> sobre lo que podría implicar el enfoque que ubica la violación de la debida diligencia en los artículos sustantivos vis a vis el enfoque que ubica dichos problemas en la violación de los artículos 8° y 25 de la Convención. Es posible asociar el caso Veliz con posturas donde se considere que no se puede vulnerar la obligación de investigar respecto a una persona que ya ha fallecido. Tal ha sido la tendencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no considera que la violación del deber de investigar sea en perjuicio de la persona fallecida sino que lo es en perjuicio de sus familiares.

#### 4. MATICES EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EXCEPCIONES A LA FALTA DE AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS

En el caso Brewer Carías vs. Venezuela<sup>11</sup>, la Corte adoptó una decisión que matizó algunos elementos de la jurisprudencia constante respecto a la forma como procede analizar las excepciones al requisito de agotamiento de recursos internos antes de acudir al Sistema Interamericano. El caso se relaciona con el proceso seguido al señor Allan Brewer Carías por el delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución, en el contexto de los hechos ocurridos entre el 11 y el 13 de abril del 2002 en Venezuela. La Corte acogió una excepción preliminar presentada por el Estado dado que considera que en el presente caso no fueron agotados los recursos idóneos y efectivos, y que no procedían las excepciones al requisito de previo agotamiento de dichos recursos. En consecuencia, se estimó que no procede continuar con el análisis de fondo.

Esta decisión ha recibido diversas críticas al insertarse en decisiones recientes de la Corte que cuestionan cierto tipo de decisiones de admisibilidad adoptadas por la Comisión. Se alega que esta política de la Corte afecta la autonomía e indepen-

<sup>9</sup> Caso Veliz Franco, párrafos 157, 183, 134 y 226.

<sup>10</sup> Ver el debate que en algunos votos sostuvieron entre 2004 y 2006 la jueza Cecilia Medina Quiroga y el juez Antonio Augusto Cancado Trindade.

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso Brewer Carías vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.

dencia de la Comisión en el ejercicio de sus funciones y se desconoce la necesaria deferencia a las actuaciones de la Comisión en la etapa de admisibilidad y en la tramitación de los casos.

En efecto, entre el 2011 y el 2012 la Corte adoptó tres sentencias (Grande, González Medina y Díaz Peña), en las que se pronunció sobre la actuación de la Comisión en el ejercicio de sus facultades convencionales en el sistema de peticiones y casos. En el 2014, a través del caso Brewer, que reitera el caso Díaz Peña, se habría cuestionado nuevamente la forma como la Comisión maneja la admisibilidad de los casos. La Comisión viene alegando que ello afecta la institucionalidad del Sistema Interamericano.

En el caso Grande vs. Argentina, la Comisión alegó que la Corte desconocía la facultad de la Comisión de calificar jurídicamente los presuntos hechos en la etapa de admisibilidad. Sobre este punto la Comisión interpuso una demanda de interpretación de sentencia que fue desestimada de plano por la Corte.

En el caso González Medina vs. República Dominicana la Corte analizó una excepción preliminar interpuesta por el Estado sobre el “incumplimiento por parte de la Comisión del plazo estatutario de 180 días para emitir un informe de fondo tras el cierre de la solución amistosa”. Si bien la Corte desestimó la excepción preliminar e indicó que dicho plazo estatutario no tenía efectos jurídicos, lo hizo en términos del caso concreto, y tomando en cuenta que por la actuación ambigua de las partes, no era posible determinar cuándo se cerró el proceso de solución amistosa. Sin embargo, algunos críticos han señalado que este tipo de plazos es casi imposible de cumplir considerando la carta de trabajo que tiene la Comisión y el escaso presupuesto de dicho órgano. Por tal razón, abrir la posibilidad de un cuestionamiento a la Comisión en este ámbito podría resultar peligroso para la institucionalidad del Sistema.

En el caso Díaz Peña vs. Venezuela la Corte acogió una excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos. Entre otros argumentos, el Estado alegó que el señor Díaz Peña no ejerció el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria emitida en su contra y que por ello no se había cumplido el requisito de previo agotamiento en relación con los alegatos sobre violaciones asociadas a una detención preventiva arbitraria. La Corte IDH señaló que:

*123. La Comisión consideró que se habían agotado los recursos internos teniendo en cuenta que se habrían presentado diversos recursos en el período comprendido entre el 24 de marzo de 2006 y el 11 de mayo de 2007 (supra párr. 119.c). Se refiere, pues, a recursos presentados en un período iniciado más de 5 meses después de la presentación de la petición inicial ante la Comisión y culminado 1 año y 7 meses después de dicha presentación. La Corte considera que, en tales condiciones, no se puede entender cumplido el requisito de previo agotamiento de los recursos internos establecido en el artículo 46.1.a) de la Convención Americana. Aún más, la Corte observa que, cuando se dio*

*traslado de la petición inicial al Estado el 23 de febrero de 2007, aún no se había emitido la decisión de 11 de mayo de 2007, que supuestamente habría agotado los recursos internos.*

*124. Tampoco podría considerarse que el agotamiento de los recursos internos se haya operado mediante las solicitudes interpuestas por la defensa del señor Díaz Peña dentro del proceso penal entonces en curso (nulidad por incumplimiento de formas y condiciones legales, nulidad de una experticia ofrecida por el Ministerio Público; solicitudes de revisión de la detención preventiva). En efecto, el recurso adecuado a su respecto era la apelación de la sentencia que se dictase al término del proceso (sin perjuicio de la posibilidad de impugnación por excesiva duración del proceso o de la prisión preventiva). Como ya se ha indicado (supra párr. 88), el señor Díaz Peña renunció expresamente a interponer dicho recurso, y la Comisión Interamericana declaró que “los alegatos relativos a las irregularidades en el proceso penal que hubieran podido subsanarse a través de la impugnación de la sentencia condenatoria, resultaban inadmisibles” (supra párr. 42).*

*125. Por todo lo expuesto, se admite la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado en lo tocante a los hechos relativos a la detención preventiva del señor Díaz Peña y la duración del proceso.*

Ciertas críticas han señalado que este pronunciamiento afecta la forma de analizar las posibles modificaciones en la situación de cumplimiento de los requisitos de admisibilidad<sup>12</sup>. En efecto, en muchos casos, al momento de emitirse el informe de admisibilidad, un caso atraviesa por una situación de cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de admisibilidad que puede ser muy distinta a la situación que tenía el caso cuando fue presentado inicialmente ante la Comisión o cuando se tomó la decisión de dar trámite a la petición trasladándola para observaciones del Estado. De hecho, las decisiones de “tramitabilidad” pueden involucrar criterios que posteriormente sean modificados o contradichos al decidirse la “admisibilidad”. Por todo ello, la Comisión ha considerado que el informe de admisibilidad debe involucrar una valoración de la situación vigente al momento del pronunciamiento de admisibilidad<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Otro gran debate suscitado por este caso se relaciona con su impacto en el análisis del agotamiento de recursos internos en casos de detención preventiva, lo cual no corresponde analizar en detalle en esta reseña jurisprudencial. Los críticos afirman que considerar que el recurso a agotar frente a una detención preventiva es la apelación desconoce que lo que corresponde en estos casos es evaluar si se interpuso recursos de *habeas corpus*, solicitud de excarcelación o revisión de la detención preventiva, y no si la condena fue apelada. En efecto, puede existir absolución, aun si la víctima desea presentar su caso ante el Sistema Interamericano por la arbitrariedad de la detención. Asimismo, en algunos países la apelación no constituye una posibilidad para impugnar la detención preventiva.

<sup>13</sup> En el caso *Alibux* tres jueces emitieron votos relacionados con este debate y, en general, con la discusión sobre el requisito de agotamiento de recursos internos. El juez Eduardo Vio Grossi hizo un voto disidente en el que consideraba procedente esta excepción dado que la petición ante la Comisión fue presentada antes de la emisión de la sentencia condenatoria de la Alta Corte de Justicia. El juez Vio consideró que no se podía analizar este requisito de admisibilidad a la luz de una decisión previa a dicha sentencia, como lo hizo la Comisión a la luz de un acto del Estado que no tiene efecto de cosa juzgada ni se refiere al fondo del asunto debatido como es

Estos debates sobre la etapa de admisibilidad de los casos ante el Sistema contextualizan las discusiones surgidas con ocasión del caso Brewer. La Corte consideró que dicho caso revestía características particulares dado que: (i) el proceso se encuentra en etapa intermedia, y (ii) el principal obstáculo para que avance el proceso es la ausencia del señor Brewer Carías. En esa medida, el Tribunal consideró que en dicho caso, en el cual todavía se encuentra pendiente la audiencia preliminar y una decisión al menos de primera instancia, no era posible entrar a pronunciarse sobre la presunta vulneración de las garantías judiciales, debido a que todavía no habría certeza sobre cómo continuaría el proceso y si muchos de los alegatos presentados podrían ser subsanados a nivel interno. Lo anterior, sin perjuicio del posible análisis que se pueda hacer respecto al alegado retardo injustificado o plazo razonable.

La Corte constató que el proceso en contra del señor Brewer Carías se encontraba todavía en la fase intermedia, por cuanto la audiencia preliminar no se había llevado a cabo y no se había dado, entonces, inicio al juicio oral, por lo que el Tribunal constata que el proceso penal se encuentra en una etapa temprana. Lo anterior impedía analizar el impacto negativo que una decisión puede tener si ocurre en etapas tempranas, cuando estas decisiones pueden ser subsanadas o corregidas por medio de los recursos o acciones que se estipulen en el ordenamiento interno.

El Tribunal señaló que cuando un específico procedimiento cuenta con etapas en las que se puede corregir o subsanar cierto tipo de irregularidades, los Estados deben poder disponer de dichas etapas procesales para remediar las alegadas irregularidades en el ámbito interno, sin perjuicio del análisis que pueda corresponder a las excepciones al previo agotamiento de los recursos internos establecidas en el artículo 46.2 de la Convención. Precisamente al finalizar una etapa intermedia o durante el juicio puede llegar a declararse la existencia de dichas irregularidades y proceder a la anulación de todo lo actuado o la recomposición del proceso en lo pertinente.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte consideró que no eran de recibo los argumentos de los representantes en el sentido en que diversos escritos que la defensa del señor Brewer presentó respecto a las alegadas garantías que consideraba vulneradas no son adecuados y suficientes para dar por satisfecho el requisito establecido en el artículo 46.1.a de la Convención Americana. Por otra parte, en

una resolución interlocutoria. Agregó que la interpretación de que debe haber agotamiento previo solo desde el informe de admisibilidad no es coherente con lo establecido en la CADH y tampoco con su espíritu, sino que este requisito debe cumplirse al momento en que la petición es presentada o ha sido complementada. Por otro lado, con respecto al impedimento de salida del país, nunca se cumplió con este requisito y corresponde al peticionario acreditar que ha agotado previamente los recursos internos o alegar estar impedido de hacerlo, situación que no se verificó en el caso y, por tanto, el Estado no tuvo oportunidad para plantear una excepción preliminar de manera específica al respecto en el proceso de admisibilidad. En este punto el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poissot señaló que exigir este requisito desde la presentación de la petición inicial repercutiría en la funcionalidad y efecto útil del sistema. Por su parte el juez Alberto Pérez Pérez hizo un voto razonado señalando que la excepción era procedente respecto al impedimento de salida del país puesto que el señor Alibux no se pronunció sobre este punto ni en sede interna ni a nivel interamericano.

el marco específico de las controversias sobre admisibilidad en el presente caso y debido a la etapa en que se encuentra el proceso, no era posible determinar la eficacia de los recursos indicados por el Estado porque hasta ahora no han operado.

Estos criterios desarrollados por la Corte retoman jurisprudencia reciente adoptada en el caso *Díaz Peña vs. Venezuela*, donde, como se señaló previamente, el Tribunal Interamericano había adoptado un criterio similar respecto a los recursos que correspondía agotar en materia de alegadas violaciones de garantías judiciales y presuntas arbitrariedades en la detención preventiva. Sin embargo, es importante resaltar que el caso *Brewer* no reitera el caso *Díaz Peña* en lo que concierne a detención preventiva y concentra el estándar de la “etapa temprana” en aspectos relacionados con la violación de garantías judiciales asociadas al derecho a la defensa o la independencia judicial.

Este aspecto generó profundas críticas de los jueces Ferrer Mac-Gregor y Ventura Robles, quienes señalaron que

*la nueva teoría de la ‘etapa temprana’ [...] representa un retroceso [...], toda vez que tiene consecuencias negativas [...] en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Aceptar que en las ‘etapas tempranas’ del procedimiento no puede determinarse alguna violación (porque eventualmente puedan ser remediadas en etapas posteriores) crea un precedente que implicaría graduar la gravedad de las violaciones atendiendo a la etapa del procedimiento en la que se encuentre; más aún, cuando es el propio Estado el que ha causado que no se hayan agotado los recursos internos en el presente caso, dado que ni siquiera dio trámite a los recursos de nulidad de actuaciones [...] por violación a derechos fundamentales.*

Por otra parte, dado que la Comisión concentró su análisis de admisibilidad en las excepciones al agotamiento de recursos internos, la Corte IDH analizó cada una de estas excepciones. Respecto a la excepción relacionada con la inexistencia en la legislación interna del Estado del debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados (art. 46.2.a), la Corte consideró que no contaba con elementos para contradecir la decisión de la Comisión Interamericana en su informe de admisibilidad respecto a la improcedencia de esta excepción. Al respecto, el Tribunal consideró que de un alegado contexto estructural de provisionalidad del poder judicial no se puede derivar la aplicación directa de la excepción contenida en el artículo 46.2.a de la Convención, pues ello implicaría que a partir de una argumentación de tipo general sobre la falta de independencia o imparcialidad del poder judicial no fuera necesario cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos.

Respecto a la excepción relativa a que no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos (art. 46.2.b), la Corte consideró que si bien las determinaciones que efectúa la Comisión en su informe de admisibilidad son determina-

ciones *prima facie*, constituye un error de la Comisión haber considerado que las decisiones adoptadas respecto a algunos de los jueces temporales y provisorios que intervinieron en el proceso se relacionaban directamente con el señor Brewer. Por otra parte, en términos de los debates sobre si procedía esta excepción, la Corte reiteró que el momento procesal en el que se encuentra el presente caso impide una conclusión *prima facie* respecto al impacto de la provisionalidad en la garantía de independencia judicial en orden a establecer como procedente una excepción al agotamiento de los recursos internos basada en el artículo 46.2.b de la Convención. Lo anterior debido a que no hay al menos una decisión de primera instancia mediante la cual se pueda llegar a valorar el impacto real que la provisionalidad de los jueces hubiera podido tener en el proceso, aspecto que constituye una diferencia importante con casos previos de la Corte sobre esta temática en Venezuela (como Apitz, Reverón o Chocrón en los que habían intervenido varias instancias e incluso las altas Cortes).

Finalmente, respecto a la excepción relacionada con la existencia de un retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos (art. 46.2.c), dados el contenido, las características, complejidad y extensión de una solicitud de nulidad presentada el 8 de noviembre del 2005, la Corte consideró que las solicitudes de nulidad no son de las que deban resolverse en el plazo de tres días señalado en el derecho interno. Por otra parte, el Tribunal constató que existía prueba en el expediente de que el señor Brewer Carías viajó fuera de Venezuela antes de que se realizara la acusación formal en su contra y se empezara a citar a las partes a la audiencia preliminar, razón por la cual el señor Brewer Carías no hubiera podido asistir a dicha audiencia. De manera que su ausencia ha conllevado que la audiencia preliminar en su contra no haya podido ser llevada a cabo, por lo que era posible afirmar que el retardo en la resolución de las nulidades sería imputable a su decisión de no someterse al proceso e implica un impacto en el análisis del retardo injustificado o plazo razonable. En consecuencia, la Corte concluyó que constituye una contradicción del informe de admisibilidad de la Comisión haber considerado que no podía atribuir un retardo injustificado al Estado pero estimar, por otra parte, que la falta de resolución del recurso de nulidad era un indicio de demora atribuible al Estado.

## **5. DERECHO A LA DEFENSA, DOBLE CONFORMIDAD JUDICIAL EN SISTEMAS ACUSATORIOS, GARANTÍAS Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN CASOS DE TERRORISMO. PROTECCIÓN A LA FAMILIA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD**

En el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile<sup>14</sup> la Corte IDH analizó temas de especial relevancia

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

para la región en aspectos asociados a la represión arbitraria de la protesta social y el abuso en el uso de legislaciones antiterroristas. Entre otros aspectos, la Corte tuvo que volver sobre temas ya analizados en su jurisprudencia previa: el alcance que puede tener la prohibición de contrainterrogar testigos en contra y el alcance de la garantía de doble conformidad judicial.

El caso se enmarcaba en una situación social de manifestaciones y protestas sociales por parte de miembros del pueblo indígena mapuche en relación con la recuperación de sus territorios ancestrales y el respeto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales. En el contexto de esa protesta social se incrementó el nivel de conflictividad en dichas regiones y, aparte de las movilizaciones sociales y de otras medidas de presión, se presentaron algunas acciones de hecho y violentas calificadas como “graves”, tales como la ocupación de tierras no ligadas a procedimientos de reclamación en curso, incendio de plantaciones forestales, cultivos, instalaciones y casas patronales, destrucción de equipos, maquinaria y cercados, cierre de vías de comunicación y enfrentamientos con la fuerza pública.

De las ocho víctimas del caso, tres eran a la época de los hechos del caso autoridades tradicionales del pueblo indígena mapuche, cuatro eran miembros de dicho pueblo indígena y otra víctima era activista por la reivindicación de los derechos de dicho pueblo. Las víctimas habían sido condenadas como autores de delitos calificados de terroristas en aplicación de una “Ley Antiterrorista” en Chile. Algunos fueron condenados como autores del delito de amenaza de incendio terrorista. Otras víctimas fueron condenadas como autoras del delito de incendio terrorista por el hecho de incendio de un fundo y otra víctima fue condenada en relación con la quema de un camión de una empresa privada. En ninguno de los hechos por los cuales fueron juzgados (relativos a incendio de predio forestal, amenaza de incendio y quema de un camión de una empresa privada) resultó afectada la integridad física ni la vida de alguna persona.

En la sentencia, la Corte concluyó que Chile violó el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia por haber mantenido vigente y aplicado el artículo 1º de la mencionada ley que contenía una presunción legal del elemento subjetivo del tipo terrorista, elemento fundamental en la ley chilena para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo era. En efecto, la Corte reiteró su jurisprudencia constante en lo que respecta al respeto al principio de legalidad en la elaboración de tipos penales y agregó que, tratándose de la tipificación de delitos de carácter terrorista, el principio de legalidad impone una necesaria distinción entre dichos delitos y los tipos penales ordinarios, de forma que tanto cada persona como el juez penal cuenten con suficientes elementos jurídicos para prever si una conducta es sancionable bajo uno u otro tipo penal. Asimismo, destacó la importancia de que en la investigación, juzgamiento y sanción de conductas penalmente ilícitas no se utilice la tipificación penal especial sobre terrorismo cuando el ilícito podría ser investigado y juzgado bajo el tipo penal ordinario por tratarse de una conducta de menor reprochabilidad.

La Corte destacó que la especial intención o finalidad de producir “temor en la población en general” era un elemento fundamental en la ley chilena para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo era y sin el cual la conducta no sería típica. El Tribunal consideró que la referida presunción de que existía tal intención cuando se daban determinados elementos objetivos (entre ellos “el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios”) era violatoria del principio de legalidad consagrado en el artículo 9º de la Convención, y asimismo de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de la misma.

Si bien es cierto que la Corte consideró que no existían elementos que le permitieran determinar que había existido una aplicación discriminatoria de la Ley Antiterrorista en perjuicio del pueblo mapuche o de sus integrantes, el Tribunal declaró probada una aplicación discriminatoria de la ley penal al utilizarse estereotipos negativos que asociaban al grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. La Corte consideró que la sola utilización de esos razonamientos, que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias, configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación. Adicionalmente, el Tribunal decidió, por cuatro votos a favor y dos en contra<sup>15</sup>, que no procede emitir un pronunciamiento sobre la alegada violación del derecho a un juez o tribunal imparcial.

Respecto del derecho de la defensa a interrogar a los testigos reservados, en un caso anterior, emitido en el contexto peruano —Castillo Petruzzi y otros vs. Perú—, la Corte había optado por señalar una prohibición absoluta en esta materia. Por el contrario, en el caso Norín Catrimán, a partir del diálogo con la jurisprudencia europea, se alude a diversos criterios que podrían sustentar algunas excepciones en esta materia.

<sup>15</sup> Disintieron los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. En su voto disidente expresan su desacuerdo con la decisión de la Corte de no pronunciarse sobre la violación autónoma al derecho a un juez imparcial (art. 8.1) por considerar que dicha vulneración se encontraba subsumida en la ya declarada violación de los artículos 9 (principio de legalidad) y 8.2 (garantía de presunción de inocencia) de la CADH. Alegaron que las violaciones indicadas se sustentan en hechos diferentes: mientras que la primera se suscitó por la utilización de estereotipos y prejuicios étnicos negativos en las sentencias dictadas internamente, las otras dos se desprenden de la presunción legal del elemento subjetivo del tipo penal aplicado a los líderes mapuches. Además, resaltan que la Sentencia nunca explica por qué la presunción legal mencionada podría afectar la imparcialidad de los jueces internos. Según la jurisprudencia internacional, faceta personal de la imparcialidad exige que los jueces eviten, en el ejercicio de su función, cualquier influencia de carácter subjetivo. Entre otras cosas, no pueden caer en prejuicios que se manifiestan en una “concepción, percepción o actitud desfavorable generalizada hacia personas que pertenecen a un grupo, por su pertenencia al mismo, al cual se le caracteriza de forma negativa”. En base a lo establecido por el artículo 24 y el artículo 1.1 de la CADH se proscriben la desigualdad basada en el origen étnico proveniente de la ley interna o de su aplicación. Del análisis de las tres sentencias dictadas en sede interna se desprende que las mismas analizan hechos contextuales, se basan en estereotipos y prejuicios étnicos negativos, realizan razonamientos que deslegitiman las reivindicaciones indígenas y las asocian con acciones en las que asume una finalidad terrorista, estableciendo así un nexo causal entre el origen étnico de los dirigentes mapuche y su participación en los delitos imputados. Por lo expuesto, los magistrados consideran que la Corte IDH debió declarar de manera independiente la violación del derecho a un juez imparcial.

En este punto la Corte indicó que la reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de la defensa de interrogar a los testigos, puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada. En el caso concreto, la Corte señaló que evaluaría si en los procesos de las referidas tres presuntas víctimas de este caso las medidas de reserva de identidad de testigos se adoptaron sujetas a control judicial, fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo. También indicó que, para efectuar tal evaluación, tendría en cuenta la incidencia que tuvo la medida en el derecho a la defensa del acusado, así como que tomaría en cuenta si en los casos concretos el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso. La Corte advirtió que, incluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada.

La Corte encontró que el control judicial de la reserva de identidad de testigos fue insuficiente ya que la resolución judicial que la dispuso no brindó criterios que razonablemente justificaran la necesidad de la medida fundándose en una situación de riesgo para los testigos. La Corte consideró que las medidas de contrapeso implementadas fueron adecuadas para salvaguardar el derecho de la defensa a interrogar testigos. En lo tocante al punto de vital importancia de si las condenas estuvieron fundadas únicamente o en grado decisivo en dichas declaraciones, el Tribunal encontró diferencias entre cada uno de los condenados. En una de las condenas no se utilizó la declaración de testigos de identidad reservada para fundamentar la declaratoria de responsabilidad, razón por la cual la ausencia de un efectivo control judicial no conllevó una violación de la garantía prevista en el artículo 8.2.f de la Convención. Por el contrario, en otra condena que estuvo fundada en grado decisivo en la declaración de un testigo de identidad reservada, la Corte concluyó que ello constituyó una violación del derecho de la defensa a interrogar testigos.

Similar resultado surgió en otro de los procesos donde se concluyó de forma “suficiente” sobre la participación de una víctima en los hechos por los que fue condenado; fueron cuatro declaraciones testimoniales, tres de ellas rendidas por testigos con reserva de identidad, a las que no tuvo acceso su defensa. Ello significó que se asignó a las declaraciones de testigos con identidad reservada un peso decisivo que es inadmisibles, lo cual violaba su derecho a la defensa.

Por otra parte, respecto del derecho de recurrir del fallo penal condenatorio ante juez o tribunal superior en relación con sentencias penales de condena, la Corte reiteró su jurisprudencia en el sentido en que el derecho protegido en el artículo

8.2.h de la Convención está asociado a un recurso ordinario, accesible y eficaz, que permite un examen o revisión integral del fallo recurrido y que está al alcance de toda persona condenada y respeta las garantías procesales mínimas:

**Recurso ordinario:** el derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona<sup>16</sup>.

**Recurso accesible:** su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho<sup>17</sup>. Las formalidades requeridas para su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente<sup>18</sup>.

**Recurso eficaz:** no basta con la existencia formal del recurso, sino que este debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido<sup>19</sup>. Independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea<sup>20</sup>. Este requisito está íntimamente vinculado con el siguiente.

**Recurso que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido:** debe asegurar la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida<sup>21</sup>. Por lo tanto, debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria<sup>22</sup>. De tal modo se podrá obtener la doble conformidad judicial, pues la revisión íntegra del fallo condenatorio permite confirmar el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, al paso que brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado<sup>23</sup>.

**Recurso al alcance de toda persona condenada:** el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado,

<sup>16</sup> Cfr. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 158, y Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, párr. 85.

<sup>17</sup> Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párr. 164, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, párr. 55.

<sup>18</sup> Cfr. Caso Mohamed Vs. Argentina, párr. 99, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, párr. 86.

<sup>19</sup> Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párr. 161, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, párr. 52.

<sup>20</sup> Cfr. Caso Mohamed Vs. Argentina, párr. 100, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, párr. 86.

<sup>21</sup> Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párr. 165, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, párr. 56.

<sup>22</sup> Cfr. Caso Mohamed Vs. Argentina, párr. 100, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, párr. 86.

<sup>23</sup> Cfr. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, párr. 89, y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, párr. 49.

ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Debe ser garantizado inclusive frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria<sup>24</sup>.

Recurso que respete las garantías procesales mínimas: los regímenes recursivos deben respetar las garantías procesales mínimas que, con arreglo al artículo 8º de la Convención, resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral<sup>25</sup>.

Cabe resaltar que en el caso Herrera Ulloa, decidido en 2004, lo que existía era un juzgamiento en única instancia y acceso a un recurso de casación donde las causales solo permitían impugnar cuestiones relativas a la aplicación del derecho. Por el contrario, en el caso Mohamed había un proceso en el que hubo dos instancias, pero este había sido absuelto en la primera instancia, de manera que había que analizar si el derecho estaba satisfecho con la simple existencia de dos instancias o, por el contrario, la posibilidad de impugnar la condena y el alcance que esto último podría tener.

Al respecto, el artículo 8.2 de la Convención se refiere a toda persona “inculpada de delito” y no a persona condenada, lo cual en casos previos generó controversias respecto a si era posible contemplar excepciones a esta garantía. En Mohamed y Barreto la Corte señaló que una interpretación integral de la Convención exige entender esta garantía para todo condenado, puesto que esta facultad de defensa solo puede estar fundada en una condena, en una lógica muy similar a lo previsto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que alude a “toda persona declarada culpable de un delito”.

Por otra parte, en Mohamed, que se enmarcaba en procesos de tendencia inquisitiva, quedó claro que lo que implica la eficacia del recurso es la posibilidad de revisar cuestiones “fácticas, probatorias y jurídicas”. El caso Norín Catrimán introducía esta discusión en los procesos de tendencia acusatoria, donde surge el debate respecto a si un recurso que implique una sola instancia pueda cumplir con la garantía del artículo 8.2.h. El Estado alegaba que los principios de publicidad, oralidad e intermediación no permitían necesariamente que se revisen cuestiones relativas a la fijación de los hechos.

La Corte constató que en uno de los procesos bajo examen, en ninguna parte de la sentencia del tribunal superior constaba que se hubiera hecho un examen de los hechos del caso ni de las consideraciones jurídicas sobre tipicidad para verificar que las afirmaciones en que se había basado la sentencia recurrida estaban basadas en pruebas convincentes y en un análisis jurídico adecuado. Asimismo,

<sup>24</sup> Cfr. Caso Mohamed vs. Argentina, párr. 92, y Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, párr. 84.

<sup>25</sup> Cfr. Caso Mohamed vs. Argentina, párr. 101, y Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, párr. 87.

verificó que no se realizó un análisis de fondo para concluir que la sentencia condenatoria cumplía con las exigencias legales para dar probados los hechos ni sobre las razones de derecho que sustentaron la calificación jurídica de los mismos. La Corte sostuvo que la simple descripción de los argumentos ofrecidos por el tribunal inferior, sin que el tribunal superior que resuelve el recurso exponga un razonamiento propio que soporte lógicamente la parte resolutive de su decisión, implica que este no cumple con el requisito de eficacia del recurso protegido por el artículo 8.2.h de la Convención que asegura que sean resueltos los agravios o inconformidades expuestos por los recurrentes, esto es, que se tenga acceso efectivo al doble conforme.

En otro de los procesos el Tribunal consideró que, de los razonamientos expuestos por la Corte de Apelaciones de Temuco al resolver el recurso, surgía con claridad que no realizó un examen integral de la decisión recurrida, ya que no analizó todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas impugnadas en que se basaba la sentencia condenatoria, lo cual violaba el derecho a recurrir del fallo condenatorio.

De otro lado, respecto del derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia, un aspecto novedoso de este caso lo constituyó el señalar que la duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejercen liderazgo. La Corte consideró que las decisiones de adopción y mantenimiento de las medidas de prisión preventiva a que fueron sometidas las ocho víctimas de este caso no se ajustaron a los requisitos de la Convención Americana.

El Tribunal también determinó que Chile incurrió en violaciones al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y a los derechos políticos, debido a que, en las circunstancias del caso, las penas accesorias que restringían esos derechos fueron impuestas de forma contraria al principio de proporcionalidad de las penas y constituyeron una grave afectación de esos derechos. Dicha afectación fue particularmente grave en el caso de los señores Ancalaf Llaupe, Norín Catrimán y Pichún Paillalao, por su condición de líderes y dirigentes tradicionales de sus comunidades.

Asimismo, la Corte concluyó que el Estado violó el derecho a la protección a la familia en perjuicio del señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe al haberlo recluso en un centro penitenciario muy alejado del domicilio de su familia y al denegarle en forma arbitraria las reiteradas solicitudes de que se le trasladara a un centro penitenciario más cercano. En este punto, respecto a la protección a la familia de las personas privadas de libertad, un criterio relevante de esta sentencia es la afirmación de que las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la

familia, tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de la condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por tanto, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares.

Adicionalmente, la Corte resaltó que una de las dificultades en el mantenimiento de las relaciones entre las personas privadas de libertad y sus familiares puede ser la reclusión en centros penitenciarios extremadamente distantes de sus domicilios o de difícil acceso, resultando costoso y complicado para los familiares el realizar visitas periódicas, lo cual eventualmente podría constituir tanto una violación del derecho a la protección a la familia como de otros derechos, dependiendo de las particularidades de cada caso. En consecuencia, corresponde al Estado, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residen sus familiares. Y agregó que en el caso de personas indígenas privadas de libertad, la adopción de esta medida es especialmente importante dado el vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor (2010). Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos 2010*. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.
- Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.
- Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277
- Corte IDH. Caso Brewer Carías vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.
- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.



## “El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío”

### “The economical regime in the ancient roman model of marriage and the similarities or not with the one content in the spanish *Fuero del Baylío*”

Fecha de recepción: 14 de junio del 2015

Fecha de aceptación: 18 de julio del 2015

Antonio Silva Sánchez \*

#### RESUMEN

El presente trabajo trata de exponer, partiendo del concepto de matrimonio en el derecho romano, el requisito del consentimiento matrimonial ( *affectio maritalis* ) y del régimen económico matrimonial, su semejanza o no con el de comunidad universal de bienes que se recoge en el Fuero del Baylío extremeño (España). La importancia de la  *affectio maritalis*  se sustenta en este caso, en su falta, lo que produce la disolución matrimonial por divorcio, entrando en juego la división de los bienes matrimoniales.

**Palabras clave:** matrimonio, fuero, régimen económico matrimonial.

#### ABSTRACT

This work tries to be an exposition about the differences or similarities between the economic regime of marriage in Roma in contrast with the one recognized in the Fuero de Baylío. In order to reach a conclusion I start the work with the concept of marriage in Rome and the main requirement to have affects ( *affectio maritalis* ) because when it finishes, by divorce, starts the effects of the economic regime of the marriage as have to dissolve the common properties in force during it.



\* Profesor de Derecho Romano y Derecho Privado Comparado, Área de Derecho Romano, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Avda. Universidad s/n, 10003 Cáceres (España). Email: asilva@unex.es, Tel. 00 34 927257070 (ext. 75313).

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es fruto de mi intervención del día 28 de mayo de 2014 en el marco de las Jornadas celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (Cáceres, España) sobre el Fuero del Baylío, en la cual intervine con una conferencia titulada “*Los regímenes económico matrimoniales en el sistema jurídico de Roma. La comunidad universal de bienes*”. Es mi intención, por tanto, exponer el régimen económico matrimonial en Roma partiendo del concepto de matrimonio cuya esencia se basa sobre el consentimiento o  *affectio maritalis* de los cónyuges, así como el contenido del régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío, finalizando con alguna referencia a la similitud del régimen económico matrimonial romano planteada por algunos autores, como precedente del Fuero del Baylío.

## 2. CONCEPTO DE MATRIMONIO: LA IMPORTANCIA DE LA *AFFECTIO MARITALIS* Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN ROMA

### 2.1. Introducción

El matrimonio es una institución social con relevancia jurídica, que consiste en una permanente situación de convivencia de dos personas de diferente o igual sexo, con la voluntad de ser marido y mujer.

Para los romanos, esta voluntad permanente se manifiesta en el hecho mismo de la convivencia por lo que el matrimonio romano dura mientras exista la llamada  *affectio maritalis* y, faltando ésta, se disuelve el matrimonio, es decir, se produce el divorcio entendido como un final natural tras la desaparición de la  *affectio maritalis*<sup>1</sup>. Es, entonces, cuando entra en funcionamiento y cobra importancia, tanto en la antigüedad como hoy los diferentes efectos económicos según el régimen económico matrimonial establecido durante el matrimonio.

### 2.2. La *affectio maritalis*: desde Roma hasta la actualidad

Acaba de decirse unas líneas atrás, que la  *affectio maritalis* se constituye como el requisito subjetivo más importante a la hora de celebrar el matrimonio romano,

<sup>1</sup> D.35.1.15. “*Cui fuerit sub hac conditione legatum: “si in familia nupsisset”, videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit, nuptias enim non concubiuit, sed consensus facit*”. La mujer será considerada como tal en justo momento en el que es así tomada, independientemente de que se haya consumado el matrimonio, puesto que lo realmente importante que forma el matrimonio es el consentimiento. Esto mismo puede pasar al contrario, es decir, si marido y mujer han estado separados, pero teniéndose durante este tiempo por marido y mujer, seguirían considerándose como tal. D.24.1.32.13. “*Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant, quod scimus interdum et inter Consulares personas subsecutum, puto, donationes non valere, quia duraverint nuptiae, non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio; si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit*”.

si bien en sus primeras concepciones en el derecho arcaico eran los *paterfamilias*, hasta la época clásica, los que prestaban el consentimiento<sup>2</sup>.

La  *affectio maritalis* es una expresión latina que podemos traducir como “*afecto marital*” o “*afecto conyugal*”, o lo que es lo mismo, la situación de confianza y amor sobre la que ha de sustentarse el matrimonio y los sentimientos mutuos que ambos cónyuges se tienen. Es tal su importancia, que la ausencia de ésta conlleva automáticamente la disolución del matrimonio<sup>3</sup>. Debido a la importancia expuesta, la  *affectio maritalis*, perduraba incluso en el caso de que uno de los cónyuges perdiera la cordura y por lo tanto, su plena capacidad consensual, siempre que el otro cónyuge mantuviese su plena voluntad y consentimiento de permanecer unidos.

Ahora bien, es necesario matizar respecto de la diferencia conceptual entre consentimiento ( *consensus*) y  *affectio maritalis*.

Según Núñez Paz<sup>4</sup>, cuando se habla de consentimiento se hace referencia sobre todo a la juridicidad de la relación, mientras que la  *affectio* tiene una definición prevalentemente ética. Aún así, al ser el elemento psicológico lo realmente relevante, tanto el término  *consensus* como  *affectio* se usan de forma indistinta.

Por el contrario, en el derecho canónico, la  *affectio maritalis* o el consentimiento matrimonial produce un compromiso indisoluble entre los cónyuges, que solo se entenderá disuelto por causa de muerte de alguno de ellos, lo que supone una diferencia fundamental frente el derecho romano.

Aún así, el derecho matrimonial canónico entiende de igual modo el consentimiento como el centro de la institución matrimonial y dentro del Derecho Natural, siendo esencial su concurrencia para darlo por iniciado, pero no continuado ( *consensus continuus*<sup>5</sup>).

<sup>2</sup> D. 23.2.2: “*Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorimque in potestate sunt*”.

<sup>3</sup> Según J. Guillén, “*Gayo y Paulo indican que la esencia del divorcio radica en la separación de las voluntades; luego el matrimonio consiste en la unión del afecto y de la voluntad*”. D. 2.2 pr.: “*Diortium autem uel a diuersitate mentium dictum est*”. D. 23.2.3: “*Diortium non est, nisi uerum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit*”. Guillén, J. *Urbs Roma: vida y costumbres de los romanos. 1, La vida privada*, Salamanca, 1981, p. 138.

<sup>4</sup> Núñez Paz, M<sup>a</sup>. I., *Consentimiento Matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988.

<sup>5</sup> El Código de Derecho Canónico establece en su canon 1.057,1 y 2: “*El matrimonio lo produce el consentimiento de la partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ninguna potestad humana puede suplir*”. “*El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio*”. La declaración de voluntad entre los cónyuges se encuentra fortalecida por la obligatoria necesidad de que tal declaración se celebre ante un ministro de Dios y bajo la voluntad de éste, al igual que el resto de los sacramentos. De no ser así, el matrimonio carecería de efectos jurídicos. Por otro lado, según López y Navarro-Valls (López, M.-Navarro-Valls, R., *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, 2010, p. 166), el Código de Derecho Canónico establece una serie de requisitos del consentimiento: a) verdadero e interno, b) libre, c) deliberado, con plena consciencia del acto que se va a realizar, d) proporcionado al objeto

Actualmente no existe un único concepto de consentimiento o *affectio maritalis*, lo que supone, doctrinalmente hablando, que surjan dificultades a la hora de su estudio<sup>6</sup>.

De manera general y mayoritaria, se entiende la *affectio maritalis* como la relación sentimental que une a las parejas, es decir, esos sentimientos de amor y cariño sobre los que se celebró el matrimonio y aún perduran y que suponen la existencia de una base robusta que impide que el matrimonio se disuelva por las pequeñas y esporádicas disputas o conflictos de intereses que surgen a lo largo de la vida matrimonial.

Por otro lado, una parte de la doctrina entiende la *affectio* como un elemento espiritual que sirve como elemento definidor de la base matrimonial, es decir, entendemos la *affectio maritalis* como “*el elemento estructural, espiritual y principal del matrimonio*”.

La falta de *affectio maritalis* actúa también como elemento determinante para la disolución del matrimonio, pudiendo encontrarnos antes un divorcio en el que se alegue como causa la falta de *affectio*, además de otras causas, como pueden ser malos tratos, violación de los deberes conyugales etc.

O por el contrario, que se alegue como causa de divorcio la mera falta de la *affectio maritalis*, en virtud del derecho de los cónyuges de poner fin a la relación matrimonial basándose en su simple consentimiento, cuando sea voluntad de alguno de ellos proceder al divorcio.

Han sido muchas las sentencias –anteriores a la Ley 15/2005 de 8 de julio sobre separación y divorcio– que han dictaminado en contra de la alegación de la falta de la *affectio maritalis* como única causa de separación y divorcio, pero al ser un alegato fácil para acceder a la disolución del matrimonio, los llamados matrimonios express, empiezan a ser cada vez más frecuentes, donde no se tiene en cuenta que se aleguen otras causas concretas y será responsabilidad de los cónyuges sin

del matrimonio, e) intencionado, f) positivo, g) bilateral, h) mediante signo sensible que sea inequívoco, i) recibido por la Iglesia). Cumplidos estos requisitos, los cónyuges pueden manifestar su consentimiento, que hasta ese momento no tendrán relevancia jurídica alguna, siendo esencial para el matrimonio canónico que sea expresado exteriormente.

<sup>6</sup> La falta de la *affectio maritalis* es actualmente la principal causa de divorcio. Existe una extensa pluralidad de sentencias –anteriores a la Ley 15/2005, de 8 de julio sobre separación y divorcio– con calificaciones terminológicas diferentes. Algunos ejemplos de estas sentencias son: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 3 de mayo 1992, donde se dice que “*es criterio doctrinal consolidado que basta la mera desaparición de la affectio maritalis, abstracción hecha la de las causas motivadoras del deterioro de la convivencia conyugal*”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 29 abril 1994 recoge que “*el Código Civil no admite como causa de separación la renuncia unilateral de un cónyuge a la institución del matrimonio (...) si que por el contrario puede y debe admitirse como causa de separación legal, la desaparición de la affectio maritalis entre ambos cónyuges (...)*”.

<sup>7</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 25 marzo 1992, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 marzo, 1993.

objeto de investigación, pues permanecerán en su fuero interno y relación privada las causas que lo justifican<sup>8</sup>.

### 2.3. Concepto de matrimonio en Roma

Una vez establecida la importancia de la *affectio maritalis* ¿qué se entiende por matrimonio entonces en Roma?. Ante todo, decir que el término procede de *matris* y *munus*, entendiendo el significado de estas palabras latinas como carga o gravamen para la madre<sup>9</sup>.

*Modestino*, un jurista perteneciente a la época clásica romana, lo define en el *Digesto* diciendo:

*Las nupcias son unión del varón y la hembra, y consorcio de vida, comunicación del derecho divino y humano*<sup>10</sup>.

Pero tendrá especial relevancia y trascendencia social y para nuestro trabajo, otra definición de *Modestino*, donde viene a decirnos que el matrimonio está basado en la unión de un hombre y una mujer y la obligación de ambos de vivir en una sociedad indivisible:

*El matrimonio es la unión entre hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble*<sup>11</sup>.

De las definiciones vistas, extraemos dos ideas principales:

- 1º. Los efectos del matrimonio son una unión entre dos personas. En el caso de Roma, un hombre y una mujer.
- 2º. Existe una comunicación, consorcio, pacto o sociedad de vida que, en el caso del matrimonio cristiano resulta, en principio, indivisible o indisoluble, como

<sup>8</sup> Aceto, A., *Derecho de Familia*, Madrid, 2013, pp. 73 y ss.; Aceto, A.-Silva, A., “Essential aspects of marriage and divorce in Spain”, International scientific practical seminar about “family and social security law”, Kaunas University of Law and Economics, Kaunas, 2012, pp. 79-85; Aceto, A.-Silva, A., “The concept of marriage in the present Spanish legislation”, Material of the International scientific practical seminar, “Actualities of Modern Law International Context, Kaunas University of Law and Economics, Kaunas, 2013, pp. 54-60.

<sup>9</sup> Aunque, como veremos, el vocablo *matrimonium* que emplea *Modestino* sea el más extendido, los romanos otorgaron otros términos para referirse a esta institución según las diferentes épocas: *consortium, coniunctio, communicatio, nuptiae, societas, pactum, etc.* Sanna, M.V., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum, matrimonium iniustum*, Napoli, 2012. Di Marzo, F., “Lezioni su matrimonio”, *SDHI* 1 (1919). Lévy-Bruhl, H., “Les origines du mariage sine manu”, *TR* 14 (1936). Orestano, F., “La struttura giuridica del matrimonio romano”, *BIDR* 47 (1940); Aceto, A., *op. cit.*, pp. 45 y ss.; Petit, E., *Derecho Romano*, México, 2006, pp. 103 y ss.; Rascón, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, 4ª edición, Madrid, 2011, pp. 168 y ss.; Borkowski, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010, pp. 119 y 121 y ss.

<sup>10</sup> *D. 23.2.1: “Nuptia sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communication”.*

<sup>11</sup> *I.1.9.1: “Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudine vitae continens”.*

expresa *Modestino*. Con la llegada del Cristianismo, puede apreciarse que se produce un notable cambio ya que el matrimonio pasa a considerarse, ante todo, una institución indisoluble, cuyo fin primordial es la procreación.

Pero ¿en qué consiste ese consorcio, pacto o sociedad de vida? No cabe duda que el matrimonio no sólo significa una unión de tipo físico entre dos personas, sino que también conlleva o tiene otras repercusiones o efectos: a) por ejemplo, en relación con la procreación como hecho natural o fruto de esa unión. En este sentido, *Ulpiano*, considera al matrimonio como “*la unión del hombre y la mujer con la intención de considerarse como marido y mujer, procrear y educar a los hijos*”, b) pero también, en cuanto a los efectos económicos que puede suscitar una unión matrimonial. Es, en este apartado, por razones obvias, en el que me voy a centrar.

- 3º. El régimen de los bienes en el matrimonio romano, variará según se trate de un matrimonio realizado: a) a través de una *conventio in manum*, o b) un matrimonio *sine manu*:
  - a) En el primer caso, la regla general del Régimen de bienes estando la mujer in manu, será que se produce una absorción por parte del marido de los bienes que tenga la mujer; y si aquél está sometido a la *patria potestas* de otro, por parte de éste último. De tal modo que no existe sino un solo patrimonio. Debemos, sin embargo, distinguir: a') Si la *uxor in manu* había sido *filia*, su situación no variará, puesto que si bajo su *pater* no tenía capacidad patrimonial, tampoco la podía tener ahora; lo único que ocurre es que ha cambiado la titularidad del poder, que ahora reside en su marido, y si éste es *alieni iuris*, en el *pater* del que dependiere. b') Si la *uxor in manu* había sido *sui iuris*, pierde su capacidad patrimonial y su patrimonio y todo lo que adquiriese después será para el marido. Y siendo éste *alieni iuris*, para el *pater* de quien dependiere.
  - b) En el segundo supuesto planteado, es decir, en el caso del matrimonio *sine manu*, la regla general del régimen de bienes es que cada uno de los cónyuges continúa manteniendo la situación patrimonial de que gozaba con anterioridad al matrimonio. Sin embargo, por la esencia comunitaria del matrimonio, el hombre mantendrá a su mujer en lo que ésta necesitare y, resultará usual que la mujer confíe a su marido la administración de su patrimonio (*bienes parafernales* -este tipo de “*dote accesoria*” corresponde en propiedad a la mujer, y si bien es administrada por el marido, éste debe restituirla una vez disuelto el matrimonio. Estos bienes parafernales estaban constituidos generalmente por muebles, joyas, vestidos y utensilios domésticos; si bien en algunos textos justinianos también se habla de bienes tales como *praedia* y créditos. Por último, en cuanto a la devolución de los bienes, ésta se llevará a cabo una vez disuelto el matrimonio- o *extra dotales* -dote o *dos*, consiste en una cantidad determinada de bienes que la

mujer, o un tercero, entregan al marido para cooperar en el mantenimiento de las cargas del matrimonio. Además de ésto, parece también haber tenido una función protectora de la mujer una vez disuelto el matrimonio, de manera que se pudiera encontrar con bienes para enfrentar la vida posterior. Hemos de decir, que en relación a la dote, no va a tener importancia la diferencia entre matrimonio *cum manu* y *sine manu*. En los primeros tiempos, el marido (o su *pater*) podía disponer libremente de los bienes dotales, porque se entendía que el objetivo de su establecimiento eran, como hemos dicho, las cargas del matrimonio. En una segunda etapa, se pondrá de relieve que, si bien están en poder del marido, son en realidad de la mujer<sup>12</sup>-) si bien con un inventario que permitirá la restitución de los mismos en el caso de la disolución del matrimonio (junto a los bienes procedentes de donaciones<sup>13</sup>. Su utilidad y finalidad fueron fundamentalmente la de restablecer la igualdad entre los cónyuges y aumentar los recursos de la mujer a la disolución del matrimonio; y que tendrán un régimen similar al de la dote).

En resumen, en Roma cabe la existencia de dos situaciones diferentes en relación con el régimen económico matrimonial: a) una absorción de los bienes de la mujer por el patrimonio del marido, b) un régimen basado en la separación de bienes aunque los pertenecientes a la mujer los administre el marido.

### 3. CONCEPTO, CONTENIDO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL FUERO DEL BAYLÍO

#### 3.1. Concepto, ámbito de aplicación y origen

El Derecho de la alta Edad Media fue recogido parcialmente en textos de diversa naturaleza y contenido que reciben la genérica denominación de *fueros*<sup>14</sup>. La palabra *fuego* procede del vocablo latino *forum*<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Una *Lex Iulia de Fundo Dotali* estableció la prohibición de enajenar por parte del marido, los inmuebles itálicos dados en dote, sin el consentimiento de la mujer. En la etapa justiniana, si bien el marido continúa con la aprehensión de los bienes, se trata ya de un mero usufructo sobre ellos, siendo la nuda propiedad de la mujer, y pasando dicha propiedad a los hijos en caso de muerte de la mujer, quedando al marido un usufructo cualificado.

<sup>13</sup> Se entiende por donación aquél “*acto de liberalidad por el que el donante (donator) se despoja voluntariamente de una cosa o cantidad de dinero en provecho de otra persona (donatario) que la acepta*”. Cabe plantear en Roma, en referencia al matrimonio, dos tipos: 1. Donaciones durante el matrimonio; la regla general es que toda donación efectuada entre marido y mujer es nula. Evitándose así que uno de los cónyuges se aproveche de la generosidad del otro. No considerándose como donación el regalo de pequeños obsequios, ni los actos que no proporcionan enriquecimiento en sentido estricto. 2. Donaciones antes del matrimonio; llamada antes de Justiniano *ante nuptias*, estaba integrada por los bienes que el futuro marido regalaba a la futura mujer antes de las nupcias e incluso durante el matrimonio (época de Justiniano), lo cual, lógicamente, constituía una excepción a la prohibición vista anteriormente.

<sup>14</sup> *Partida I, título 2º*.

<sup>15</sup> Plaza o mercado donde se reúnen los hombres a comprar y vender sus cosas.

En unos casos con dicho término se hacía referencia a uno o varios privilegios concretos que caracterizan a una comunidad determinada frente a las restantes, al derogar para ella algunos puntos particulares del Derecho general de la tierra.

Otras veces significaba el Derecho entendido en su totalidad como conjunto de normas, con independencia de que las haya establecido la autoridad legislativa o se hayan formado por vía consuetudinaria<sup>16</sup>; es decir, la costumbre seguida y continuada por largo tiempo sin oposición de la autoridad.

El ámbito de aplicación territorial del *Fuero del Baylío*, pese a la diversidad de conjeturas expuestas por algunos autores, se puede decir que afectaría a una comarca de Extremadura, en concreto, de la provincia de Badajoz y englobaría localidades como la villa de Alburquerque, Jerez de Badajoz<sup>17</sup> y Olivenza, principalmente<sup>18</sup>.

La palabra *baylío* o *bayle* hace referencia a la autoridad que rige la *baylía* o *bayliato*, circunscripción de carácter local que comprende una villa o lugar y su término.

Para Román<sup>19</sup>, "*el Fuero del Baylío es un fuero municipal que surge en territorio sometido al Derecho común de Castilla y posteriormente al Código civil*". Por otro lado, según Cerro<sup>20</sup>, "*se trata de una costumbre que dada la imposibilidad de encontrar textos originales ni copia auténtica del mismo, no puede determinarse su procedencia*". Por último, para Albaladejo<sup>21</sup> "*el Fuero del Baylío sería un Derecho foral extremeño, entendiéndose por tal aquella recopilación de costumbres o normas de aplicación en un territorio cualquiera con contenido distinto al Derecho común*". Sin embargo, no parece acertada la postura de Minguijón<sup>22</sup> de incluir en el listado ofrecido a Fregenal de la Sierra, frente a opiniones como la de Cerro, para quien el error se debe a que en este pueblo no llegó a regir mientras que sí lo hizo en pueblos pertenecientes al partido judicial que aquél encabeza.

En resumen, puede concluirse que se conoce con el nombre de Fuero del Baylío aquel "*conjunto de normas o costumbres relativas a una materia concreta que rige parcialmente en el noroeste y, básicamente, todo el suroeste de la provincia de Badajoz*".

<sup>16</sup> Gacto, E., *El derecho histórico de los pueblos de España*, 4ª edición, Madrid, 1994, p. 207.

<sup>17</sup> En la actualidad, Jerez de los Caballeros.

<sup>18</sup> Domingo de Morató, D.R., *Estudios de ampliación de la historia de los códigos españoles y de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, 2ª edición, Valladolid, 1871; Castán, J., *Derecho Civil Español Común Foral*, Tomo I, vol. 1º Madrid, 2005, p. 311. Amplía esta relación a pueblos como Valencia del Ventoso, Burguillos Valencia de Burguillos, e incluso otros como Castán y Diez-Picazo incluyen Ceuta en dicha enumeración. Castán, J., *op. cit.*, pp. 310-311; Diez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, vol. 1º, 10ª edición, Madrid, 2001, p. 103.

<sup>19</sup> Román, A., "*Régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío*", *AFD 8 (1990)*, p. 439; Domingo de Morató, D.R., *op. cit.*

<sup>20</sup> Cerro, E., *Investigaciones sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, 1974, p. 55.

<sup>21</sup> Castán, J., *op. cit.*, p. 311

<sup>22</sup> Minguijón, S., "*El Fuero del Baylío*", Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo X, Barcelona, 1960, pp. 301 y ss; Cerro, E., *op. cit.*, p. 14.

Pese que el objeto del trabajo se centra en el régimen económico matrimonial, debe comentarse, brevemente, las diversas teorías suscitadas sobre su origen, como aquellas que hablan de su supuesto origen portugués<sup>23</sup>, celtibérico<sup>24</sup>, franco-borgoñón<sup>25</sup>, germánico<sup>26</sup> y, finalmente, de la posibilidad de haber sido introducido por la orden de los Templarios<sup>27</sup>.

De las diferentes hipótesis relativas a su origen –no siendo ninguna definitiva– las más seguidas son la que propugna que lo introdujeron los Templarios y la que se inclina por su procedencia germánica. Sin embargo, frente a ellas, es de destacar, a mi juicio, la que sitúa la procedencia del *Fuero* en Portugal y ello por varias razones ya que en la *carta de a metade* se recoge el régimen de sociedad de gananciales como régimen económico matrimonial<sup>28</sup> al igual que en el *Fuero del Baylío*<sup>29</sup> de manera que, sin el mutuo consentimiento de ambos, no podrán enajenarse dichos bienes<sup>30</sup>. Además, el ámbito geográfico de aplicación del *Fuero* no puede entenderse sin la existencia de un área específica de territorio portugués que sirva de vínculo de unión entre las zonas extremeñas afectadas por el *Fuero*<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> De Ureña, cree que esta costumbre proviene de la *Carta de a Metade* (Libro IV, Título XII de las *Ordenações Alfonsinas* de 1446) en la que se recoge un régimen económico de comunidad de bienes. De Ureña, R., “*Derecho foral*”, *EJE X*/p. 146.

<sup>24</sup> Martínez, expone una tesis en la que llega a la conclusión de que la comunidad conyugal era practicada por los celtiberos, régimen que se sigue en el *Fuero del Baylío*. Martínez, M., “*El Fuero del Baylío*”, *RCDI 1925*, pp. 213 y 353.

<sup>25</sup> “*La comunidad universal de Portugal y zona del Baylío tienen el sello franco-borgoñón...*” “...ha surgido trasplantado de otro país por la acción de influencias externas al recibir lo que mucho antes había florecido en la Francia del Norte y Noroeste...”. Madrid del Cacho, fundamenta así el origen franco del *Fuero del Baylío*. Cerro, E., *op. cit.*, p. 52.

<sup>26</sup> Tal es la tesis que defiende Cerro apoyándose en autores como García y Martínez, para quienes, dado que el *Fuero del Baylío* trata de la comunidad de bienes como régimen económico matrimonial y dicho régimen no se hallaba en el Derecho romano, lo más probable es que se encontrara en el Derecho germánico. Cerro, E., *op. cit.*, p. 55; Benavente, P., *Naturaleza de la sociedad de gananciales legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993, p. 35; De Diego, C., *Instituciones de derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1959, pp. 485 y ss.

<sup>27</sup> Hipótesis aceptada por autores como Román, A., *op. cit.*, p. 446; Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *op. cit.*, p. 103.

<sup>28</sup> *Ley de metade* (Libro III. 46): “*Todos os casamentos feitos em nossos Reinos é senhorios se entendem seven feitos po Carta de metade salvo quando entre as partes outra causa for acordada é contractada*”; (Libro IV, 48): “*Mandamos que o marido ndo possa vender neto alhear bems algunos de raiz sera procuração o expresso consentimento de sua muhlier; neto bems em que cada un de elles tenha o uso e fructo semente que sejião casado por carta de metade según do costume do Reino, que por lote e arras, o cual consentimento se não podera probar se não por escritura publica, e facendo lo contrario, habenda o alheação seja nenhuma sem effeito algum...*”.

<sup>29</sup> Artículo 1117 del Código civil portugués.

<sup>30</sup> Artículos 1118 y 1119 del Código civil portugués. Sistema que puesto en conexión con el artículo 1108 del Código civil portugués constituye por mero casamiento entre los cónyuges, la comunión de todos sus bienes presentes y futuros y, como consecuencia de ello, el dominio y posesión de dichos bienes por los dos cónyuges.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, no puede entenderse el vacío geográfico existente entre Alburquerque o La Codosera con respecto a Olivenza, no rigiendo el *Fuero del Baylío* en Badajoz, Almendralejo o Mérida sin la existencia del nexo portugués. A finales del siglo XIII, reinando en Portugal D. Dionisio, Olivenza pasó a pertenecer a Portugal. Desde entonces la población se regía por las leyes portuguesas y, por tanto, si de antemano no se hallaba comprendida entre las zonas que disfrutaban del *Fuero del Baylío*, por el hecho de anexionarse a Portugal quedó sujeta a la *Ley de a metade*. El fundador de la villa de Alburquerque, D. Alfonso Téllez, de familia portuguesa –yerno de Sancho II, rey de Portugal–, concedió a dicha villa el *Fuero del Baylío* tal y como se recoge en diversas cédulas y resoluciones de la época de Carlos III.

En definitiva el Fuero del Baylío es una costumbre no recogida en texto alguno pero practicada desde tiempo inmemorial –lo cual se confirma por documentos matrimoniales de las diversas localidades, manifestaciones de autores regnícolas y escrituras particionales que se conservan– en una amplia zona pacense que abarca diferentes villas y localidades en ocasiones alejadas entre sí, cuya única conexión posible, geográficamente hablando, es a través del territorio portugués; razones que llevan a determinar la indudable procedencia portuguesa del Fuero del Baylío.

### 3.2. Vigencia, contenido y régimen económico del Fuero del Baylío

En cuanto a la vigencia y confirmación del Fuero, En lo que respecta a su confirmación, pese a no haberse encontrado *diploma o documento* llamado *Fuero del Baylío* éste puede ser confirmado tanto de forma expresa como tácita por determinadas leyes<sup>32</sup> y recopilaciones de los siglos XVIII y XIX. Así, la Pragmática de Carlos IV recoge:

*...habiéndose observado en dicha villa (Alburquerque) de tiempo inmemorial el Fuero nominado del Baylío... y observándose el mismo Fuero en la ciudad de Jerez de los Caballeros y pueblos de su comarca todas las particiones que hasta ahora se habían efectuado en dicha villa habían sido conforme al referido Fuero... por regla general se expone la observancia de tal Fuero...<sup>33</sup>.*

Más tarde, la *Novísima Recopilación (Libro 1.12)* establece:

*...aprueba la observancia del Fuero denominado del Baylío...y mando, que todos los tribunales de estos mis reynos se arreglen á el para la decisión de los pleytos... en la citada villa de Alburquerque, Ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora...*

Por último, la Ley de 11 de octubre de 1820 sobre Vinculaciones, dispuso en su artículo 6º:

*Así... se declara que en las provincias o pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicación en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedan sujetos a ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados...*

Por otra parte, en lo referente a su vigencia, la doctrina está dividida, hallándose algunos autores a favor de la consideración del *Fuero del Baylío* como derecho

<sup>32</sup> Fernández, J., “Fuero del Baylío”, *RE* 8 (1906), pp. 195-196.

<sup>33</sup> Novísima Recopilación, Ley X, Título IV, Ley 12, promulgada el 15 de julio de 1805. Acedo, a., “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho Civil Tradicional vigente en extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *AFD* 25 (2007), p. 113.

vigente<sup>34</sup> y otros en contra<sup>35</sup>. Estos últimos, se apoyaron para fundamentar su posición en la disposición final derogatoria del artículo 1976 del Código civil que dice:

*Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de Derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que este Código se declaran subsistentes.*

Del mismo modo afirman la vigencia del *Fuero del Baylío* varias sentencias del Tribunal Supremo<sup>36</sup> emitidas en este sentido, así como una sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres y diversas resoluciones dictadas por la Dirección General del Registro y del Notariado<sup>37</sup>.

En conclusión, cabe afirmar que, pese a obstáculos como el de la disposición final derogatoria del artículo 1976 del Código civil, el *Fuero del Baylío* sigue vigente creyendo acertada la opinión de la mayoría de la doctrina (Lacruz, Díez-Picazo, Cerro, Román, etc), la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo y otras sentencias y resoluciones emitidas en este sentido.

### 3.3. Régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío

La posición de la doctrina se encuentra dividida ante el régimen económico que se recoge en el Fuero del Baylío. En este sentido, algunos autores han

<sup>34</sup> Línea en que se encuentran, al menos, en un primer momento, autores como De Ureña y Castán.

<sup>35</sup> Lacruz, Espín, Sánchez, De Diego, Valverde y Román entre otros muchos que consideran vigente el *Fuero del Baylío* pese a la disposición final derogatoria citada, pues afirman que esa disposición puesta en conexión con el artículo 3.2 Cc, lo que hace precisamente es ratificar su vigencia. El citado artículo dispone: “En lo demás y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales”. Castán, J., *op. cit.*, pp. 310 y ss. En una situación intermedia cabe encontrar a Barrachina y Batlle, a los que se sumó más tarde Castán. Sin embargo, Román los va a considerar contrarios a la vigencia del *Fuero del Baylío*. Batlle, M., “Sobre la determinación del régimen matrimonial de bienes en el caso de diversa regionalidad de los esposos”, *RDP 19 (1932-1933)*, pp. 255 y ss; Román, A., *op. cit.*, p. 439 y ss.

<sup>36</sup> Sentencia de 30 de junio de 1869 (se hace referencia a la vigencia del *Fuero del Baylío* al decir que éste no debe confundirse con el de Vicedo o Evicedo vigente en la villa de Laredo). Sentencia de 8 de febrero de 1892 (acerca del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales como el recogido en el *Fuero del Baylío* y donde se establece tal *Fuero* como vigente en el territorio de Albuquerque, Jerez de los Caballeros y alrededores). Sentencia de 28 de enero de 1896 (aplicación incidental del *Fuero del Baylío*). Sentencia de 2 de noviembre de 1989, en la que se considera vigente el *Fuero del Baylío* en Valencia del Ventoso, lo cual no es contrario a la igualdad de los cónyuges. Además existen varias sentencias de Juzgados de primera instancia del partido judicial donde está vigente el *Fuero del Baylío*.

<sup>37</sup> Resolución de 19 de agosto de 1914 y de 10 de agosto de 1939 (reconocen la existencia y vigencia del *Fuero del Baylío* y se pronuncia sobre su contenido). Resolución de 10 de noviembre de 1926 (se refuerza la vigencia del *Fuero del Baylío* al citar algunos artículos del Código civil –arts. 9, 10 y 11– aplicables para la resolución de las cuestiones que surjan en la determinación de las personas a las que alcance el *Fuero*). Resolución de 9 de enero de 1946 (orientada a corroborar la vigencia del *Fuero*).

considerado que en determinados textos romanos contenidos en el *Digesto*<sup>38</sup> ya se hacían referencias sobre un sistema de comunidad convencional entre los cónyuges.

En este sentido, se suele citar la ya recogida definición de matrimonio de *Modes-tino*<sup>39</sup> que entendía por tal la “*unión del varón y de la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano*”.

En cualquier caso, esta teoría no es aceptable porque en Roma sí existió tal comunicación –llamada fusión de bienes– pero únicamente en función de un sometimiento a un poder (*patria potestas*) ejercido por el jefe de familia (*pater*) de manera que es éste quien tiene bajo su autoridad la masa patrimonial de los bienes que la mujer aporta al matrimonio y la administración de los bienes para-fernales<sup>40</sup>. Más acertado sería el origen de la sociedad de gananciales basado en la comunidad germánica, tal y como expone De Diego<sup>41</sup>.

Posteriormente, este sistema se recogerá en el *Fuero Juzgo*<sup>42</sup>, *Fuero Real*<sup>43</sup>, *Leyes de Estilo*<sup>44</sup> y *Leyes de Toro*<sup>45</sup>, dando paso al texto contenido en el *Fuero del Baylío* sobre el régimen económico matrimonial, cabe exponer que el Alcaide Mayor y Gobernador interino de la ciudad de Jerez de los Caballeros con fecha de 25 de febrero de 778 dice:

*... se comunican los bienes; y por disolución del matrimonio por muerte de alguno se parten igualmente los bienes ya sean traídos al matrimonio por ambos, o por cualquier de los dos o adquiridos durante él.*

También en este mismo sentido ha de recogerse la opinión que expresa el Alcaide Mayor de Alburquerque (21 de marzo de 1778) que dice:

*cada uno de los cónyuges adquiere el dominio en la mitad de todos los bienes indistintamente y de montón.*

<sup>38</sup> D. 24.1.32.24: “*Si inter vium et uxorem societas donationis cusa contracta sit, iure vulgato nulla est (...)* quae tamen in commune tenuerunt, fine praestituto revocanda non sunt...”; D. 24.3.17.1; D. 34.1.16.3: “*Qui societatem omnium bonorum suorum quum uxore sua per annus amplius quadraginta habuit...*”.

<sup>39</sup> D. 23.2.1.

<sup>40</sup> Prueba de ello es que, en los casos de insolvencia económica del *pater*, se le embargaba el patrimonio en su conjunto sin hacer distinciones entre los bienes que en él se hallaban si bien, dejando al margen los bienes para-fernales de la mujer equivalentes a los hoy llamados privativos, es decir, que le pertenecían antes de contraer matrimonio. Silva, A., “*En torno al ordo iudiciorum privatorum*”, *AFD 12-13 (1994/95)*, pp. 499-500; Silva, A., “*Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el derecho romano*”, *AFD 22 (2004)*.

<sup>41</sup> De Diego, C., *op. cit.*, p. 486; Benavente, P., *op. cit.*, pp. 35 y ss.

<sup>42</sup> *Libro II.2.17.*

<sup>43</sup> *Libro III.3.1.*

<sup>44</sup> *Leyes 202, 205, 206 y 207.*

<sup>45</sup> *Leyes 16 y 53.*

Igualmente la Pragmática de Carlos III declara:

*...habiéndose observado en dicha villa (Albuquerque) de tiempo inmemorial el Fuero denominado del Baylío, conforme al cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieran por cualquier causa, se comunican y sujetan a partición como gananciales<sup>46</sup> ...;*

Igualmente dividida se encuentra la doctrina entre los partidarios del régimen constitutivo del *Fuero* y el régimen liquidatorio del mismo. Así, entre quienes postulan que se trata de un modelo de constitución de sociedad de gananciales cabe citar a García de Gregorio<sup>47</sup> para quien “...*todos los bienes que los casados aportan al matrimonio o adquieren por cualquier título se comunican y sujetan a partición como gananciales*”.

Por su parte, Escosura, en un informe publicado el 10 de abril de 1888 como contestación a una consulta del Registrador de Olivenza, expone:

*Al hablar el Fuero del Baylío de que los bienes se sujetan a partición como gananciales indica claramente que es sólo para los efectos de disolución del matrimonio (...) en (...) cuyo momento deberán equipararse a aquéllos; pero hasta que ese momento llegue, los bienes que los casados lleven al matrimonio (...) se comunican (...) se hacen (...) de la sociedad conyugal.*

En esta misma línea se situarían Díez-Picazo y Gullón<sup>48</sup> que respecto al régimen del *Fuero del Baylío* dicen que “...*contiene en materia de derecho privado una única institución que es la comunidad universal de bienes del matrimonio (entendida desde que se contrae el mismo)*”.

Sin embargo, otros autores creen que el contenido del *Fuero* hace referencia a un sistema de liquidación del régimen económico matrimonial. Así, Villareal<sup>49</sup> dice:

*En la fecha de disolución del matrimonio (...) los bienes (...) se comunican y sujetan a partición como gananciales, mezclándose en una comunidad que (...) produce la confusión de derechos, habiendo desaparecido el derecho de los partícipes, a cosas determinadas y concretas por un derecho proindiviso o de cuota.*

<sup>46</sup> De 20 de diciembre de 1778, que ya hace referencia a su “*carácter inmemorial*”. Acedo, A., “*El Fuero del Baylío*”, *cit.*, p. 114. Texto recogido en parte por la ya citada Ley de Vinculaciones, ley de 11 de octubre de 1820 emitida con la finalidad de suprimir mayorazgos, fideicomisos y vinculaciones y que dispone: “*Provincias o pueblos en que por fueros particulares se haya establecido la comunicación en plena propiedad. Los bienes libres entre los cónyuges quedan sujetos a ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados de que como libres pueden disponer los poseedores actuales y que existan bajo su dominio cuando fallezcan*”.

<sup>47</sup> También otros autores como Gómez de la Serna y Montalbán. Cerro, E., *op. cit.*, pp. 108 y 109.

<sup>48</sup> Díez-Picazo, L.,-Gullón, A., *op. cit.*, p. 103.

<sup>49</sup> Cerro, E., *op. cit.*, p. 111.

Por último, también en este sentido se pronuncian Mahillo y Román<sup>50</sup>. Para el primero, “...el *Fuero del Baylío* establece una comunidad universal de bienes de la sociedad conyugal, en virtud de la cual los bienes que haya en ésta a su disolución se liquidan y reparten como gananciales”.

Román, matizando lo expuesto por Mahillo, concluye que

*el sistema regulado por el Fuero del Baylío es el de liquidación como régimen de comunidad de bienes, pues si el Fuero regulase un sistema constitutivo de comunidad de bienes, se daría una comunicación universal y absoluta de éstos entre los cónyuges al inicio del régimen que no dejaría margen al posible desarrollo de un sistema mixto. Sin embargo sí habría dicho margen si el sistema contemplado fuese el de liquidación, lo que permitiría una eventual evolución legislativa a partir de la normativa del Fuero.*

Llegados a este punto el problema que aquí se nos plantea es determinar si el *Fuero del Baylío* es un modelo de constitución de régimen económico matrimonial o de disolución del mismo. Resulta desde luego complicado dilucidar si el *Fuero* pertenece a uno u otro tipo, y más cuando ni la doctrina ni la jurisprudencia (que no es abundante) coinciden y se muestran tan distantes, e incluso cuando también dentro de una misma corriente doctrinal existe división entre los autores. Es por ello en dicho punto donde entra en juego la polémica.

No puede adoptarse una posición concreta con la seguridad de estar en lo cierto porque los textos disponibles en la actualidad son muy escasos, aunque parece adecuado adoptar una posición activa ante el problema, y así tras estudiar diferentes opiniones, textos, sentencias, resoluciones, etc., puede afirmarse que si bien es cierto que el contenido del privilegio consiste en un régimen absoluto y universal de bienes en el matrimonio, según el cual se fusiona en una masa patrimonial común todo el patrimonio aportado por cada cónyuge junto con todo el patrimonio adquirido por ambos con posterioridad a la celebración del matrimonio, igualmente cierto es que la comunidad absoluta de bienes que se establece en el *Fuero del Baylío* ha suscitado diferentes hipótesis acerca del momento en que ésta comienza a tener efectividad.

Desde el punto de vista histórico y considerando la práctica jurídica extremeña, cabe concluir que el *Fuero* objeto de estudio contiene un régimen constitutivo de comunidad universal de bienes a partir de las nupcias y que al llegar a su disolución deberán partirse los bienes en partes iguales.

Posición lógica –entre otros argumentos– porque si bien muchos textos recogen que los bienes se “*sujetan a partición como gananciales*” ninguno, salvo una sentencia del Tribunal Supremo de 1892, niega que exista comunicación antes

<sup>50</sup> Román, A., *op. cit.*, pp. 439 y ss.

de la liquidación del régimen. Sin embargo no cabe considerar que con ello se contravenga la jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque lo único que existe es una sentencia que no constituye jurisprudencia.

Del mismo modo, parece oportuno recoger positivamente el concepto de comunicación de bienes que propone Cerro quien considera que una comunicación patrimonial en el momento de la disolución del matrimonio no hace partícipe al cónyuge, desvirtuando el efecto real del *Fuero*.

#### 4. EFECTOS DEL FUERO DEL BAYLÍO EN RELACIÓN CON LOS BIENES MATRIMONIALES

Los efectos que pueden producirse son bien distintos dependiendo del enfoque que se conceda al contenido del *Fuero del Baylío* en cuanto a si es un modelo de constitución o de liquidación del régimen económico matrimonial. Como es sabido, los cónyuges han de establecer su régimen económico matrimonial en las capitulaciones<sup>51</sup> que podrán otorgarse antes o después del matrimonio<sup>52</sup>; si bien se establece en el Código el plazo de un año para otorgarlas en el caso de hacerse antes de la celebración del matrimonio de manera que, si en ese tiempo no se realizan las capitulaciones, quedan sin efecto<sup>53</sup>.

Por tanto, todo matrimonio habrá de inscribirse en el Registro Civil<sup>54</sup> y en él constarán las capitulaciones matrimoniales y cualquier modificación de las mismas. En el caso de que los cónyuges aporten al matrimonio bienes inmuebles –y siguiendo el criterio de la comunicación de éstos establecido en el *Fuero del Baylío*– se inscribirán en el Registro de la Propiedad<sup>55</sup>. Así, Escosura dice que “en los pueblos donde rija ese *Fuero* han de inscribirse los bienes que los cónyuges aporten a la sociedad, como propios de ambos, y si lo estuviesen a favor sólo de uno de ellos, se hará constar aquella circunstancia por medio de una nota marginal<sup>56</sup>”.

En el supuesto de considerar que el *Fuero del Baylío* regula únicamente lo relativo a la liquidación del régimen matrimonial y aceptando la hipótesis de Román de que, partiendo de este caso, podríamos desarrollar un modelo mixto de régimen económico matrimonial<sup>57</sup>, no haría falta ningún tipo de nota marginal en el

<sup>51</sup> Artículo 131 Cc: “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”.

<sup>52</sup> Artículo 1326 Cc: “Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio”.

<sup>53</sup> Artículo 1334 Cc: “Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año”.

<sup>54</sup> Artículo 1333 Cc.

<sup>55</sup> Artículo 1333 Cc.

<sup>56</sup> Art. 90 párrafo 2º RH.

<sup>57</sup> Basado en una separación de bienes constante matrimonio y comunicación de los mismos en el momento de la liquidación de dicho régimen.

Registro de la Propiedad, pues los bienes seguirían perteneciendo a los cónyuges separadamente como antes de contraer matrimonio.

Ello no es obstáculo para que se apliquen los artículos del Código civil referentes a las capitulaciones matrimoniales y su inscripción en el Registro civil.

Los efectos posteriores (administración y adquisición de los bienes matrimoniales) no presentan problema alguno desde la perspectiva de un régimen de comunicación absoluta de bienes por dos cuestiones: a) porque nada se dispone en el *Fuero del Baylío* en cuanto a la administración de los bienes aplicándose supletoriamente el Código civil y b) porque la reforma de la ley de 2 de mayo de 1975, la ley de 13 de mayo de 1983 y la Constitución española de 1978 en sus artículos 14 y 32, despejan la situación, dejando la administración de los bienes a cualquiera de ambos cónyuges<sup>58</sup> consagrando los principios de igualdad y libertad de los cónyuges en la gestión y administración de los bienes, desarrollados por la ley de 5 de octubre de 1990.

Tampoco habría problemas para considerarlo como un régimen económico matrimonial mixto, pues durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra su propio patrimonio libremente<sup>59</sup>.

Por la aplicación del *Fuero del Baylío* los bienes se hacen comunes comunicándose también las deudas anteriores que tenían pendientes pasando a cargo del patrimonio de la comunidad. A este respecto Kipp y Wolff consideran que

*el problema de la responsabilidad por las deudas de los cónyuges en el régimen de la comunidad universal de bienes, dentro del derecho español, ofrece dificultades graves (...) y salvo casos excepcionales de patrimonio exclusivo de los cónyuges<sup>60</sup> la comunidad será universal tanto del lado pasivo como activo, y, por ende, serán carga de ella todas las deudas que legalmente contraigan marido y mujer y las que hayan contraído antes del matrimonio<sup>61</sup>.*

Otro punto especialmente complicado es el relativo a las enajenaciones voluntarias<sup>62</sup> y forzosas por los cónyuges. En cuanto a las primeras, existieron históricamente dos posiciones encontradas: la que sostiene que puede disponer por sí sólo el marido, encabezada por Carvalho, posición sin sentido tras el reconocimiento

<sup>58</sup> Con las limitaciones establecidas en el Código civil del derecho de información por parte de ambos previsto en el artículo 1383 Cc.

<sup>59</sup> Art. 412 Cc, aunque también existen límites como, por ejemplo, el del artículo 1416 Cc: “Podrá pedir un cónyuge la terminación del régimen de participación cuando la irregular administración de otro comprometa gravemente sus intereses”.

<sup>60</sup> Que también se daría en el régimen mixto.

<sup>61</sup> De otro modo, el matrimonio sería una forma de burlar los derechos de los acreedores.

<sup>62</sup> Aquellas que tienen por objeto toda clase de bienes, excepto el dinero efectivo, que se pretende salgan del patrimonio comunitario por cualquier clase de contratos típicos o atípicos.

de la igualdad de derechos de los cónyuges en la Constitución de 1978 y la posterior reforma del Código civil de 1981, y la línea representada por la Redacción del Boletín oficial del Colegio Notarial de Cáceres (número 15 de febrero de 1880), que insertó una opinión razonada que estima más segura que concurren las mujeres de quienes procedan los bienes a los contratos que sobre ellos celebran sus maridos. En este sentido debe recordarse el artículo 1375 Cc que dispone que la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponden a los cónyuges en régimen de igualdad.

Esta es la postura más lógica ya que si desde el momento de las nupcias los bienes se comunican, éstos han de ser gravados y enajenados como bienes comunes y, por tanto, con la conformidad y concurrencia de ambos cónyuges<sup>63</sup>.

Por lo que respecta a las enajenaciones forzosas, desde que el Registro informa a terceros de que los bienes pertenecen a la comunidad foral, entra en juego la mecánica del condominio germánico y así, aunque el marido esté facultado para realizar actos de mera administración, se requerirá la intervención de ambos cónyuges para los de disposición y gravamen sobre inmuebles; sin que el patrimonio de la comunidad pueda ser objeto de apremio por responsabilidades civiles nacidas de delito o por las deudas personales de uno de los cónyuges. Únicamente podrá consignarse la traba correspondiente para su efectuación en el instante en que se produzca la disolución de la comunidad. Esto nos lleva a pensar que la comunicación de los bienes se realiza en el momento de la disolución del matrimonio, en perjuicio de los acreedores, que sólo podrían hacer efectivas las deudas sobre el patrimonio de la comunidad en el caso de disolución de la misma<sup>64</sup>. Por ello creemos más acertado considerar que tanto las deudas de cada cónyuge como las producidas en interés y para la sociedad conyugal, pueden asegurarse mediante embargo y ejecutarse sobre cualquiera de los bienes que el vínculo matrimonial había comunicado, transformándose en comunes.

Otro efecto importante es la partición que el *Fuero del Baylío* produce tal y como se plasma en la Pragmática de Carlos III y la Ley XII de la Novísima Recopilación: "*todos los bienes se sujetan a partición como gananciales*".

Pero para que se produzca esa partición es necesario que exista una previa disolución del régimen matrimonial. En tal sentido Kipp y Wolff consideran que la sociedad de gananciales se extingue por diversas causas: a) ministerio de la ley, b) en los casos de disolución por muerte de cualquiera de los cónyuges, a los que

<sup>63</sup> En el caso de que surgieran discrepancias entre los cónyuges y no se alcanzara finalmente un acuerdo entre ellos habrán de acudir al juez para solucionar la controversia.

<sup>64</sup> En el caso de que las deudas sean contraídas antes de celebrarse el matrimonio, los cónyuges responderán con sus bienes privativos (artículo 1373 Cc), con la limitación que a continuación en el mismo artículo se cita.

se equiparan los de declaración de fallecimiento del causante y las declaraciones de nulidad del matrimonio; c) a petición de alguno de los cónyuges, cuando se solicita la separación de bienes por causa de interdicción civil, ausencia o divorcio.

A las causas vistas podría añadirse el punto 4º del artículo 1392 Cc:

*"Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código" (en este caso la sociedad de gananciales).*

Finalmente, para completar las causas de disolución del matrimonio, ha de incluirse las recogidas en el artículo 1393 Cc.

Cerro<sup>65</sup> juzga evidente que las operaciones particionales deberían comprender tanto los bienes y derechos (art. 1397 Cc) del patrimonio matrimonial como las deudas que en el momento de la disolución del matrimonio pendieren a cargo de la comunidad foral (art 1398 Cc). Para ello, es necesaria la aplicación de los preceptos del Código civil referentes a los efectos de nulidad del matrimonio y separación de los cónyuges, dado el limitado contenido del *Fuero del Baylío* en lo relativo a este tema (arts. 1394 y 1395 Cc)<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Cerro, E., *op. cit.*, p. 162.

<sup>66</sup> Tomando como referencia el Código civil, una de las causas de disolución del régimen económico matrimonial es la muerte de uno de los cónyuges. Dicho acontecimiento provoca el nacimiento de unos derechos hereditarios para el cónyuge superviviente de diferente naturaleza: legítima viudal, cualidad de heredero o legatario, heredero *ab intestato*. El primer supuesto se fundamenta en el Fuero Juzgo, Las Partidas y algunos fueros municipales. Estos precedentes de nuestro derecho fueron conservados en Aragón y Navarra, mientras, por otra parte, se habían borrado por el desuso en la vida jurídica de Castilla, donde sus leyes estaban huérfanas de precepto alguno protector del viudo en la aflictiva situación en que podía quedar con el fallecimiento de su cónyuge. Castán añade: *"Los legisladores modernos se encontraron frente a la necesidad apremiante de arbitrar medios jurídicos con que favorecer la suerte del cónyuge viudo, decidiéndose por concederle una reserva o legítima como la que ya la tradición romana aseguraba a favor de otros íntimos allegados"*. Así, en el Código civil, artículo 834 se dice: *"El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurren a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora"*. Sin embargo, si no hubiere descendientes pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 Cc): *"no existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a usufructo de los dos tercios de la herencia"* (art. 838 Cc). El otro tercio iría a personas a quien el testador hubiere querido dejar bienes fuera del ámbito familiar. Por tanto, cabe considerar que el único *status* del cónyuge viudo sería el de legitimario y no heredero (salvo casos especiales). En este mismo sentido algunos autores opinan que habría que mantener la incompatibilidad entre cuota viudal y comunidad universal, en tal forma que la existencia de ésta excluya a aquélla y viceversa. Sería históricamente antagónico aplicar a la comunidad universal del *Fuero del Baylío* juntamente con el tercio de la herencia del premuerto, que otorga en usufructo al cónyuge viudo el artículo 834 Cc. Otros juristas consideran al cónyuge viudo como un heredero aunque rebajado de alguno de sus efectos normales.

Con respecto a la legítima, el *Fuero* no resuelve nada rigiendo, en los pueblos aforados, la legislación común. El cónyuge sobreviviente sujeto a dicho *Fuero* no tiene derecho a la legítima establecida para el mismo en el Código civil porque el *Fuero del Baylío* lo atiende en manera suficiente concediéndole la mitad del caudal relicto aunque no haya sido aportado en su integridad.

## 5. CONCLUSIONES

- 1º. El concepto romano de matrimonio encontrado en las fuentes, de época postclásica y de clara influencia del cristianismo, se apoya en los mismos requisitos que durante la edad media, esto es, en vigencia del llamado Fuero del Baylío, constituyéndose el consentimiento o *affectio maritalis* como un elemento esencial del mismo.
- 2º. No cabe duda de que el Fuero del Baylío, si bien resulta difícil precisar sus orígenes y en ocasiones hasta su ámbito de aplicación, es un texto con plena vigencia y consistente en un modelo de constitución de régimen económico matrimonial, si bien hay autores que lo ven más como un sistema de disolución del mismo. Dilucidar en este último caso una postura incuestionable resulta extremadamente difícil y más cuando ni la doctrina ni la jurisprudencia coinciden y se muestran tan distantes. Lo que sí puede afirmarse, tras estudiar las diferentes opiniones, textos, sentencias, resoluciones, etc., es que, si bien es consistente en un régimen absoluto y universal de bienes en el matrimonio, según el cual se fusiona en una masa patrimonial común todo el patrimonio aportado por cada cónyuge junto con todo el patrimonio adquirido por ambos con posterioridad a la celebración del matrimonio, igualmente cierto es que la comunidad absoluta de bienes que se establece en el *Fuero del Baylío* ha suscitado diferentes hipótesis acerca del momento en que ésta comienza a tener efectividad.
- 3º. En relación con la coincidencia entre el concepto romano de matrimonio y el recogido en el Fuero del Baylío, y sus requisitos y también a la referencia planteada por algunos autores en cuanto a si el régimen económico matrimonial romano es un precedente del regulado en el Fuero del Baylío, cabe decir que, suelen citarse algunos textos, más bien pocos, del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (*D. 24.1.32.24; D. 24.3.17.1 y D. 34.1.16.3*) para justificarlo, ya que en ellos parece que se recoge una comunidad universal de bienes. No debe olvidarse que tal hipótesis gira en torno a la concepción del Fuero como constitutivo del régimen económico matrimonial y no como liquidatorio (sobre lo que la doctrina incluso se encuentra dividida). Y también ha de tenerse en cuenta que la referencia a la *comunicación de derecho divino y humano* a que se suele aludir, es una referencia no a una comunicación de bienes de los esposos, sino a la conversión de un negocio civil a un sacramento que es como la Iglesia entiende el matrimonio ya en esa época. Esta posición se encuentra doblemente apoyada en los textos de *Modestino*, en donde, se habla de la indisolubilidad e indivisibilidad del vínculo matrimonial, que poco o nada tiene que ver con la regulación económica de los bienes en su concepción de matrimonio contenida en esos textos.
- 4º. A mi juicio, en realidad poco tiene que ver el derecho romano con el contenido del Fuero del Baylío como constitutivo del régimen económico matrimonial,

pues se trata de tan sólo de una referencia fundamentada simplemente en tres textos del *Digesto*, y sobre los que no cabe apoyar tal planteamiento pues en el derecho romano no se da tal comunicación de bienes, propia del fuero, sino una lógica absorción de los mismos debido al sometimiento a un poder paternal o *patria potestas* por parte de la mujer cuando ha contraído matrimonio *cum manu*.

- 5º. Por último y, para finalizar, hay que tener también en cuenta que todas las deudas de la mujer anteriores al matrimonio se extinguen, por la *capitis deminutio* que sufre la mujer cuando pasa a estar bajo la patria potestad del marido a través de la *manus*, lo que no ocurre en el caso de la comunidad de bienes que se recoge en el Fuero del Baylío ya que entran a formar parte de la misma.
- 6º. En el caso del Derecho romano sólo se absorben los activos, lo cual conlleva a que se produjeran situaciones de fraude de acreedores solucionadas, parcialmente, a través de la actividad del pretor que les concedía una *in integrum restitutio* por la que se tenía como no celebrada la *conventium in manu* en lo referente a los bienes de la mujer, de modo que los acreedores podían cobrarse en ello. Pero tampoco en este último caso estaríamos ante una situación semejante al Fuero del Baylío pues volveríamos a la situación de la separación de los bienes en el matrimonio como si se hubiera contraído *sine manu*.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acedo, A. (2007). "El Fuero del Baylío como expresión del Derecho Civil Tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa", *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 25, Universidad de Extramadura, pp. 107-125.
- Acedo, A. (2013). *Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson.
- Acedo, A.-Silva, A. (2012). "Essential aspects of marriage and divorce in Spain", Ponencia presentada en el seminario "Family and social security law", University of Law and Economics, Kaunas.
- Acedo, A-Silva, A. (2013). "The concept of marriage in the present Spanish legislation", memorias seminario "Family and social security law", University of Law and Economics, Kaunas.
- Batlle, M. (1932). "Sobre la determinación del régimen matrimonial de bienes en el caso de diversa regionalidad de los esposos", *Revista de Derecho Privado*, Tomo XIX, 1932. Zaragoza, pp. 252-258.
- Benavente, P. *Naturaleza de la sociedad de gananciales legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- Borkowski, A. (2010). *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, Oxford University Press.
- Castán, J. (2005). *Derecho Civil Español Común Foral*, Tomo I, vol. 1º, Madrid, Reus.
- Cerro, E. (1974). *Investigación sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, Edersa.
- De Diego, C. (1959). *Instituciones de derecho civil español*, Tomo II, Madrid, Reus.
- Domingo De Morató, D.R. (1871). *Estudios de ampliación de la historia de los códigos españoles y de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, 2ª edición, Valladolid.
- Domingo De Morató, D.R. (1877). *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, 2ª edición, tomo I, Valladolid, Imp. y Lib. Nacional y Extranjera de Hijos de Rodríguez.
- Díez-Picazo, L.-Gullón, A. (2001). *Sistema de derecho civil*, vol. 1º, 10ª edición, Madrid, Tecnos.
- Fernández, J. (1906). "Fuero del Baylío", *Revista de Extremadura* 8, Universidad de Extremadura.
- Gacto, E. (1994). *El Derecho histórico de los pueblos de España*, 8ª edición, Madrid, Agisa.

- Guillén, J. (1981). *Urbs Roma: vida y costumbres de los romanos*. Salamanca, Sígueme.
- Iglesias, J. (1998). *Derecho Romano*, 13ª edición, Barcelona, Ariel.
- Lacruz, J.L. (2001). *Derecho de sucesiones*, tomo V, Barcelona, Ariel.
- Lapieza, A. E. (1983). *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma.
- Lévy-Bruhl, H. (1936). “Les origines du mariage sine manu”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis No 14*, Kluwer Academic Publishers.
- López, M.-Navarro-Valls, R. (2010). *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, Tecnos.
- Martínez, M. (1925). “El Fuero del Baylío, residuo vigente del derecho celtibérico”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Valdivia, pp. 213-222.
- Marzo, Di, F. (1919). “*Lezioni su matrimonio*”, Palermo, SDHI.
- Minguijón, S. (1960). “*El Fuero del Baylío*”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X, Barcelona, Seix.
- Núñez Paz, María (1988). *Consentimiento Matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, Universidad de Salamanca.
- Orestano, F. (1940). “*La struttura giuridica del matrimonio romano*”, *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano 'Vittorio Scialoja' No 47*, Milano, dott A. Giuffrè editore
- Petit, E. (2006). *Derecho Romano*, México, UNAM.
- Rascón, C. (2011). *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, 4ª edición, Madrid, Tecnos.
- Román, A. (1990). “Régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 8. Universidad de Extremadura.
- Silva, A. (1994/95). “*En tomo al ordo iudiciorum privatorum*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura 12-13* (Universidad de Extremadura).
- Silva, A. (2004). “Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el derecho romano”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura 22*. Universidad de Extremadura.

## LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- ADC Anuario de Derecho Civil
- AFD Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (España)
- Cc. Código Civil Español de 1889
- D. Digesta Iustiniani Augusti (Corpus iuris civilis, vol. I, ed. Mommsen y Krüger), Berlín, 1954.
- EJE Enciclopedia Jurídica Española
- NEJ Nueva Enciclopedia Jurídica
- RH Reglamento Hipotecario Español
- RCDI Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
- RDP Revista de Derecho Privado
- RE Revista de Extremadura
- RH Reglamento Hipotecario Español



# Afectación del derecho al medio ambiente sano en la Comunidad de Condoto-Chocó por el otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales

## Effect of the right to a healthy environment in the community of Condoto-Chocó in the granting of mining titles to multinationals

*July Mariona Rivas Bustacara*<sup>\*</sup>  
*Angie Katerine Palomeque Serna*<sup>\*\*</sup>  
*Narda Leonor Berardinelli Caicedo*<sup>\*\*\*</sup>  
*Dra. Lisneider Hinestroza Cuesta*<sup>\*\*\*\*</sup>

---

Fecha de recepción: 4 de abril del 2014  
Fecha de aceptación: 26 de abril del 2014

---

### RESUMEN

La minería se ha convertido en Colombia en una de las principales fuentes de ingreso para la economía, pero su uso irracional ha ocasionado un detrimento al ambiente. En el municipio de Condoto, en el departamento del Chocó, se desarrolla la minería amparada, en algunos casos, por títulos otorgados a empresas multinacionales con el desconocimiento de los

derechos fundamentales de la comunidad. Entre estos, el derecho a gozar de un ambiente sano es vulnerado, porque no se adoptan las medidas necesarias para mitigar y compensar las afectaciones y daños causados al medio ambiente.

**Palabras clave:** vulneración, derechos colectivos, minería, concesión minera, multinacionales.

- 
- \* Estudiante de noveno semestre de Derecho y auxiliar de investigación en el Semillero de Investigación GIDSMA en la Universidad Tecnológica del Chocó, ex becaria Martín Luther King. [juli\\_marionna@hotmail.com](mailto:juli_marionna@hotmail.com)
- \*\* Estudiante de noveno semestre de Derecho y auxiliar de investigación en el Semillero de Investigación GIDSMA en la Universidad Tecnológica del Chocó, ex becaria Martín Luther King. [angiekt1993@hotmail.com](mailto:angiekt1993@hotmail.com)
- \*\*\* Joven investigadora del Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente en la Universidad Tecnológica del Chocó. [berardinellinarda@hotmail.com](mailto:berardinellinarda@hotmail.com)
- \*\*\*\* Líder del Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente en la Universidad Tecnológica del Chocó. [Lisneider@yahoo.es](mailto:Lisneider@yahoo.es)

## ABSTRACT

Mining in Colombia has become one of the main sources of income for the economy, but its irrational use has caused a detriment to the environment. In the municipality of Condoto in the department of Chocó, mining can be protected by titles that are granted to multinational corporations with no

knowledge of the fundamental rights of the community. Among these, the right to enjoy a healthy environment is violated, as the necessary measures to mitigate and compensate for damages to the environment are not adopted.

**Keywords:** violation, collective rights, mining, mining concession, multinationals.

## 1. INTRODUCCIÓN

El ambiente es un bien que le pertenece a todos los habitantes del planeta, el cual tenemos derecho de disfrutar, pero a su vez, el deber de cuidar, ya que su contaminación haría imposible el ejercicio de cualquier otro derecho, inclusive el de la vida.

*Colombia es uno de los países con más biodiversidad en el mundo y alberga a más del 10% de las especies de plantas y animales mundiales. Pero hoy día, el 40% del territorio colombiano está concesionado o solicitado por empresas multinacionales para realizar proyectos de extracción de minerales e hidrocarburos, lo cual refleja la intención del Gobierno colombiano de convertir el país en una potencia minera y que tiene consecuencias significativas para el ecosistema y las comunidades rurales (Peace Brigades International, 2011, 3).*

La Corte Constitucional de Colombia ha precisado

*que la conservación del ecosistema no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho de rango constitucional del que son titulares todos los seres humanos, en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud (2011, Sentencia T- 458 de 2011).*

La minería constituye la base de materias primas para la industria metalúrgica. Sin metales no podría subsistir ninguna rama de la economía de un país. La explotación de los yacimientos de minerales comporta una serie de etapas y procesos cuyo estudio, precisamente, constituye el objeto de la minería: excavación y entibado de las galerías subterráneas, transporte y elevación (extracción) de los minerales, ventilación y alumbrado de las galerías, trabajos de perforación y de voladuras, destape o acceso, métodos de explotación, etc. (Boríssov, Klókov & Gornovói, 1976, 5,6)

El deterioro ambiental generado por toda la actividad minera en el cuarto país con mayor biodiversidad del mundo ya es evidente. Para la extracción de minerales como el oro suelen utilizarse productos altamente tóxicos como el cianuro, que

contaminan la tierra y las fuentes hídricas de la zona, y por ende impide la vida de las comunidades habitantes. Sobre los proyectos mineros se ha advertido:

*[...] Además, para los proyectos mineros a gran escala, se hace necesario cambiar los cursos de los ríos y generalmente utilizan grandes explosiones con dinamita, que producen unos niveles de ruido de gran magnitud, que provocan que los animales al igual que las personas cambien su hábitat o incluso su comportamiento alimenticio y reproductivo. Igualmente, suele ser necesaria la construcción de infraestructuras precedidas por la deforestación del lugar (Peace Brigades International, 2011, 6-7).*

El territorio del municipio de Condoto, en el departamento del Chocó, se encuentra en riesgo por la explotación minera a cargo de las multinacionales existentes en la zona entre los años 2007-2011,

*donde se han incrementado los daños ambientales como consecuencia de la minería, con mayor afectación a las fuentes hídricas de la zona, contaminación del aire, producción de residuos sólidos y deforestación; incrementándose el desequilibrio ecológico que tan gravemente afronta la humanidad (2010, Sentencia T-1045 de 2010).*

En el siguiente artículo se presentan los resultados de la investigación realizada en el municipio de Condoto (Chocó), en el marco del proyecto *Estudio jurídico sobre la vulneración de derechos colectivos de las comunidades negras frente al otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales en la región del San Juan en el municipio de Condoto entre los años 2007-2011*, el cual fue cofinanciado por Colciencias y la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, para establecer si existe o no vulneración del derecho colectivo a un ambiente sano en el municipio, por el otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales. En la estructura de este artículo, se presentará en primera medida aspectos relacionados con el municipio de Condoto tales como localización, población, economía, etc., luego se estudiará sobre la actividad minera en dicho municipio donde se indicarán, además, las comunidades negras que hay en la zona, los títulos mineros y las empresas multinacionales; finalmente, se examinará la afectación del derecho a gozar de un medio ambiente sano.

## 2. METODOLOGÍA

El tipo de investigación utilizado es el descriptivo. Se trabajó sobre situaciones de hecho, y la característica fundamental de la investigación es presentar una interpretación objetiva (Tamayo, 2003, p. 46) y armonizada con las condiciones reales y actuales de los derechos colectivos de las comunidades negras, violados por el otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales dentro del territorio que por ley les pertenece a estas comunidades, en la región del San Juan municipio de Condoto (Chocó). El estudio se realizó a la luz de la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, de donde se tomaron los aportes teóricos más significativos sobre la violación de estos derechos.

La investigación se desarrolló en tres fases:

**Primera fase:** Revisión Bibliográfica. Proporcionó las nociones básicas sobre derechos colectivos, autoridades con potestad sancionatoria en el tema minero y salvaguarda del medio ambiente y los recursos naturales. También, el marco constitucional y legal de los derechos colectivos de las comunidades negras, titulación colectiva y minería en general; además de referencias jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre el tema. Por otro lado se indagó en los estudios realizados en el departamento del Chocó sobre la afectación al medio ambiente por la minería.

**Segunda fase:** Selección de la Muestra, Instrumentos y Técnicas de Recolección de la Información. Durante esta fase, y con la finalidad de identificar si las autoridades competentes en el tema de minería del departamento del Chocó iniciaron procesos de consulta previa o defensa de los derechos colectivos y el medio ambiente, en los que se involucrará el otorgamiento de títulos mineros a multinacionales. Se presentaron once derechos de petición dentro de los cuales están los dirigidos a la autoridad minera Agencia Nacional de Minería (oficios radicados: N° 2012-261-020733-2 y 2012-261-028474-2 del 13 de julio de 2012 y del 13 de septiembre de 2012); a la Defensoría del Pueblo, Regional Chocó (oficio radicado N° 5009-1.215 del 29 de junio de 2012); a la Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria (oficios radicados el 27/06/2012 6:30 pm); a la Procuraduría Regional Seccional Chocó (oficio radicado N° 2163 del 29 de julio de 2012); Alcaldía Municipal de Condoto (oficios enviados el 27 de junio de 2012 y reiterado el 28 de agosto de 2012); al Consejo Mayor Comunitario de Condoto (oficio enviado el 27 de junio de 2012); al INCODER (oficios radicados N° 52122100301 del 13 de agosto de 2012); a CODECHOCO (oficios radicados N° 2012-2-1874 del 29 de junio del 2012); a la autoridad minera Agencia Nacional Minera, seccional Quibdó (oficios radicados N° 20139120000272 del 11 de septiembre del 2013). En los derechos de petición se indagó sobre los listados de títulos y solicitudes vigentes existentes en el municipio de Condoto, que se encuentran de manera parcial o total sobre tierras de comunidades negras; sobre las funciones de las entidades frente al ejercicio de la actividad minera y a la protección de los derechos colectivos de las minorías étnicas en el Chocó; sobre el número de consultas previas realizadas como parte del cumplimiento de requisitos normativos para el otorgamiento de títulos mineros en zona de comunidades étnicas del municipio de Condoto; y también acerca del número de quejas instauradas por los habitantes de la comunidad de Condoto por la vulneración de sus derechos como consecuencia del otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales en el municipio de Condoto, entre los años 2007 a 2011. Precizando en las peticiones detalles como el peticionario, el tipo de queja y la empresa o persona natural sobre la cual recae la queja; número de procesos de otorgamiento de títulos mineros a comunidades étnicas del municipio de Condoto en los que se han brindado asesorías entre los años 2007 a 2011.

En cuanto al tema de la vulneración de derechos colectivos por parte de grandes mineros o empresas multinacionales, se indagó sobre el número de quejas interpuestas por entidades o personas diferentes a la comunidad de Condoto como

resultado del otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales en el municipio, entre los años mencionados; donde se especifique qué entidad interpuso la queja, relación de los entables mineros que han identificado en el municipio de Condoto, con datos de su ubicación, propietarios y equipo de trabajo, cuál dependencia de la entidad territorial es la encargada de ejercer control y vigilancia frente a las actividades mineras, y si la entidad a la cual se dirigió el derecho de petición ha interpuesto alguna medida o sanción por la explotación ilegal en su municipio, igualmente, cuál es el número de títulos mineros que posee el Consejo Comunitario Mayor de Condoto.

Adicionalmente, se utilizaron las siguientes técnicas de recolección de datos: 1) Entrevista semiestructurada a funcionarios de la Alcaldía de Condoto como el alcalde municipal y el jefe de la oficina jurídica (J. Borja, comunicación personal, 28 de septiembre de 2012) y (Y. Mosquera, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012). También al personero municipal de Condoto (J. Perea, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012); al párroco del municipio de Condoto (A. Cardona, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012); a la secretaria de la empresa minera Aluviones de Colombia (Y. Mosquera, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012); al secretario general del Consejo Mayor Comunitario de Condoto (J. Perea, comunicación personal, 28 de septiembre de 2012); al procurador judicial ambiental y agrario (H. Hinestroza, comunicación personal, 16 de julio de 2012); al judicante de la Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria (O. Bejarano, comunicación personal, 15 de julio de 2012) (Gil, comunicación personal, 16 de julio 2012), y al profesional especializado grado 18° (C. Mosquera, comunicación personal), entrevista en la que se les preguntó entre otros aspectos: si tenían conocimiento o no sobre la existencia del desarrollo de actividades mineras adelantadas por multinacionales en el municipio de Condoto, sobre si conocen el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras, consagrado en el título tercero de la Ley 70 de 1993, o sobre los procedimientos de consulta previa de los que tuvieran conocimiento en el municipio de Condoto. Además se indago sobre el conocimiento de la normatividad que en Colombia regula la actividad minera, especialmente cuando se trata de explotación en territorios colectivos de comunidades étnicas; también se indago el conocimiento sobre qué grupos étnicos llevan a cabo el desarrollo de la actividad minera en el municipio de Condoto; sobre si conocen los eventos en los cuales se necesita realizar consulta previa en materia de explotación minera en territorios colectivos; sobre la existencia del Consejo Comunitario o de un comité de seguimiento a la explotación minera, especialmente por empresas multinacionales en su jurisdicción; qué conceptos tienen de la legislación ambiental que en Colombia regula el tema de la minería en territorios de comunidades étnicas y sus consideraciones sobre si se otorgan o no muchos títulos mineros en el municipio de Condoto a empresas multinacionales.

**Tercera fase:** Análisis de la información. Se realiza análisis e interpretación de la información recopilada. Preparación del artículo de investigación, redacción y presentación del informe final.

### 3. EL MUNICIPIO DE CONDOTO

*El municipio de Condoto se localiza sobre la margen derecha del río Condoto (subiendo aguas arriba), a una distancia aproximada de 90 kilómetros de la capital del Chocó, Quibdó. Condoto se encuentra ubicado a los 54° 24' de latitud norte con la línea ecuatorial y una longitud de 76° 24' oeste con el meridiano de Greenwich (zona centro oriente del departamento del Chocó), sobre una altura aproximada de 70 msnm. Tiene un área aproximada de 890 km². Es por su extensión, uno de los municipios más pequeños del Chocó (Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, 2005, 25).*

“Este municipio limita: al norte con el municipio del río Iró, al oriente con el departamento de Risaralda, al sur con los municipios de San José del Palmar y Novita, y al occidente con el municipio de Istmina” (Mena, s.f., 31).

El Municipio de Condoto, inicialmente fue organizado por los indígenas Iróes y Cimarrones, posteriormente por don Luis Lozano Scipión en el año de 1758. Ha recibido diferentes nombres: Lombricero, Campo Alegre y finalmente Condoto. En 1878 tuvo existencia como entidad distrital por ordenanza de la municipalidad del San Juan que funcionaba en Nóvita. Posteriormente en 1892, la Asamblea Departamental del Cauca, en Ordenanza número 33 del 17 de agosto del mismo año, ratificó dicha creación, determinando que la cabecera del municipio fuera la población de Condoto (Sitio oficial de Condoto en Chocó, Recuperado 01/08/2013).

“El municipio de Condoto tiene una población de 14.580 habitantes en total, de los cuales se encuentran en la cabecera municipal 9.968 habitantes y 4.620 habitantes distribuidos en la zona rural” (Mena, s.f., 31).

*Desde el punto de vista de su complejidad étnica, un 93% de su población es de descendencia afrocolombiana, mientras el 4% de sus habitantes pertenecen a grupos mestizos migrantes del Viejo Caldas, Córdoba, Antioquia y el Valle. Igualmente existe un 3% de población aborigen perteneciente al grupo Embera Catío que se ubica en las poblaciones de Vira Vira y Alto Bonito, justo en los nacimientos del río Condoto (Antón, 2004, 69).*

El paisaje se destaca por la tupida vegetación que todo lo cubre, pero la explotación ilegal de la minería ha dejado amplias zonas degradadas y deforestadas, especialmente en la terraza alta que constituyen los valles entre las cuencas de Condoto y Opogodó; además de un sinnúmero de huecos que se convierten en lagunas insalubres que son un caldo de cultivo ideal para el mosquito *Anopheles*, responsable de la transmisión de la malaria o paludismo que con frecuencia azota la salud de los condoteños (Plan de Desarrollo Municipal de Condoto, 2012-2015, 10).

Son varios los ríos que circundan el municipio de Condoto, constituyendo su principal hoya hidrográfica los ríos Condoto y Tajuato y otros como Opogodó. El río Condoto nace en las estribaciones del cerro Tarena y desemboca en el río San Juan, constituyendo el estuario de Andagoya; a este río vierten sus aguas el

río Tajuato, las quebradas de Mestiza, Vira Vira, Chirrincha, Corodó, Angostura, Apartadó, Apotó y Andrapeda. El río Condoto es de regular caudal, es navegable en lancha de calado aceptable, motores fuera de borda, chalupas, etc. A la margen izquierda de este río se ubica la población de Condoto. El lecho del río Condoto como todos sus afluentes es rico en platino más que en oro, la mayor cantidad de platino del departamento del Chocó se extrae de este río y en los alrededores del municipio del mismo nombre. El río Condoto en su cabecera presenta fuertes corrientes, rápidos o cabezones que impiden o dificultan la navegación normal (Sitio oficial de Condoto en Chocó, s.f.).

*La base de la economía del municipio se soporta en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables, tales como el aprovechamiento forestal, la minería del oro y platino; la agricultura con los productos maíz, yuca, plátano, ñame, chontaduro, borojó, achín, caña de azúcar y en menor escala la ganadería, en especial ganado vacuno, porcino, cría de peces y aves de corral. (Sitio oficial de Condoto en Chocó: s.f.).*

*Sin embargo, la principal fuente de ingresos en el municipio reside en la explotación de metales preciosos (oro y platino). Además de una incipiente producción agrícola en el bajo Opogodó, Tajuato, Santa Ana y el Paso, que permite un pequeño intercambio de excedentes productivos. También es notorio un irregular e ilegal aprovechamiento forestal en la parte alta de Opogodó y en la parte alta de la cuenca de Condoto. (Plan de Desarrollo Municipal de Condoto, 2012-2015, 10).*

En cuanto a organizaciones de comunidades negras, en el municipio de Condoto está constituido el Consejo Comunitario Mayor de Condoto, pero también están organizados consejos comunitarios llamados locales.

Existen, como lo reseña Antón (2004, 72), “veintiún consejos comunitarios corregimentales, agrupados teniendo en cuenta las dinámicas socio-culturales y económicas de los cuatro ríos del municipio de Condoto”, así:

**Tabla 1.** Consejos comunitarios en la cuenca del río Condoto<sup>1</sup>

<b>CONSEJOS COMUNITARIOS CUENCA DEL RÍO CONDOTO</b>			
<b>Río Condoto</b>	<b>Río Iró</b>	<b>Río Tajuato</b>	<b>Río Opogodó</b>
Guarapito Aguacate Florida - Muriña La Unión Acosó Santa Ana El Paso Río Grande	La Encharcazón Viro Viro Calle del Cedro Santa Bárbara Santa Rita Tadocito	Planta - Tegaisa Soledad de Tajuato Consuelo de Andrápeda	Guamo - El Tigre Jigualito Opogodó La Hilaria
<b>21 Consejos Comunitarios en total.</b>			

<sup>1</sup> Fuente: Antón, 2004, p. 72.

#### 4. LA ACTIVIDAD MINERA EN EL MUNICIPIO DE CONDOTO

La actividad minera en el municipio de Condoto, como lo expresa Gómez (2005, pp. 36-43), es desarrollada por una parte, por los mineros artesanales, quienes realizan minería artesanal o de subsistencia. Estas son las explotaciones realizadas por los mineros afrodescendientes, que emplean varios tipos de sistemas de acuerdo al tipo de depósito, tales como la batea, el amocafre, los cachos, el barretón. Se encuentra además la minería semi-mecanizada, donde se utilizan equipos como motobombas y mini-dragas de succión, que mueven un volumen pequeño de material pero causan daños gravísimos al medio ambiente por la destrucción total del suelo, que es lavado y descargado directamente sobre las fuentes hídricas. Por otro lado, está la minería mecanizada, la cual comprende la explotación minera realizada por compañías o personas naturales del interior del país y de la región, con maquina pesada y con retroexcavadoras, que tiene una gran capacidad de remoción de materia aluvial.

En el país hay tres tipos de minería: la tradicional, artesanal o pequeña minería, realizada por minorías étnicas desde tiempos ancestrales y por campesinos desplazados; la mediana, que trabaja con dragas y retroexcavadoras, y la gran minería, efectuada generalmente por multinacionales. Aunque es diferente la producción que generan estas últimas, el impacto al medio ambiente que producen, los beneficios económicos que obtienen, la protección por parte del Estado que reciben y las exenciones tributarias de que disfrutaron; según la legislación colombiana actual todos tienen que cumplir los mismo requisitos para poder realizar minería en el territorio nacional (Peace Brigades International, 2011, 20).

La minería artesanal en el Chocó, además de la explotación agroforestal, sin duda ha sido para los habitantes de la región del San Juan una de las actividades fundamentales para la subsistencia y el desarrollo de generaciones pasadas, presentes, y por qué no, de un futuro posible: la región posee una posición geoestratégica en comercialización para el país y el mundo. Como consecuencia del inadecuado desarrollo de la actividad minera, sus habitantes sufren los índices más altos de pobreza en todas sus expresiones, tal como se refleja en el índice de necesidades básicas insatisfechas (Mena, s.f., p. 57).

El negocio del oro se explota en el Chocó en casi 250 entables, según los registros de Ariel Quinto, Presidente de la Federación de Mineros del Chocó, quien explica que cada entable está conformado por mínimo dos retroexcavadoras y 25 trabajadores que producen aproximadamente 1 libra de oro en un terreno de entre 2 y 4 hectáreas, que equivale en el lenguaje de la minería a 100 Castellanos.

*Una empresa minera está constituida por un entable minero y éste por dos máquinas excavadoras, dos motores de ACPM de alto cilindraje y un clasificador de mineral; un operador se gana 2 millones de pesos libres y un trabajador raso alrededor de un millón de pesos mensual, Ariel Quinto, presidente de la Federación de Mineros del Chocó (Radio Caracol, 2012)*

## 4.1. Comunidades negras

*La Ley 70 de 1993, Ley de Comunidades Negras, es producto de la presión de dinámicas étnico-organizativas en el Pacífico colombiano, quienes alcanzaron a partir del ejercicio de la promulgación de la Constitución Política de 1991, la conquista de algunos derechos como grupo étnico, en especial el derecho al territorio y su identidad étnica (Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, 2005, 32-33).*

En ese sentido, es bueno resaltar que la expedición de la Ley 70 se constituye en un gran hito histórico para la comunidad negra nacional, y para el país en general, en la medida en que luego de la expedición de la Ley 2 de mayo 21 de 1851, mediante la cual se le otorgó la libertad a los esclavos, producto de unos antecedentes históricos que estuvieron enmarcados por las luchas de las comunidades negras cimarronas por su libertad y por las circunstancias económicas del momento, hasta 1993, con la Ley 70, no se había registrado ningún hecho de tipo legislativo, mediante el cual se le reconocieran derechos específicos a las comunidades negras de Colombia y menos la condición de grupo étnico (Corporación Ecológica y Cultural “Penca de Sábila”, 1994, 234-235).

*Dicho lo anterior, se entiende como comunidad negra o grupo étnico, el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos (Mena, s.f., 42).*

La Ley 70 de 1993, que reconoce derechos territoriales y además una gama de derechos a las comunidades negras de Colombia de acuerdo a su condición de grupo étnico (Corporación Ecológica y Cultural “Penca de Sábila”, 1994, 234), ha permitido que el Estado colombiano desarrolle –aún no efectivamente– algunas políticas públicas relacionadas con la promoción del bienestar social de las comunidades negras, tales como la obligación de implementar programas de etnoeducación en las regiones con población afrocolombiana, mecanismos de etnodesarrollo, autonomía, fortalecimiento organizativo y de la institucionalidad étnica, titulación colectiva del territorio, aprovechamiento y protección de los recursos naturales y del medio ambiente (Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, 2005, 33).

De igual forma, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de las comunidades negras en varias sentencias: T-422 de 1996, C-253 de 2013, C-169 de 2001, T-375 de 2006, donde reitera el carácter de grupo étnico de estas comunidades, como bien lo declara la Ley 70 de 1993. Se expresa además en una de las sentencias acerca de la diferenciación entre discriminación positiva, que se les otorga a las comunidades negras, y su participación dentro de la sociedad (Sentencias: T-422: 1996; C-253: 2013; C-169: 2001; T-375: 2006).

Otro beneficio que ha permitido la ley ya mencionada, es la creación de consejos comunitarios de comunidades negras, el cual se presenta como una oportunidad para que los grupos de comunidades locales y campesinas se organicen y se integren en el proceso étnico organizativo por el territorio. Son entidades étnicas territoriales, responsables de administrar el territorio dentro del cual tienen jurisdicción, organización que propende trabajar por la defensa de los derechos colectivos de sus comunidades locales (Mena, s.f., 43).

Dentro de las políticas que se han aplicado a las comunidades negras, una de las más interesantes para tener en cuenta es el proceso de titulación colectiva de sus territorios ancestrales, de acuerdo con lo contemplado en el capítulo tercero de la Ley 70, y reglamentado por medio del Decreto 1745 de 1995. Éste reconoce y define el modo ordinario para lograr la titulación colectiva de los territorios ocupados ancestralmente por las comunidades negras rurales y plantea las condiciones de administración del territorio concedido a las mismas (Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, 2005, 33).

La Corte Constitucional, por su parte, expresa que:

*[...] el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional. Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad. (Sentencias T- 955 de 2003)*

La titulación colectiva en el pacífico se viene adjudicando a través de solicitudes que hacen los distintos consejos comunitarios (asambleas generales de miembros que integran las comunidades negras) que las comunidades organicen en su territorio. La Ley 70 y el Decreto 1745 de 1995 reconocen a los consejos comunitarios como las máximas autoridades administrativas dentro del colectivo ancestral, y son ellos a quienes el Incoder (otrota Incora) les entrega el título colectivo adjudicado como “Tierra de Comunidades Negras” (Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, 2005, 33).

## 4.2. Títulos mineros

*[...] El Código de Minas tiene como objetivos de interés público, fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada, estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos, así como que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y de fortalecimiento económico y social del país (Ministerio de Minas y Energía: s.f.).*

Seguidamente, y como bien lo estipula el art. 45 de la Ley 685 de 2001 (República de Colombia, 2001), se puede definir el título minero como “el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal otorgado por la autoridad minera” (A partir del 3 de mayo de 2012 la única entidad autorizada para otorgar títulos es la Agencia Nacional Minera). Dicho título se materializa o se formaliza por medio de un contrato de concesión minera, el cual se celebra entre el Estado y un particular para efectuar por cuenta y riesgo de éste los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada, para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en el Código de Minas.

En este orden de ideas, es necesario decir que existen varios tipos de títulos mineros es así como el Decreto 2655 de 1998 (Presidencia de la República, 1998) consagra como tales a la licencia de exploración y explotación, la licencia especial de explotación, los contratos de concesión de mediana y gran minería, contratos mineros, licencia para determinados minerales, títulos de terceros, sociedad o compañía minera, cooperativas y pre-cooperativas, autorización temporal, el registro de propiedad privada y el registro minero de carretera.

La Ley 685 de 2001 en su artículo 14 “deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados en áreas de aporte vigentes al entrar a regir este código”. Este artículo señala que podrá realizarse actividad minera con base en títulos expedidos con anterioridad a esta ley, los cuales deben estar debidamente perfeccionados y así podrán conservar su validez”. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas, provenientes de títulos de propiedad privada, de minas perfeccionadas antes de la vigencia de este estatuto (Moreno, G y Berardinelli, N, 2011).

En materia de recursos mineros, el capítulo V de la Ley 70 es claro cuando establece, de primera vista, protecciones y preferencias en favor de las comunidades negras para que éstas exploren y exploten recursos naturales no renovables en las tierras o áreas a ellas adjudicadas. Las expresiones explorar y explotar, referidas a la actividad minera, son partes o fases necesarias de esa actividad y aluden en general a un solo fenómeno: el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables de carácter minero (Consejo de Estado, sentencia con radicación número: 12094 de 2003).

En cuanto a la minería en el municipio de Condoto, se debe hacer referencia a lo que es una zona minera negra. “Estas se enmarcan dentro de lo que son los terrenos aluviales declarados como zonas mineras de comunidades negras, de acuerdo con los artículos 130 y 131 del Código de Minas” (Defensoría del Pueblo, 2012).

Es preciso anotar lo estipulado en el artículo 130 de la Ley 685 de 2001, que dispone:

*[...] Las comunidades negras a que se refiere la Ley 70 de 1993 o demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan para los efectos de este código, son también grupos étnicos en relación con los cuales, las obras y trabajos mineros se deberán ejecutar respetando y protegiendo los valores que constituyen su identidad cultural con sus formas tradicionales de producción minera. Este principio se aplicará en cualquier zona del territorio nacional donde se realicen los trabajos de los beneficiarios de un título minero, siempre y cuando estas áreas hubieren sido poseídas en forma regular y permanente por una comunidad o grupo negro.*

De igual manera, el artículo 131 de la precitada ley preceptúa que:

*Dentro de los terrenos baldíos ribereños, adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria como propiedad colectiva de una comunidad negra, a solicitud de ésta, la autoridad minera podrá establecer zonas mineras especiales; establecerá la extensión y los linderos de dichas zonas. Dentro de estas zonas la autoridad concedente a solicitud de la autoridad comunitaria, otorgará concesión como titular a la aludida comunidad y no a sus integrantes individualmente considerados.*

Cabe resaltar que Condoto fue declarada como una zona minera negra mediante la Resolución 181794 del 14 diciembre de 2006, las áreas comprendidas en una extensión de 72.206 hectáreas y 7.417 metros cuadrados (Defensoría del Pueblo para los Derechos Colectivos y del Ambiente, 2010). Por tal razón y de conformidad con lo establecido en la Constitución nacional y la Ley 70 de 1993, goza de ciertos derechos colectivos y garantías para la protección de los mismos.

Como parte del desarrollo de la investigación para determinar si efectivamente existe vulneración de derechos colectivos por el otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales en el municipio de Condoto, se interpusieron derechos de petición a las diferentes entidades relacionadas con actividades mineras, dentro de los cuales están los dirigidos a la autoridad minera Agencia Nacional de Minería (oficios radicados: N° 2012-261-020733-2 y 2012-261-028474-2 del 13 de julio de 2012 y del 13 de septiembre de 2012); y posterior a ellos, a la Autoridad Minera Agencia Nacional Minera, seccional Quibdó (oficios radicados N° 20139120000272 del 11 de septiembre del 2013). En los derechos de petición se indagó sobre los listados de títulos y solicitudes vigentes en el municipio de Condoto (Chocó), y que se encuentran de manera parcial o total sobre las tierras de comunidades negras. En sus respuestas se constata que en el municipio de Condoto se han otorgado títulos mineros y se tramitan solicitudes de titulación, donde algunas coinciden de manera parcial o total con territorios colectivos de comunidades negras o resguardos indígenas, tal como se evidencia en la siguiente tabla:

**Tabla 2.** Títulos mineros vigentes en el municipio de Condoto (Chocó) y que se encuentran de manera parcial o total sobre tierras de comunidades negras o resguardos indígenas<sup>2</sup>.

Títulos Mineros				
Ubicación	Titular	Cantidad	Modalidad	Estado
Tierra de comunidad negra/ Condoto/Chocó	Consejo Comunitario Mayor de Condoto-Iró	15	Contrato de concesión	Titulo vigente - en ejecución
	Aluviones de Colombia S.A.	5		
	COOMACON	1		
	Anglogold Ashanti Colombia S.A.	3		
Resguardo indígena/ Condoto/Chocó	Consejo Comunitario Mayor de Condoto-Iró	2		
	Anglogold Ashanti Colombia S.A.	3		
Otras áreas/ Condoto/Chocó	Consejo Comunitario Mayor de Condoto-Iró	16		
	Anglogold Ashanti Colombia S.A.	5		
	Aluviones de Colombia S.A.	2		
	Roque de Jesús Gómez Robayo/ International Business & Investments LTDA "INBI LTDA	1		
	COOMACON	1		

En la tabla 2 se especifican los títulos mineros concesionados en el municipio de Condoto. Se puede observar que el Consejo Mayor Comunitario de Condoto cuenta con 33 titulaciones y que el resto de los contratos se encuentran en manos de personas extrañas a la región. Sin embargo, es necesario señalar que las comunidades accedieron a la titulación en fechas recientes, entre febrero del 2012 y enero del 2013.

*Se evidencia de esta manera como una de las más discutidas problemáticas del municipio ha disminuido, ya que anteriormente, la mayoría de los títulos eran otorgados a las grandes empresas mineras, nacionales o internacionales, y los pequeños mineros o mineros artesanales eran desplazados y marginados por éstas, pues les impedían laborar (Informe técnico salida a campo, 2012).*

*Por otro lado, es bueno mencionar que la empresa minera Aluviones de Colombia S.A. –que aparece relacionada en la tabla 2–, fue identificada por*

<sup>2</sup> Fuente: Elaboración de las autoras, a partir de datos suministrados por la Agencia Nacional Minera y la Agencia Nacional Minera sede Quibdó mediante los radicados: 2012-261-020733-2 del 13 de julio de 2012; 2012-261-028474-2 del 13 de septiembre de 2012 y 20139120000272 del 11 de septiembre del 2013.

*algunos habitantes de la comunidad como la empresa multinacional que ejercía actividades mineras y era la causante de muchas de las afectaciones ambientales que se presentaban en dicho municipio (Informe técnico salida a campo, 2012).*

De igual forma, es importante precisar que, aun cuando la empresa Aluviones de Colombia S.A. –de la cual se hablará más adelante– es reconocida en la comunidad como una empresa multinacional. Esta no puede ser considerada como tal, ya que no cumple con las características propias de aquellas, pues las multinacionales no sólo operan y tienen presencia en su país de origen, sino que también se encuentran en otros países, es decir que están en más de una nación<sup>3</sup>.

**Tabla 3.** Solicitudes de legalización en el municipio de Condoto (Chocó) a la fecha de agosto del 2013<sup>4</sup>

Solicitudes de Legalización		
Ubicación	Solicitantes	Cantidad
Condoto/ Chocó	Consejos Comunitarios	11
	Personas Naturales	28
	Personas Jurídicas	3

En la tabla 3, se evidencia el número de solicitudes de legalización realizadas por parte de personas naturales y jurídicas, que aunque hasta la fecha no han sido resueltas, se denota el interés de estas personas por mejorar las condiciones de su trabajo y tal vez, el impacto generado por el mismo.

La minería ilegal es un tema muy sensible en el departamento, puesto que el impacto y los daños que ésta ha ocasionado en la vida de los chochoanos han sido aterradores. Como se puede observar en la revista semana, mediante el artículo “Chocó, tierra de dragones”,

<sup>3</sup> Aluviones de Colombia S.A. inició heredando el montaje que en su momento se denominaba Mina el Retorno, donde el fundador ejercía la labor de extracción de platino y oro en un área cercana al casco urbano de Condoto. Al constituirse como sociedad se dio el espacio para recibir capital de nuevos socios, lo cual permitió duplicar la capacidad instalada y a su vez aumentar los niveles de producción. En el año 2008, cuando la empresa sólo tenía tres años de funcionamiento, los precios del platino y oro batieron record internacional, lo cual permitió que el crecimiento de la compañía tuviera un mayor impulso, pero seis meses después, finalizando el año en curso, los precios del platino tuvieron un desplome del 60%, lo que generó una crisis económica para la empresa de la que pudo recuperarse plenamente a mediados del año 2009. En sus inicios la Empresa contaba con alrededor de 50 empleados; en su máximo punto de crecimiento llegó a tener 180, a partir del año 2009 esta cifra se ha establecido en 120 empleados contratados directamente. La empresa tiene sus ojos puestos en otras regiones mineras con el fin de garantizar que el crecimiento que nuevamente se retoma sea sostenido y no se vea amenazado por inestabilidades políticas o económicas de una sola región (Aluviones de Colombia S.A: s.f.).

<sup>4</sup> Fuente: Elaboración de las autoras, a partir de datos suministrados por la Agencia Nacional Minera y la Agencia Nacional Minera sede Quibdó mediante los radicados: 2012-261-020733-2 del 13 de julio de 2012; 2012-261-028474-2 del 13 de septiembre de 2012 y 20139120000272 del 11 de septiembre del 2013.

*hoy el saqueo puede ser peor: 350 entables, 800 retroexcavadoras y 50 dragones le arrancan día a día los tesoros a la selva por todo el sur del Chocó. Se supone que todo el oro que se vende paga regalías, pero los chocoanos del común poco las ven, y en cambio sí sufren el desastre ambiental. Apenas siete minas en todo el departamento tienen licencia ambiental; es decir, apenas siete minas controlan sus operaciones de excavado y uso de agua para que hagan el menor daño posible. Los demás están manga por hombro, destruyendo con todo su poder mecanizado (Semana, 2013).*

La obtención de los títulos mineros en la zona minera para la comunidad negra del Consejo Comunitario Mayor del municipio, es una expresión de garantía de los derechos de las minorías étnicas enmarcados desde la Constitución nacional, y ésta no excluye la participación de otras empresas que deseen trabajar en las áreas de exploración y explotación del Consejo Comunitario Mayor o en el departamento del Chocó. (Agencia Nacional Minera, 2013).

No obstante el concepto anterior, contrasta con la tabla 2, pues si bien es cierto que lo que trata de conseguir la autoridad minera es que se cumplan los preceptos establecidos por la Constitución para los grupos étnicos, es decir, la legalización del título minero por parte del Consejo Mayor Comunitario y de personas tanto naturales como jurídicas, como garantía de sus derechos, no es menos cierto que estos beneficios se han visto vulnerados por la misma autoridad al no resolver con prontitud sus solicitudes.

Por otro lado, según informe establecido por la misma autoridad minera, más de dos mil familias de los municipios de Condoto y Río Iró en el Chocó formalizaron su actividad minera ante esta institución, en un proceso que les permitirá ejercer la extracción de oro y platino bajo los esquemas de una minería responsable, con parámetros ambientales, buenas prácticas de producción, generación de ingresos y bienestar social para el mejoramiento de la calidad de vida de sus pobladores (Agencia Nacional Minera, s.f.).

Estos nuevos títulos mineros amparan más de siete mil hectáreas (7.181), como parte de la formalización minera que permitirá sentar las bases para comenzar la generación de proyectos sociales en beneficio de las familias pobladoras de las áreas rurales que conforman la jurisdicción territorial del consejo comunitario en mención y que tradicionalmente han vivido de la minería; así mismo se aplica lo estipulado en el Capítulo XIV del Código de Minas, garantizando los derechos de las comunidades étnicas (Agencia Nacional Minera, s.f.).

### **4.3. Empresas multinacionales**

Las multinacionales son empresas que no solamente se establecen en su país de origen, sino que también hacen presencia en otros países, no sólo en la venta de sus productos sino con establecimientos que elaboran sus productos en esas otras naciones. Su filosofía tiene un concepto global, un punto de vista mundial en sus negocios sobre los mercados (clientes), servicios y productos, en el cual

ven como su mercado objetivo, al mundo entero. Estas empresas se caracterizan por el empleo de trabajadores tanto del país de origen como del país en el que se establecieron, y así como tienen grandes seguidores, también tienen una gran cantidad de detractores (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015).

En el municipio de Condoto, como se señaló en el aparte 2.2 sobre los títulos mineros, hacen presencia o tienen títulos las siguientes empresas: Anglogold Ashanti, Colombia S.A, International Bussines & Investments LTDA, Aluviones de Colombia S.A.

La ampliación de la gran minería legal hace que la minería ancestral, práctica histórica, cultural y de supervivencia de distintos grupos sociales se convierta, en términos económicos, en una actividad cada vez menos rentable para quienes la ejercen, y además, en el marco de la actual política minera, corre el riesgo de convertirse en ilegal. Esta condición se agrega a la baja rentabilidad económica y ambiental que siempre ha tenido esta minería tradicional (CINEP - programa por la paz, s.f.).

*Además, no se puede olvidar el impacto que tiene la minería a gran escala (empresas explotadoras del mineral) en la zona de la región del San Juan, territorios que son ancestrales pero donde la gran minería hace que cambien los aspectos sociales, culturales y las condiciones económicas (Centro de Investigación y Educación Popular/ programa por la paz, 2012).*

Durante la investigación, y después de realizarse la salida a campo, como parte de la recolección de información primaria, que se ejecutó en el municipio de Condoto en desarrollo del proyecto, se tuvo una visión más clara sobre las actividades que la empresa minera Aluviones de Colombia ha realizado en dicha municipalidad, constatando así, no solo los perjuicios causados a sus habitantes, sino también los beneficios en favor de los mismos. De igual manera, se logró evidenciar el desconocimiento que existe de los derechos colectivos de las comunidades negras como la consulta previa, medio ambiente sano, etc., y por último, de los controles que ejercen las distintas autoridades o entidades encargadas de la no vulneración de estos derechos por parte de esta empresa minera; y aunque no se tiene una cifra exacta de la cantidad de personas realizando actividades ilegales en el municipio de Condoto, si es claro que tanto estos como las empresas multinacionales, al realizar sus actividades mineras utilizando grandes maquinarias, han causado un detrimento al medio ambiente (Informe técnico salida a campo, 2012).

## 5. AFECTACIÓN DEL DERECHO A GOZAR DE UN MEDIO AMBIENTE SANO

*La Organización de las Naciones Unidas sirve como centro para armonizar los esfuerzos internacionales tendientes a dar solución a los problemas que afronta toda la humanidad, entre ellos los ambientales, para lo cual cuenta con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente-PNUMA,*

*cuya misión es dirigir y alentar la participación en el cuidado del medio ambiente, inspirando, informando y dando a las naciones y a los pueblos los medios para mejorar la calidad de vida sin poner en riesgo la de las futuras generaciones (Rodríguez y Muñoz, 2009, 47).*

A lo largo de los años y como consecuencia de la evolución humana, las legislaciones mundiales se han visto en la obligación de regular las relaciones del hombre que afecten o perturben el buen funcionamiento del medio ambiente, por tal motivo, el estado colombiano buscó mitigar los efectos nocivos que se le estaban causando al medio ambiente y se adopta en un primer momento una política legal ambiental en donde se prevenga, corrija y restaure el medio ambiente y los recursos naturales renovables (Lávico, 2008, 1).

Entendiendo lo anterior, el Estado empieza a ver esa necesidad de crear políticas legales tendientes a preservar el medio ambiente, porque si bien es cierto, el medio ambiente es un bien de naturaleza pública, el cual está a disposición de los ciudadanos para su uso y disfrute, no es menos cierto que no se puede hacer un uso indiscriminado del mismo, escudándose en que todos tienen derecho a disfrutar de él, porque además de ser un derecho, es una obligación que tienen todos los asociados de garantizar su preservación. De este modo, debe ser utilizado de manera razonable y pensando en las generaciones futuras, se debe propender por el desarrollo sostenible del mismo, el cual conduce al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.

La conservación del ecosistema no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho de rango constitucional, del que son titulares todos los seres humanos, en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precavido cualquier injerencia nociva que atente contra su salud. Para el efecto, la Constitución de 1991 impuso al Estado la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar del derecho a un medio ambiente sano y dispuso el deber de todos de contribuir a tal fin, mediante la participación en la toma de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas y otras garantías individuales, entre otros (2011, Sentencia T-458 de 2011).

La Corte Constitucional de Colombia por su parte establece que:

*La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado [...] que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera "Constitución ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. (2010, Sentencia C-595 de 2010).*

La Carta Magna ha sido la codificación más importante en materia ambiental por estar en la cúspide del ordenamiento jurídico superior, como se expresa en su artículo cuarto, la Constitución es norma de normas; además de servir de base para crear todas las instituciones y demás codificaciones que van a velar por la protección del medio ambiente (Corporación Ecológica y Cultural “Penca de Sábila”, 1994, 13).

El artículo 79, establece

*Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.*

Nuestra Constitución establece también los medios de defensa, la acción popular, la acción de tutela y le asigna al procurador la función de defender los derechos colectivos y del ambiente, y al defensor del pueblo el deber de interponer acciones populares para la defensa del derecho a un ambiente sano (Corporación Ecológica y Cultural “Penca de Sábila”, 1994, 13).

Dentro de la codificación en materia ambiental se encuentra el Decreto Ley 2811 de 1974, el Código de Recursos Naturales Renovables, el cual es la primera recopilación legal que pretende disciplinar toda la materia ambiental en forma exhaustiva y consecuente, de tal manera que los recursos naturales y los elementos ambientales no se manejen aislados unos de otros sino en conjunto. Así el trato, desde el punto de vista administrativo como del legal, está contemplado en una misma normatividad (Lávico, 2008, 1).

Cabe mencionar además la Ley 99 de 1993, una de las codificaciones más importantes en materia ambiental después de la Constitución de 1991. Esta ley crea el Ministerio del Medio Ambiente, y además de ello, se encuentran en ella algunos aspectos bastante llamativos, como lo son la creación del SINA o Sistema Nacional Ambiental, el Consejo Nacional Ambiental y las Corporaciones Autónomas Regionales como estamentos nuevos que están encargados de la vigilancia y cumplimiento de las disposiciones ambientales (Lávico, 2008).

Por otro lado, la Constitución de 1991 consagró el ordenamiento territorial, el cual recogió las aspiraciones de amplias zonas y regiones excluidas que anhelan la definición de su propio futuro. Significa la posibilidad de recomponer un mapa arbitrariamente trazado y de hacer del ordenamiento un ejercicio ambiental. En lo que a grupos étnicos se refiere, las aspiraciones indígenas fueron reconocidas así como las de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y las comunidades afrocolombianas, y lograron lo posible en un espacio donde no tuvieron representación directa (Corporación Ecológica y Cultural “Penca de Sábila”, 1994, 230).

Un representativo articulado contiene la dimensión ambiental de modo directo e indirecto. En esto fue fundamental también el gran trabajo de los constituyentes indígenas y la definición del artículo transitorio 55 que permitió dar vida a la Ley 70 de comunidades negras, que ha potenciado la movilización y la organización del pueblo afrocolombiano en la defensa de su cultura tradicional y de su territorio. Los movimientos étnicos nos hicieron reconocernos diversos, dándole más coherencia a la Carta Fundamental, pues la biodiversidad es la relación y la permanencia entre diversidad cultural y diversidad biológica (Corporación Ecológica y Cultural “Penca de Sábila”, 1994, 13).

En sentencia SU 067 de 1993 (Corte Constitucional), en principio se establece la negación de que se pueda utilizar el mecanismo de la acción de tutela para la protección de los derechos colectivos, en especial en la materia bajo estudio, justificando que este mecanismo solo se utiliza para la protección de derechos fundamentales y que existen otros medios de protección como la acción de grupo para buscar su protección. Sin embargo, más adelante expresa de que esta regla general debe ser contemplada como una regla particular de conexidad, en este entendido expone la corte, que en aquellos casos en los cuales de la vulneración del derecho a gozar del medio ambiente resulte vulnerado igualmente un derecho constitucional fundamental, procede la acción de tutela como mecanismo judicial de protección del derecho colectivo al medio ambiente. Sin embargo se debe estudiar cada caso en particular, ya que esto solo es una excepción cuando por conexidad se esté violentando con el derecho al ambiente sano un derecho fundamental.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha establecido que

*[...] la ecología contiene un núcleo esencial, entendiendo por éste aquella parte que le es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos y que le dan vida resulten real y efectivamente tutelados. Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los derechos al trabajo, a la propiedad privada y a la libertad de empresa gozan de especial protección, siempre que exista un estricto respeto de la función ecológica, esto es, el deber de velar por el derecho constitucional fundamental al ambiente (2012, Sentencia T-411 de 1992).*

De esta forma, se pueden establecer las diferentes etapas por las que tuvo que atravesar el régimen legal de nuestro país para poder conformar una compilación de normas que propendan por la protección integral del medio ambiente, y acercarse de esta manera, a los países que desde hace muchos años reconocieron tal necesidad y adoptaron soluciones para la misma. Aunque es de reciente creación el sistema legal ambiental dentro de la legislación colombiana, ha tratado de mitigar el impacto que en el medio ambiente ha tenido la práctica desmesurada de algunas actividades, tanto económicas como industriales, y que si no se limitan

a tiempo llegaran a causar a corto plazo un impacto ambiental de magnitudes desgarradoras (Lavico, s.f.).

Los impactos causados por la actividad minera a cielo abierto en el Chocó Bio-geográficos son numerosos y de largo alcance en espacio y tiempo para todos los componentes ambientales. El avance de esta práctica de manera incontrolada, está generando la pérdida de ecosistemas completos que en muchos casos aún son desconocidos para la ciencia, al igual que los bienes y servicios que prestan al ser humano; situación que hace urgente la búsqueda de estrategias tanto de sostenibilidad del proceso extractivo, como de restauración de las áreas que ya han sido intervenidas y disturbadas de manera definitiva (Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible “convenio 182”, 2012, p. 7).

Con base en los resultados de la investigación sobre la vulneración de derechos colectivos por el otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales en el municipio de Condoto, se formuló la pregunta: ¿Qué tipo de derechos colectivos considera usted son violados con mayor frecuencia por parte de las multinacionales a los grupos étnicos del municipio de Condoto? a funcionarios de las entidades que tienen relación directa o indirecta con la actividad minera, tales como: alcalde municipal (J. Borja, comunicación personal, 28 de septiembre de 2012); al jefe de la oficina jurídica (Y. Mosquera, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012); al personero municipal de Condoto (J. Perea, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012); y al párroco del municipio de Condoto (A. Cardona, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012), que si bien no tiene nada que ver con la minería, como autoridad eclesiástica se involucra con la problemática de la comunidad. La mayoría de respuestas coincidieron en que son muchos los derechos vulnerados en el municipio de Condoto, tales como el derecho a la propiedad privada, de prelación, al trabajo, al territorio, pero sobre todo, el derecho a gozar de un ambiente sano que tienen sus habitantes se ha visto menoscabado no solo por las empresas multinacionales titulares de contratos, sino también por aquellos que realizan actividades mineras ilegales en dicho territorio, toda vez que al realizar actividades mineras utilizando maquinarias causan un detrimento, un deterioro al medio ambiente.

En contraste con las respuestas anteriores, el Secretario General del Consejo Comunitario Mayor de Condoto “expreso no haber multinacionales en la cabecera municipal, de ahí que no existen derechos vulnerados” (J. Perea, comunicación personal, 28 de septiembre de 2012).

De igual forma expresa el personero municipal, que si se realizan las actividades pertinentes para remediar y reparar los daños ocasionados, disminuiría así la afectación en el municipio. Pero no es ésta la realidad, pues las multinacionales y las personas que realizan actividades mineras en Condoto no han tomado las

medidas necesarias para contrarrestar la contaminación y la degradación que le están causando al mismo, por tal razón sus habitantes se ven afectados por las consecuencias que ocasionan el no tener un ambiente sano (J. Perea, comunicación personal, 28 de septiembre de 2012).

Por otro lado, a las preguntas formuladas: ¿Han recibido alguna queja de la comunidad sobre explotación minera?, ¿Sobre qué son las quejas? Las respuestas revelan que el deterioro del medio ambiente se ve reflejado, principalmente en los recursos hídricos. De ahí que una muestra clara de la violación del derecho a gozar de un ambiente sano, se evidencia de acuerdo con el párroco de la comunidad (comunicación personal) en el río Tajuato, el cual se encuentra totalmente contaminado, donde en vez de agua tiene barro, consecuencia de las excavaciones realizadas por la empresa minera. Y es de anotar, que para la comunidad de Condoto, el río representa no solo un medio de transporte, sino de alimentación y de trabajo; esta actividad minera ha provocado afectaciones a viviendas cercanas a la empresa minera Aluviones, empresa que realizaba actividad minera dentro del municipio (A. Cardona, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012).

*Éstas multinacionales no logran mitigar este impacto, y cada vez se hace más notorio la degradación que se le está causando al ambiente, en el caso específico de Condoto, la afectación que esta práctica ha generado a algunas viviendas y a la comunidad en general; sin embargo, no se han registrado quejas en la personería por parte del Consejo Mayor Comunitario de Condoto (J. Perea, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012).*

De igual forma, la trasgresión de este derecho fue verificada por la autoridad ambiental CODECHOCO. H. Escobar (comunicación personal, 19 de marzo, 2013), como representante de dicha entidad, “manifestó que en vista del incumplimiento de las obligaciones de cuidado y mejora del medio ambiente por parte de la empresa minera Aluviones, se vieron en la necesidad de suspender la licencia ambiental que les había sido otorgada”.

La minería ha causado impactos negativos en el municipio, no sólo respecto a los recursos naturales sino también respecto al ambiente urbano y la vida misma de los habitantes. Lo anterior se refuerza con las declaraciones del personero del municipio de Condoto dadas para el periódico el Espectador (Numa & Cuevas, 2012), quien afirmó que:

*[...] la minería, como si no le bastase con distribuir la fortuna que acumula de forma inequitativa, también ha destruido casas. Las 30 casas que conformaban el barrio Platinero empezaron a agrietarse porque por culpa de las ineludibles máquinas que se adentraban en la tierra, el suelo no pudo evitar removerse. Las grietas entonces comenzaron a aparecer en las paredes, anunciando un inminente derrumbe. Hace un año luchan con la empresa responsable, pero todavía esperan, por lo menos llegar a un acuerdo conciliatorio.*

Al respecto, los impactos ambientales generados por el desarrollo de la minería artesanal y en pequeña escala (sistemas artesanales, con adaptaciones tecnológicas) no representan mayores riesgos de afectación ambiental. La carga de impactos ambientales de este tipo de minería es fácilmente asimilado (resiliencia positiva) por el medio. A sistemas hídricos que, por sus niveles de caudal, el alto potencial pluviométrico de la región no permiten que se alteren degenerativamente las quebradas y ríos de los entornos mineros (Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, 2005, p. 84). Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la minería a gran escala realizada por las multinacionales, ya que al ser realizada con maquinaria pesada, generan un detrimento y un mayor impacto al medio ambiente.

En cuanto al tema de los deberes y obligaciones a cargo de las empresas mineras o multinacionales, estas sí conocen de los compromisos y de la responsabilidad social que deben a la comunidad, pero según lo manifestado por algunas entidades como la Alcaldía y la Personería, sus aportes son “mínimos”, en este caso, se refieren específicamente a la empresa minera Aluviones de Colombia. Por otro lado, el Consejo Mayor Comunitario y el párroco municipal exteriorizan que estas empresas (Aluviones de Colombia, en particular) realizan aportes significativos a la comunidad.

## 6. CONCLUSIONES

En el municipio de Condoto (Chocó) sí se vulnera el derecho a gozar de un medio ambiente sano. El municipio tiene como principal fuente de actividad económica la minería, pero actualmente la región está siendo invadida por empresas multinacionales que lo único que hacen es contaminar el medio ambiente y llevarse las regalías para sus lugares de origen.

No existe por parte de las autoridades encargadas de la vigilancia y control minero en el municipio de Condoto, una unificación de conceptos en cuanto a si se realiza o no control, vigilancia e informes periódicos sobre el desarrollo de las actividades mineras que realiza la empresa Aluviones de Colombia, debido a que unas entidades consideran abiertamente que sí se realiza control y vigilancia a la empresa minera, mientras que otras de forma tajante rechazan la realización de estas diligencias. Y sin embargo todas las entidades, a excepción del Consejo Comunitario Mayor de Condoto, coinciden en la vulneración de los derechos a esta comunidad.

Por lo anterior, la misma falta de compromiso y conocimiento de la normatividad minera y ambiental por parte de las autoridades locales, genera un deficiente control hacia la actividad ejercida por las empresas multinacionales, y por consi-

guiente, la vulneración, el daño y el perjuicio inevitable a los derechos colectivos y las garantías que tanto la Constitución nacional como las leyes le han reconocido a estas comunidades.

*Se tiene pues, una rica legislación, pero esta por sí sola no es garantía de su aplicación; la norma debe tener legitimidad social y cultural, tiene que ser producto de un consenso social. La política ambiental, más que un asunto de policía, de coerción, es una dimensión de la nueva ciudadanía; es un compromiso de todos (Corporación Ecológica y Cultural “Penca de Sábila”, 1994, p. 14).*

## BIBLIOGRAFÍA

- Aluviones de Colombia S.A. (s.f.). *Reseña historia*. Recuperado el 21 de marzo de 2013, del sitio web Aluviones de Colombia: <http://aluvionesdecolombia.com.co/ResenaHistorica.php>.
- Agencia Nacional Minera. (s.f.). *Página oficial*. Recuperado el 21 de marzo de 2013, del sitio web: <https://www.anm.gov.co/?q=legalizacion-titulaci%C3%B3n-zonas-mineras-comunidades-negras>)
- Agencia Nacional Minera (2012) *Vicepresidencia de Contratación y Titulación Gerencia de Catastro y Registro Minero. Títulos mineros vigentes en el municipio de Condoto*. Derecho de petición radicado bajo el N° 2012-261-028474-2 del 13/09/2012.
- Antón S, John. (2004). *Condoto "Crónicas y Leyendas"*, 1º Ed., Santiago de Cali, Artes gráficas del Valle LTDA. Colombia.
- Borísov, S., Klókov, M. & Gornovói, B. (1976). *Labores Mineras*, Mir, Moscú.
- Bustacara, J., Palomeque, A. & otras. (2012). *"Informe Técnico Salida A Campo"*. Inédito, Condoto, Chocó.
- Centro de Investigación y Educación Popular/ programa por la paz. (2012). *Informe especial de minería, conflictos sociales y violación de derecho humanos en Colombia*, Bogotá D.C: Colombia, publicación digital en: [https://www.google.com.co/url?sa=f&rct=j&url=http://www.cinep.org.co/index.php%3Foption%3Dcom\\_docman%26task%3Ddoc\\_download%26gid%3D263%26Itemid%3D117%26lang%3Des&q=&src=s&ei=g5NsUcSwDqm\\_ogHK\\_oHIAw&usg=AFQjCNHUWcdC4hgiN5KaLZyLT1FKILeo5g](https://www.google.com.co/url?sa=f&rct=j&url=http://www.cinep.org.co/index.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D263%26Itemid%3D117%26lang%3Des&q=&src=s&ei=g5NsUcSwDqm_ogHK_oHIAw&usg=AFQjCNHUWcdC4hgiN5KaLZyLT1FKILeo5g).
- CINEP / Programa por la paz. (2012). *Informe especial, "Colombia debe reformular la política minera y energética"*, Colombia. Publicación digital en: <http://vox-populi.com.co/para-el-cinep-colombia-debe-reformular-la-politica-minera-y-energetica/>
- Consejo Comunitario mayor de la Nueva. (2001). *Plan del Manejo Ambiental del Consejo Comunitario Mayor de la Nueva*. Río Sucio, Chocó.
- Corporación Ecológica y Cultural "Penca de Sábila". (1994). *Derecho y Medio Ambiente II*, 1º Ed., Editorial diana & Liliana. Medellín, Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). *Sentencia T- 411 de 1992*. Magistrado Ponente. Dr. Alejandro Martínez Caballero. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia T444 de 1993*. Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell. República de Colombia.

- Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia SU 067 de 1993*. Magistrado Ponente. Dr. Fabio Moron Díaz & Dr. Ciro Angaria Barón. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia T 422 de 1996*. Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muños. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-703 de 1998*. Magistrado Ponente. Dr. Antonio Barrera Carbonell. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999). *Sentencia T- 123 de 1999*. Magistrado Ponente. Dr. Fabio Moron Díaz. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia C-794 de 2000*. Magistrado Ponente. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. República de Colombia.
- Corte constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia C – 431 de 2000*. Magistrado Ponente. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia C 169 de 2001*. Magistrado Ponente. Dr. Carlos Gaviria Díaz. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). *Sentencia T– 955 de 2003*. Magistrado Ponente. Dr. Álvaro Tafur Galvis. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia C-245 de 2004*. . Magistrado Ponente. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia C- 339 de 2009*. Magistrado Ponente. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. República de Colombia
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C-595 de 2010*. Magistrado Ponente. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T-1045 de 2010*. Magistrado Ponente. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T- 458 de 2011*. Magistrado Ponente. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia C 253 de 2013*. Magistrado Ponente. Dr. Mauricio Gonzales Cuervo. República de Colombia.
- Consejo de Estado, *Sentencia con Radicación número: 12094 de 2003*. Magistrado Ponente. Dr. Germán Rodríguez Villamizar. República de Colombia.
- Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente. (2010). *minería de hecho en Colombia*. Recuperado el 21 de marzo de 2013, publicación

digital en: [http://es.scribd.com/doc/59495016/16/El-derecho-de-prelacion.Bogotá D.C., Colombia](http://es.scribd.com/doc/59495016/16/El-derecho-de-prelacion-Bogotá-D.C.,-Colombia).

Defensoría del Pueblo. (2012). *ABC de la Minería en Colombia*. Bogotá: Colombia. Recuperado el 15 de julio del 2013, publicación digital en: [http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/abc\\_mineriaColombia.pdf](http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/abc_mineriaColombia.pdf).

Díaz, M. (2008, marzo). *Marco Jurídico del Derecho Ambiental en Colombia*. Blog Agroterra. Recuperado el 25 de mayo de 2013, publicación digital en: <http://www.agroterra.com/blog/profesionales/marco-juridico-del-derecho-ambiental-en-colombia/75961/>. Colombia.

Gómez, José. (2005). *Identificación, Evaluación Y Mitigación De Impactos Ambientales Asociados A Minería Aluvial En Los Municipios De Condoto Y Tadó, Chocó*. Quibdó, CODECHOCO.

Hellriegel, Don Y Slocum, John W. Jr. (1998) *Administración*, International Thomson, New York.

Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible “convenio 182”. (2012). *Protocolo de restauración ecológica de áreas degradadas por minería a cielo abierto de oro y platino en el Chocó biogeográfico*. Quibdó, Colombia.

Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico. (2005). *Diagnóstico situacional de la Minería artesanal y en pequeña escala desarrolladas por afrocolombianos en territorios colectivos de comunidades negras en el Chocó Biogeográfico*. IIAP, Quibdó, Chocó.

Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico. (S.f.). *Cartilla de resultados*. IIAP, Quibdó, Chocó.

Lávico. (2008). *Régimen Jurídico del Medio Ambiente en Colombia*. Blog de Lávico, recuperado el 25 de mayo de 2013, publicación digital en: <http://110507.obolog.com/ensayo-marco-legal-medio-ambiente-colombia-133862>

Mena, Ana Marcela. (S.f.). *Identificación y Análisis De Indicadores Sociales En La Minería Artesanal En Los Territorios Colectivos De Las Comunidades Negras De Condoto Y Tadó En El Área De Influencia Del Programa Oro Verde*. IIAP, Quibdó, Chocó.

Ministerio de Minas y Energía. (S.f.). *Del Proceso Minero Colombiano*. Bogotá D.C.: Colombia. Recuperado el 15 de julio de 2013, publicación digital en: [http://www.upme.gov.co/Docs/Proceso\\_Minero\\_Col.pdf](http://www.upme.gov.co/Docs/Proceso_Minero_Col.pdf). Colombia

Moreno, G & Berardinelli, N. (2011). *Diagnostico Jurídico sobre la Actividad Minera en la región del San Juan en el departamento del Chocó 2006-2011*. (Artículo sin publicar). Quibdó, Colombia

- Navas, O. (2010). *La constitución ecológica de Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Numa, S. Cuevas, A. (2012). Muchas minas, poco desarrollo. *El espectador*. Recuperado de: <http://www.elspectador.com/noticias/nacional/muchas-minas-poco-desarrollo-articulo-385112>
- Ocampo, Francisco. (1996). *Derecho territorial de las comunidades negras*. Nueva América, Bogotá D.C., Colombia
- Peace Brigades International Colombia. (2011). *Boletín informativo no. 18*. Colombia. Recuperado el 15 de julio de 2013, publicación digital en: [http://www.peacebrigades.org/fileadmin/user\\_files/groups/germany/Dateien/boletin\\_final.pdf](http://www.peacebrigades.org/fileadmin/user_files/groups/germany/Dateien/boletin_final.pdf).
- Municipio de Condoto (2012) *Plan de Desarrollo Municipal*. Condoto, Chocó.
- PNUD Colombia. (S.F). *Los Afrocolombianos Frente A Los Objetivos Del Desarrollo Del Milenio*. PUNUD, Colombia.
- Radio Caracol. (2012). Bogotá. Recuperado el 5 de Septiembre de 2013, en: <http://www.caracol.com.co/noticias/regional/la-mineria-ilegal-mueve-1600-millones-de-pesos-semanales-solo-en-condoto/20120515/nota/1688097.aspx>.
- República de Colombia. (1973). *Ley 23 de 12 de diciembre de 1973*, mediante la cual se conceden facultades extraordinarias al presidente de la república para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones. Colombia.
- República de Colombia. (1974). Decreto Ley 2811 de 1974, por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Colombia.
- República de Colombia. (1979). *Ley 9ª de 1979*, mediante la cual se dictan Medidas Sanitarias.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Colombia.
- República de Colombia. (1993). *Ley 99 de 1993*, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Colombia.
- República de Colombia. (1993). *Ley 70 de 1993*, por la cual se desarrolló el artículo transitorio 55 de la Constitución política. Colombia.

- República de Colombia. (2009). *Ley 1333 de 2009*, por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. Colombia.
- Rodríguez, Gloria y Muñoz, Lina. (2009). *La participación en la gestión ambiental: “un reto para el nuevo milenio”*. Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia.
- Chocó, tierra de Dragones. (2013). *Revista Semana*. Recuperado del sitio web: <http://www.semana.com/nacion/articulo/choco-tierra-dragones/338108-3>
- Silva, S. y Cuevas, A. (s.f.). *El Espectador “Muchas minas, poco desarrollo”*. Colombia, recuperado el 15 de julio de 2013, disponible digital en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-385112-muchas-minas-poco-desarrollo>. Colombia.
- Sitio oficial de Condoto en Chocó. Recuperado el 01 de Agosto de 2013, del sitio de web de Condoto: <http://condoto-choco.gov.co/sitio.shtml?apc=C1m1--&x=2870567>.
- Subgerencia Cultural del Banco de la República. (2015). *Multinacional*. Recuperado de: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/economia/multinacional>.
- Tamayo, M & Tamayo. (2003). *El proceso de la investigación científica*. FCE, México.

## Recensión

### **Alain Supiot, *Grandeur et Misère de L'état Social*, 2013, Collègue de France et Librairie Arthème Fayard, Paris, 63 P.**

*María Rosalba Buitrago Guzmán\**

El reconocido jurista francés Alain Supiot, especialista en derecho social y fundador del Instituto Francés de Estudios Avanzados de Nantes fue nombrado en el año 2012 profesor en el Colegio de Francia para asumir como titular la cátedra denominada “*Estado Social y Mundialización. Análisis jurídico de las solidaridades*”. El Colegio de Francia es un establecimiento de enseñanza superior de carácter público. Su objetivo es la investigación y la enseñanza en todos los campos: las artes, las letras y las ciencias. Nacido en 1530, el Colegio buscaba la enseñanza de aquellas disciplinas que todavía no eran admitidas en la Universidad. El rey nombraba los denominados “lectores reales”, que hoy son los profesores encargados de 57 cátedras, de las cuales cinco son anuales y reciben cada vez un nuevo titular. No se trata de cátedras permanentes, pues existe una regla de constante renovación en las mismas en consonancia con el desarrollo y el avance de las ciencias. Alain Supiot es nombrado por la Asamblea de Profesores en el año 2012 para regentar la cátedra atrás referida, dada la importancia y originalidad de sus trabajos en materia de Derecho Social.

La lección inaugural de su cátedra, denominada “*Grandeur et misère de l'État Social*”, en español, “*Grandeza y Miseria del Estado Social*” es editada y publicada en su texto integral por el mismo Colegio de Francia y la editorial Fayard en el año 2013, al igual que se hace con cada una de las lecciones inaugurales que son presentadas ante un vasto y exigente público. Esta lección no solo constituye el eje de la cátedra del profesor Supiot en el Colegio de Francia, sino que es el inicio

---

\* 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 [mrubuitrago@unal.edu.co](mailto:mrubuitrago@unal.edu.co)

de una nueva etapa en el pensamiento de este gran jurista. En ella se nos brinda una visión de lo que fue el Estado Social como nueva forma social en el mundo, saliente de los siglos XIX- XX y lo que se convirtió en las últimas décadas. Esta dualidad del Estado Social, su grandeza y su miseria, será también el centro de la presente reseña bibliográfica.

## 1. GRANDEZA DEL ESTADO SOCIAL

Supiot nos muestra en la lección inaugural *Grandeza y Miseria del Estado Social* que tanto el Estado Social como la justicia social no son cuestiones superadas como lo han querido mostrar algunos autores. El Estado Social nace a finales del siglo XIX y comienzos del XX con la adopción en todos los países de occidente de una nueva forma de responsabilidad en materia de accidentes de trabajo. Trayendo a colación una anécdota de la vida de F. Kafka, Supiot remarca los límites que tuvieron los seguros sociales nacientes.

*La indemnización de accidentes de trabajo era el precio a pagar por el tratamiento de desechos humanos de la empresa industrial, precio calculado al más justo punto en tanto es grande la resignación de los débiles de cara a los fuertes del pueblo y en tanto es enraizada la sumisión de las gentes del pueblo a los señores del Castillo (p. 20).*

Sin embargo, era claro que desde entonces el desafío del derecho social era montar barreras para evitar que demasiada injusticia se abriera camino. Las masacres de la primera mitad del siglo XX mostraron lo que se adviene en la sociedad con el empobrecimiento masivo y el odio por el otro. Tan solo fue en dos momentos, a la salida de la Primera Guerra Mundial y, posteriormente, de la Segunda Guerra Mundial, que, en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919 y en la Declaración de Filadelfia de 1944, la Comunidad Internacional se esforzó por extraer las lecciones de estas experiencias atroces, afirmando que “no es posible una paz duradera sin justicia social”.

En Francia, nos dice Supiot, el derecho social engloba el derecho del trabajo, el derecho de la seguridad social y el derecho de la ayuda social y, a su vez, excluye aspectos del derecho público como el derecho fiscal, el derecho a la educación o el de alojamiento. La noción de Estado Social, por el contrario, constituye para Supiot una calidad del Estado contemporáneo y no una simple compartimento del derecho positivo. Francia, Alemania, Rusia, Turquía y Argelia se definen en sus constituciones como Estados Sociales, mientras que Brasil o Sudáfrica o India hacen de la justicia social uno de sus principales fundamentos del orden jurídico nacional.

Retomando los trabajos de Ernst Kantorowicz, el autor subraya que el Estado no es una forma institucional intemporal y universal, sino una invención de los juristas pontificios de los siglos XI – XIII que sufrió tres importantes transformaciones a

lo largo de la historia. Una primera, data de la reforma protestante que dio lugar a poderes soberanos emancipados del Papa, pero no de toda referencia espiritual. Una segunda, inaugurada con la Revolución Francesa de 1789, que permitió romper el equilibrio entre poder temporal y autoridad espiritual. Y una tercera, que respondió a la crisis de legitimidad del Estado cuando en pleno auge del capitalismo industrial se comenzó a ver en éste un mero instrumento de administración y poder. Es esta crisis la que dio nacimiento al Estado Social (p. 29).

Supiot sostiene por este camino que la revolución industrial había sometido en un siglo completo al trabajo humano a hacer transformaciones incomparables tanto de tipo técnico, con el poder de las máquinas a vapor, que exponían a los obreros a nuevos riesgos físicos como de tipo jurídico, con el desarrollo de la figura del arrendamiento de servicios, que trataba el trabajo como una cosa libremente negociable. La conjugación de estos factores resultó mortal para la nueva clase trabajadora del siglo XIX. Entonces, el derecho social apareció para conjurar este problema como una “técnica de humanización de la técnica” (p. 31), protegiendo la salud y la seguridad física y económica de quienes vendían su fuerza de trabajo. De la misma manera, sirvió para domesticar las máquinas y para ponerlas al servicio del bienestar de los hombres, al mismo paso que volvió económica y políticamente sostenible la explotación del trabajo como una mercancía. Con ello, en lugar de que el Estado solo fuera el encargado del gobierno de los hombres, éste se hizo servidor de su bienestar, tomando la forma de lo que se ha conocido como *Estado de Bienestar*, *Estado Providencia* o *República Social*, nociones que se inscriben dentro del término general de Estado Social.

Para Supiot, el Estado Social es la gran invención del siglo XX, pues puso en cuestionamiento el Estado Liberal en dos puntos trascendentales. El primero, logró poner en consideración las dimensiones física y generacional de la vida humana en el derecho de las obligaciones. El régimen capitalista había dispuesto una separación total entre el trabajo y la persona que trabaja, de modo tal que el primero podía ser tratado como cosa negociable en un mercado determinado. La idea era establecer la relación de propiedad entre el hombre y su cuerpo. Sin embargo, Supiot, en clara consonancia con sus obras anteriores, afirma que esta escisión entre sujeto y objeto es materialmente impracticable. Solamente se puede hacer del trabajo un objeto para contratar a partir de ficciones jurídicas, tales como la esclavitud en la cual se considera al hombre como cosa o como en el arrendamiento de servicios, en el cual se entendía que el trabajador era a la vez sujeto y objeto del contrato. Esta idea se hacía necesaria para el capitalismo naciente, que, según K. Polanyi, imponía tratar al trabajo, la moneda y la tierra como simples mercancías. Pero para volver la ficción sustentable, se hacía indispensable insertarla en una forma contractual del arrendamiento de servicios, que protegiera la supervivencia física y económica de los obreros, dando nacimiento luego al contrato de trabajo. De manera general, para Supiot el derecho social se encuentra en el corazón mismo de la consagración del principio de la dignidad humana que tuvo justamente el objeto de reinstalar nuestras necesidades físicas

a la órbita de los derechos del hombre. El segundo gran aporte del Estado Social es el de adicionar al orden jurídico una nueva dimensión, esto es, la de autodeterminación colectiva, diferente a la dimensión horizontal de las relaciones de derecho privado o a la dimensión vertical de las relaciones de derecho público. Esta nueva dimensión permite, entonces, la regla del derecho a la libre asociación de los individuos: el Estado no se contenta con fijar las reglas él mismo, sino que permite a los jugadores modificar algunas de ellas, pues el desafío es lograr una justa repartición de las riquezas. “*La justicia no aparece más como un ideal suspendido en el cielo de las ideas*” (p. 35). Nace así el derecho a la negociación colectiva y todas las libertades colectivas, signo distintivo del Estado Social.

## 2. MISERIA DEL ESTADO SOCIAL

Para el jurista francés, el Estado Social, que fue conocido en su esplendor del siglo XX, parece hoy afectado de miseria. Expuesto por la apertura de las fronteras comerciales y a los riesgos financieros del sistema, sus recursos se han ido agotando, al mismo tiempo que sus cargas ha ido aumentado. El Estado Social se convirtió en el deudor universal de un pueblo que se siente acreedor y que no se reconoce más mutuamente solidario y que, por ende, espera del Estado la respuesta a todos los problemas. Algunos, por supuesto, hablan del deceso del Estado Social. Sin embargo, para Supiot más allá de esta formulación letal, es necesario hacer un diagnóstico más preciso sobre el real Estado Social que vivimos hoy día. Para el autor, el análisis jurídico puede contribuir a establecer en qué consiste el mismo y que se puede esperar en el futuro. Pero no puede encerrarse este análisis, desconociendo los hechos, los valores o las formas. Tratándose del Estado Social, el análisis jurídico debe adoptar una perspectiva bastante amplia para situar este edificio institucional en la historia y la geografía de las solidaridades humanas (p. 43). Aquí, Supiot retoma el concepto de solidaridad para sostener que, luego de volverse central en la sociología, el mismo adquirió un rol fundamental en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. En el Tratado de las Obligaciones de 1761 de Pothier, la solidaridad era sinónimo de solidez. Por supuesto, en el sentido más general, ésta le otorga solidez a un grupo humano y tiene un grado de generalidad y neutralidad que no poseen nociones como caridad o fraternidad, según el jurista francés.

Supiot arguye que, sin lugar a dudas, el contexto internacional es evidentemente la causa la más fuerte del desmoronamiento del Estado Social. Él pone el acento en que la lengua francesa diferencia entre las nociones de globalización y mundialización. Mundializar significa volver humanamente vivible un universo físico, es decir, manejar las diferentes dimensiones del proceso de globalización. Gobernar el aspecto tecnológico supone acomodar las formas jurídicas de organización del trabajo, heredadas del mundo industrial a los riesgos y oportunidades nacidas en el seno de la revolución numérica. Manejar la dimensión comercial implicaría concebir un orden jurídico internacional que conduzca a no escapar a los deberes de solidaridad.

La pregunta con la que cierra el profesor Supiot su lección inaugural es si el Estado Social se encuentra todavía en medida de asegurar este dominio o si bien está condenado a ceder el lugar a otros montajes institucionales (p. 46), cuestión que guiará el desarrollo de su cátedra en el Colegio de Francia. Supiot pretende dar respuesta a la misma, teniendo en cuenta dos pautas de método. La primera obliga a que se retire del manejo jurídico occidental el asunto, que ha engendrado el Estado Social, para abrir el camino a otras formas de estatuir las solidaridades humanas, ver hacia nuevos horizontes, tales como la India, África o el mundo árabe. Ello desvirtuaría la idea según la cual nuestras categorías deben imponerse en todo lugar. De igual forma, pone de relieve otra faceta del Estado Social, no la del monumento europeo, sino la de un proyecto futuro bajo diferentes formas por los países emergentes. La segunda pauta consiste en no pasar por alto los factores internos de desestabilización del Estado Social. Como hijo de la sociedad industrial, heredó dos caracteres que se convirtieron en sus mayores debilidades. De una parte, haber reducido el perímetro de la justicia social a las medidas cuantitativas, compensando en dinero o en tiempo una reificación del trabajo juzgado necesario desde el principio (p. 47). El mundo industrial realizó la división del trabajo entre quienes piensan y quienes ejecutan. Esta deshumanización del trabajo ha sido vanamente denunciada, pues ha sido considerada como la razón del progreso o el fundamento al derecho al empleo. Entonces *“Ciego a las realidades del trabajo, el Estado Social es incapaz de hacer cara a sus transformaciones”* (p. 48). De otra parte, la segunda debilidad es haber concebido la solidaridad sobre el modelo de una vasta máquina anónima de redistribución de riquezas a escala nacional, liberando a los individuos de sus relaciones personales y autorizando la movilización de grandes recursos, la solidaridad nacional permitió hacer cara a la división de algunas solidaridades. Pero es también parte de su debilidad, pues este anonimato multiplica el individualismo sustituyendo un lugar directo entre las personas, *“una relación impersonal con una máquina burocrática”* (p. 48). Entreteniéndolo al individuo en la ilusión de su propia autosuficiencia, el Estado Social mira las diferentes formas de solidez y parece así condenado a entregar al mercado los servicios que no es más capaz de brindar. El futuro se abre y no se sabe si el Estado Social subsistirá, tratando con sus cambios y superando sus debilidades. Por lo pronto, tres cuestiones se hacen necesarias en este análisis: i) la crisis del gobierno de las leyes ante la revolución numérica y las nuevas técnicas inmateriales, ii) el desarrollo y explosión de las solidaridades individuales, tales como los pactos de amistad o el modelo familiar o la tradición mutualista, dada la incapacidad de las instituciones públicas y iii) las transformaciones de la justicia social, al no bastar con satisfacer las necesidades materiales, sino que es necesario hacerlo con las necesidades de reconocimiento (Paul Ricoeur).

### 3. LAS REFLEXIONES DE GRANDEZA Y MISERIA DEL ESTADO SOCIAL

*Grandeza y Miseria del Estado Social* constituye una invitación a repensar profundamente el Estado Social, desde una perspectiva que integre los grandes aportes del mismo, pero también las reales debilidades de que adolece esta forma estatal en las sociedades contemporáneas.

Las contribuciones del Estado Social como bien lo resalta Supiot tienen que ver con la superación misma del Estado Liberal, en cuanto puso en el centro mismo, por primera vez desde 1789, la cuestión de las necesidades materiales de los seres humanos. No tendremos verdaderamente derecho a la vida, a la libertad o la igualdad, sino a partir de la garantía de la superación de la necesidad, fuente de males mayores como la guerra y la violencia. El derecho social y el principio de la dignidad humana se convirtieron en fuertes barreras que limitan el actuar de los mercados y del antiguo dogma de *“laisser faire- laisser passer”*.

Supiot nos incita a pensar en dos cuestiones fundamentales en cuanto al proceso de desmoronamiento por el que está atravesando el Estado Social, luego de implementarse todas las medidas de los gobiernos Tacher y Reagan en los años 70 y la incorporación del modelo económico neoliberal.

La primera, resulta ser que no puede perderse de vista, en ningún momento, que este proceso es diverso de uno u otro lado del océano. Evidentemente, podemos afirmar que la crisis del Estado Social en Europa ha tenido más contundencia en los últimos años, lo cual ya venía sucediendo en América Latina desde finales de la década de los 80 y comienzos de los 90. Las condiciones de nacimiento, consolidación y crisis cambian en ambos continentes, como cambian de país a país. Entonces, habrá que tener en cuenta en el análisis y diagnóstico de la crisis del Estado Social esta diversificación y comparación ineludible, so pena de caer en miradas eurocéntricas.

La segunda cuestión es que una crítica del Estado Social, en el contexto actual de neoliberalismo económico y de supremacía de una cultura claramente individualista debe tener extremo cuidado a la hora de determinar cuáles son los factores externos al desmoronamiento del Estado Social y cuáles pueden ser sus factores internos. La crítica que hoy más que nunca se hace necesaria debe fundamentarse en una mirada global de lo que está aconteciendo en materia económica, social y cultural en la sociedad contemporánea sino se quiere caer en el riesgo de que la misma llegue a legitimar los cambios y transformaciones que aspira a imponer la economía de mercado.

Señalar que es el Estado Social el que crea y promueve el trabajo reificado o extrañado o para algunos “alienado” puede llegar a desconocer que la cosificación del trabajo es causada principalmente por la organización heterónoma del mismo, jerarquizada y sin autonomía. Sería olvidar su real y directa causa. Entonces, no es posible endilgar una responsabilidad al Estado Social como la fuente misma de la deshumanización actual del trabajo. Hay en esta consideración del profesor Supiot un elemento totalmente discutible y revisable desde la misma teoría social y la teoría del trabajo.

## 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 castellanas, 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 CITACIÓN

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 citas 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

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 Luís Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)<sup>1</sup>.

## 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 convocación des 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 18<sup>th</sup> Century to the Middle of the 19<sup>th</sup> 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 Luís 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 18<sup>th</sup> Century to the Middle of the 19<sup>th</sup> Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

## 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).

<sup>1</sup> 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.

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, transmitir 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 drown 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 ISO System 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)<sup>2</sup>.

- 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.

<sup>2</sup> 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.

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 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 18 th Century to the Middle of the 19 th 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 18 th 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, irrevocably, the rights to publish with license to copy, use, disseminated, 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 send to the Editorial Committee, which arbitrators shall appoint specialists 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 Ética 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

### Criterios:

- 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:
  - a) Qué cantidad del trabajo de otra persona se tomó (varias líneas, párrafos, páginas, todo el artículo)
  - b) 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 compartan 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

### Criterio:

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.

## 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 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:
  - a) Manufacture of data. Invent data and research results and then communicate.
  - b) 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:**

- 7.3. Before submitting an article, please read the editorials and journal data policies.
- 7.4. Never alter, change or omit information intentionally. This includes research materials, processes, equipment, tables, citations and references.
- 7.5. Both manufacturing and data falsification are forms of serious misconduct because both result in scientific publications that do not accurately reflect the observed truth.
- 7.6. 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.
- 7.7. 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 bu 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 Constituyente: fundamentos y límites

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 julio de 2015.  
300 libros impresos sobre papel bond blanco de 90 grs,  
con tipografía de familia Constantia a 10 puntos.  
Diagramación: Doris Andrade B.

