

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Julio-diciembre de 2017 No. 46

Derecho público y la garantía
de los derechos humanos

Revista PENSAMIENTO JURÍDICO

Julio-diciembre de 2017 No. 46

Derecho público y la garantía de los derechos humanos



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 46

Título del número: *“Derecho público y la garantía de los derechos humanos”*

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

Lugar y fecha: Bogotá, Julio - Diciembre de 2017

© 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. Andre-Noel Roth Deubel (Director)

Director de la Revista

Prof. Dr. Bernd Marquardt

Comité Editorial

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

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

Comité Científico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pares Evaluadores

Prof. Dra. Martha Prieto Valdés (Universidad de la Habana, Cuba)

Prof. Dr. Carlos Forcadell Alvarez (Universidad de Zaragoza, España)

Prof. Dra. María del Carmen Barranco Avilés (Universidad Carlos III, España)

Prof. Dr. Edgar Enrique Martínez Cárdenas (Escuela Superiores de Administración Pública, Colombia)

Prof. Dr. Libardo Orlando Riascos Gómez (Universidad de Nariño, Colombia)

Prof. Dr. Hernán Alejandro Olano García (Universidad de la Sabana, Colombia)

Prof. Dr. Eleonora Lozano Rodríguez (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Celso Maran de Oliveira (Universidade Federal de São Carlos, Brasil)

Coordinador Editorial

Luis Fernando Sánchez Supelano

Correspondencia y Subscripción

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

Teléfono (571) 316 5000 Ext.: 17306

Correo electrónico: rpjurídico_fdbog@unal.edu.co

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

Portada:

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

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

Contenido

Presentación	11-14
--------------------	-------

PROLEGÓMENOS PARA UNA CRÍTICA DE LA RAZÓN CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

PRELIMINARIES FOR A CRITIQUE OF THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL RIGHT

Carlos Lascarro Castellar	15-45
1. Imaginarios “neoconstitucionales” pos-91.....	16
2. La lógica pospolítica	19
3. La encriptación del poder	21
4. El (emergente) nuevo constitucionalismo latinoamericano.....	24
5. Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano: un debate pendiente	31
Conclusiones: Hacia un diálogo crítico solidario entre constitucionalistas latinoamericanos y la izquierda occidental	39
Bibliografía	40

UNA HISTORIA CONCEPTUAL DE LO “AMERICANO”. UNA IDENTIDAD ESQUIVA

A CONCEPTUAL HISTORY OF THE “AMERICANO”. A DODGES IDENTITY

David Armando Rodríguez Rodríguez	47-101
Introducción	48
1. Una tarea de la filosofía latinoamericana	49
1.2. Justificación: una primera problematización	52
2. La historia conceptual y la genealogía: herramientas teórico-metodológicas	56
2.1. Historia conceptual	56
2.2. Genealogía en Nietzsche y Foucault	57
2.3. Breve conclusión	63
3. Las ideas sobre lo americano. Siglo XIX.....	63
3.1. Breves referencias siglos XV-XVIII	64
3.2. Siglo XIX	65
3.3. Primer balance	74
3.4. El positivismo en América. Breve mención al positivismo europeo.....	80
3.5. El positivismo latinoamericano: “anglosajonización” y “deshispanización”	83
3.6. El nombre asuntivo	90
Conclusiones. “Largo e inacabado viaje hacia sí misma”	95
Bibliografía	97

**LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL FRENTE A LOS NUEVOS
PARADIGMAS DE LA REPARACIÓN**

RES JUDICATA FROM DE NEW PARADIGM OF REPAIR

John Arturo Cárdenas Mesa	103-151
Introducción	104
I. El concepto de cosa juzgada	106
II. Cruce de dos jurisdicciones: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Consejo de Estado	110
A. Estado actual de las medidas de reparación en caso de graves violaciones a los Derechos Humanos.....	110
B. Cruce de las dos jurisdicciones.....	117
C. Jurisdicciones similares mas no iguales.....	125
III. Cosa juzgada internacional.....	128
A. El caso <i>Ituango</i> , un absurdo para no repetir.....	128
B. Derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento forzado en las sentencias de la Corte.....	131
IV. La cosa juzgada internacional para las víctimas de desplazamiento forzado en el caso <i>Masacres de Ituango</i>	137
A. Identidad jurídica de las partes.....	138
B. Identidad de objeto	141
V. La cosa juzgada internacional no aplica cuando el estándar de reparación de la Corte es inferior al estándar interno	142
Conclusiones.....	146
Bibliografía	148

ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

AFFIRMATIVE ACTIONS FOR PUBLIC CONTRACTING IN COLOMBIA

Juan Pablo Vallejo Molina	153-168
Introducción	154
I. Origen y evolución de las acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia: la Constitución de 1991 y su desarrollo jurisprudencial	155
Definición y concepto general.....	155
Origen, historia e irrupción en el ordenamiento jurídico colombiano	156
Igualdad entre oferentes: doctrina constitucional y su aplicación en Colombia	157
Igualdad de acceso a la contratación estatal	158
II. Acciones afirmativas de la contratación estatal en Colombia: medidas	159
Una interpretación sistemática y extensiva.....	159
Contratación administrativa entre las micro-, pequeñas y medianas empresas	160
Contratación laboral administrativa y participación efectiva de la mujer	161
III. Acciones afirmativas de la contratación estatal en Colombia: casos.....	161
Caso discapacitados.....	162
Caso recicladores Bogotá	163
Conclusiones.....	163
Posibles acciones afirmativas en la contratación estatal: una propuesta.....	164
Bibliografía	166

EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL. REGULACIÓN COMUNITARIA Y ESPAÑOLA	
DIGITAL RIGHT TO OBLIVION. COMMUNITY AND SPANISH REGULATIONS	
Alejandro Platero Alcón	169-200
I. El derecho al olvido en internet	171
II. El derecho fundamental a la protección de datos.....	174
A. Regulación comunitaria.....	174
B. La Ley Orgánica de Protección de Datos. Derechos de oposición y cancelación..	176
III. El papel de la Agencia Española de Protección de Datos	180
IV. El establecimiento de un verdadero derecho al olvido.....	182
A. Análisis de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional el 27 de febrero de 2012.....	182
B. Análisis de Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014	185
C. Las consecuencias del pronunciamiento europeo	188
V. La regulación comunitaria actual del derecho al olvido.....	190
A. Antecedentes legislativos. Motores del cambio	190
B. Propuesta de reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos.....	192
Conclusiones.....	195
Bibliografía	198
LOS MINISTROS DE CULTO EN EL SISTEMA ELECTORAL MEXICANO: RÉQUIEM O RESUCITACIÓN DE SUS DERECHOS POLÍTICOS	
THE MINISTERS OF CULT IN THE MEXICAN ELECTORAL SYSTEM: REQUIEM OR RESUME THEIR POLITICAL RIGHTS	
Carlos Manuel Rosales	201-241
Introducción	202
Democracia.....	203
Derechos políticos	209
El muro de separación	215
Constitución mexicana	218
Derechos políticos convencionales.....	223
Igualdad de participación política	226
Conclusiones.....	230
Bibliografía	235

**CÓDIGO DEONTOLOGICO DEL ABOGADO EJERCIENTE EN EL ARBITRAJE
DE DERECHO PRIVADO**

**DEONTOLOGICAL CODE OF THE EXECUTIVE ATTORNEY IN THE PRIVATE
LAW ARBITRATION**

Luis Montilla Arjona 243-266

I. Abogado, jurista, especialista.....	245
II. Estado actual de la cuestión	248
III. Abogado o árbitro	253
IV. Conclusiones y propuesta	259
Bibiografía.....	263

**A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DECORRENTE
DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA**

ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY ARISING FROM PROGRAMMED OBSOLESCENCE

Gabriella de Castro Vieira y Elcio Nacur Rezende 267-285

1. A obsolescência programada e a degradação do meio ambiente	271
2. Responsabilidade civil ambiental	277
Considerações finais	282
Referências.....	284

Revista Pensamiento Jurídico. Instrucciones para los autores de artículos a publicar 287

Journal Pensamiento Jurídico. Instructions for authors..... 295

Política de Ética Editorial

Editorial Ethics Policy..... 303

Editorial Ethics Policy..... 311

Presentación

En 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 algunas reflexiones sobre la historia del derecho y los derechos desde un enfoque trans- e interdisciplinar, con el ánimo de contribuir a la comprensión de la evolución, desarrollo y concreciones de los mismos. El contenido de la revista está dirigido a investigadores, docentes, estudiantes y especialistas en las diversas ramas del derecho, en el ámbito nacional e internacional. A continuación se realiza una breve presentación de cada uno de los artículos.

En primer lugar se encuentra el artículo “Prolegómenos para una crítica de la razón constitucional latinoamericana”, elaborado por Carlos Lascarro Castellar (abogado, magíster en Derecho) de la Universidad Uniciencia. Este texto plantea una aproximación teórica sobre las trayectorias de dos corrientes constitucionales con despliegue significativo en América Latina, ofrece un panorama amplio de la producción intelectual sobre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano y señala a su vez las principales tendencias de análisis y algunos elementos de interpretación alrededor de la pregunta por la categoría de poder.

En segundo lugar está el artículo denominado “Una historia conceptual de lo ‘americano’. Una identidad esquiva” del funcionario de la Corte Constitucional colombiana David Armando Rodríguez Rodríguez (abogado, magíster en Derecho Constitucional, magíster en Historia, magíster en Filosofía de la Historia). Este artículo recoge la temática de una de las sesiones del curso Estudios Comparados del Derecho relacionada con la identidad latinoamericana. A partir de reflexiones de la historia conceptual de Koselleck y Rosanvallon se busca responder a la pregunta sobre la aparición del adjetivo “latino” o “latina” como calificativo del sustantivo América; mostrar que la identidad colectiva del continente nos es esquiva; y polemizar el consenso de la historiografía, según el cual el adjetivo “latino”, fue una forma para otorgar peso a Francia, en perjuicio de España. Este texto es un modesto homenaje al profesor Juan, sus enseñanzas y la continuación de sus inquietudes.

A continuación se ubica el texto “La cosa juzgada internacional frente a los nuevos paradigmas de la reparación” del abogado litigante John Arturo Cá-

denas Mesa (abogado, magíster en Literatura Colombiana de la Universidad de Antioquia y especialista en Derecho Contencioso Administrativo). En este artículo se analiza la forma confusa como se vienen valorando mutuamente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias del recurso contencioso-administrativo, lo que ha propiciado absurdos que de no ser corregidos propiciarán una forma de discriminación para las víctimas de violaciones a derechos humanos y en especial para las víctimas de desplazamiento forzado. Por esta razón se argumenta que para solucionar esto se requiere una interpretación acorde al nuevo paradigma jurídico cultural que se viene gestando desde hace más de una década en el derecho a la reparación de las víctimas.

Seguidamente se encuentra el artículo denominado “Acciones afirmativas en la contratación estatal en Colombia”, del abogado asesor de la Superintendencia de Puertos y Transporte Juan Pablo Vallejo Molina (abogado, estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo). Este artículo parte de la conceptualización de las acciones afirmativas como todas aquellas acciones que encaminadas a zanjar las brechas notoriamente existentes en la sociedad y que por atentar contra el principio-derecho fundamental de la igualdad deben ser eliminadas. Se argumenta cómo deben tener cabida en la actividad contractual del Estado en Colombia; se discute sobre su origen y desarrollo histórico, evolución normativa a la luz de la Constitución de 1991, pero principalmente el desarrollo jurisprudencial de la mano de la Corte Constitucional y algunas medidas y casos puntuales en torno a esta discriminación positiva.

Ulteriormente se ubica el texto “El derecho al olvido digital. Regulación comunitaria y española” del estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura Alejandro Platero Alcón (becario de investigación del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura). Este trabajo tiene por objeto el análisis de la figura del derecho al olvido en internet. Esta figura será analizada desde sus orígenes, como meras solicitudes de tutelas de derechos presentadas ante las agencias de protección de datos de los países europeos, hasta su aplicación actual, configurado tal derecho como un derecho quasi-fundamental, enmarcado dentro de la esfera del derecho fundamental a la protección de datos. También será objeto de análisis la labor desarrollada por la Agencia Española de Protección de Datos, la primera agencia europea que decidió condenar a los motores de búsqueda por el mal tratamiento de datos producido en su funcionamiento. Fruto de su labor, estos casos llegaron a la Audiencia Nacional. Finalmente, se expondrá la labor del Tribunal de Justicia Europeo para configurar este derecho, para terminar exponiendo la situación actual del denominado derecho al olvido.

En sexto lugar se encuentra el artículo intitulado “Los ministros de culto en el sistema electoral mexicano: Réquiem o resucitación de sus derechos políticos”, del profesor de la Universidad Autónoma de México Carlos Manuel Rosales (licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, diplomado por la Universidad de Heidelberg, magíster y doctorado en la Universidad de Chile). Este escrito tiene como finalidad mostrar cómo la limitación constitucional y legal impide que los ministros de culto puedan participar como candidatos a cargos de elección popular, y cómo esta situación lesiona la posibilidad de participación libre que permite la construcción de una verdadera democracia.

Más adelante está el artículo “Código deontológico del abogado ejerciente en el arbitraje de derecho privado”, del profesor de la Escuela de Licitación ICA Granollers, Luis Montilla Arjona (abogado, doctorando Departamento de Derecho Procesal UNED). Este artículo parte del análisis de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, Ley de Arbitraje, y se aborda su objetivo fundamental de consolidar el uso de la institución arbitral en nuestro ordenamiento como una alternativa a la jurisdicción ordinaria. El texto argumenta que, salvando figuras especiales como el arbitraje de consumo, el arbitraje constituye un método poco comprendido y poco desarrollado, a pesar de que debiera ayudar a descongestionar nuestro sistema judicial. El artículo propone sustraer todo halo de corporativismo de quien ha sido la principal figura en el arbitraje de derecho privado, el abogado ejerciente, para lo que se sostiene la necesidad de crear normas deontológicas específicas que enmarquen, entre otras, la relación de este con el cliente.

Finalmente, se presenta el artículo titulado “A responsabilidade civil ambiental decorrente da obsolescência programada”, elaborado por el profesor de la Escola Superior Dom Helder Câmara, Elcio Nacur Rezende (magíster y doctorado en Derecho por la Pontificia Universidade Católica de Mina Gerais) y la estudiante de la Maestría en Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentables de la Escola Superior Dom Helder Câmara, Gabriella de Castro Vieira (abogada). Este artículo pretende demostrar, a través de una pesquisa bibliográfica, jurisprudencial y documental, que la obsolescencia programada es una estrategia empresarial a estimular el consumismo desenfrenado. Se argumenta cómo esta práctica es perjudicial para el ambiente, pues además de comprometer los recursos naturales, lanza anualmente al ambiente toneladas de residuos de la corriente del posconsumo. Con el objetivo de combatir esta estrategia empresarial, este artículo intenta demostrar la relevancia y aplicabilidad del principio de la responsabilidad civil ambiental, amparada por la Constitución de la República Federativa de Brasil y otras normas ambientales de dicho país.

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 público en sentido amplio abordando discusiones pertinentes sobre el constitucionalismo, los derechos, la ética y la responsabilidad ambiental, y en esta ocasión de manera especial con el derecho en la aplicación de la normatividad.

BERND MARQUARDT

Director *Revista Pensamiento Jurídico*

PROLEGÓMENOS PARA UNA CRÍTICA DE LA RAZÓN CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA*

PRELIMINARIES FOR A CRITIQUE OF THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONAL RIGHT

*Carlos Lascarro Castellar***

Fecha de recepción: 11 de junio de 2016

Fecha de aceptación: 17 de febrero de 2017

RESUMEN

El siguiente trabajo plantea una aproximación teórica a las trayectorias de dos corrientes constitucionales con despliegue significativo en América Latina, con el propósito de ofrecer un panorama amplio de la producción intelectual sobre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano y señalar a su vez las principales tendencias de análisis y algunos elementos de interpretación alrededor de la pregunta por la categoría de poder.

Palabras clave: constitucionalistas, estudios decoloniales, imaginarios constitucionales, poder, pospolítica.

ABSTRACT

The following work is a theoretical analysis of the trajectories of two constitutional currents with significant deployment in Latin America: trying to offer a wide spectrum of intellectual production on the neoconstitutionalism and the new Latin American constitutionalism, pointing to his once the main trends analysis and some elements of interpretation around the question of the status of power.

Keywords: constitutionalists, decolonial studies, constitutional imaginaries, power, postpolitical.

-
- * Este documento es resultado del proyecto de investigación “Propuesta para una periodización de los estudios constitucionales post-91 en Colombia”, adscrito al Grupo de Investigación Perspectivas Jurídicas (COL0171379) de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo – Uniciencia, sede Bogotá, grupo de investigación del cual el autor es director.
- ** Abogado, magíster en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Profesor tiempo completo y Coordinador de Investigaciones de la Facultad de Derecho de Uniciencia. Profesor Invitado del Seminario “Juan Jaramillo: Constitucionalismo en América Latina” de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional.

1. IMAGINARIOS “NEOCONSTITUCIONALES” POS-91¹

Nuestro punto de partida será el análisis del discurso de los constitucionalistas, y en esta primera parte abordaremos exclusivamente el caso colombiano². Podemos decir a grandes rasgos que, a pesar de ciertas críticas —disparadas en algunos casos por sectores conservadores y dirigidas al costo económico de los derechos en el marco de la crisis económica (Kalmánovitz, 2001), la falta de legitimidad de los tribunales constitucionales o el socavamiento de la tridivisión del poder público—, el discurso neoconstitucional empieza a elaborar y asentar sus bases teóricas, a partir de 1991, en una línea distinta tanto al kelsenianismo que había dominado el ambiente filosófico-jurídico en nuestro país (López, 2004) como a la concepción del constitucionalismo como *campo de batalla* (Valencia, 1987); tales bases constituyen, esta es nuestra tesis, un fuerte imaginario constitucional que representa para los sujetos la inmersión en el (neo)Estado constitucional. Tras estudiar la genealogía de este fenómeno podemos decir que la instauración de este modelo no puede explicarse solamente acudiendo a variables empíricas como el éxito (o no) de los fallos judiciales (Rodríguez & Rodríguez, 2010; Upegui, 2009), el activismo del juez constitucional, prácticas jurisprudenciales (sospechosamente) contrahegemónicas (Uprimny & García, 2004), la integración de emociones morales —compasión, empatía, etc.— en las decisiones judiciales en clave de un “derecho constitucional progresista” (Arango, 2007, p. 111) o el “tomar en serio” los DESC (Pérez & Rodríguez, 2007). Por más exhaustivas que sean estas explicaciones, pueden apenas contarnos una parte de la eficacia de dicho modelo. La otra parte es la que atañe a lo que podríamos denominar los *imaginarios constitucionales* escenificados desde dicho discurso.

Estos imaginarios generan: (1) la idea de que la realización del Estado constitucional, inmerso o en tensión con el Estado neoliberal, es posible; (2) que los derechos están mejor protegidos en manos de jueces que del legislador o del ejecutivo; (3) que los jueces, mediante sus decisiones, puedan eventualmente afectar intereses económicos esenciales y desencadenar prácticas “emancipatorias”; (4) que algunos actores sociales, frenados por un contexto de violencia, vean reducidas sus prácticas contestatarias a estériles e impotentes manifestaciones, lo cual los hace acudir a la instancia constitucional y no a la movilización política (el activismo

- 1 Con esta expresión queremos designar el discurso constitucional que, en Colombia, empieza a gestarse a partir de 1991.
- 2 Si bien el neoconstitucionalismo tiene una larga tradición teórica (asociada comúnmente a autores como Alexy, Dworkin, Atienza, Guastini, Carbonell; frecuentemente relacionada con las Constituciones de Alemania, Italia, España, en la segunda mitad del siglo XX; y tiene en su arsenal categorial conceptos como ponderación, proporcionalidad, prácticas jurisprudenciales activistas, derechos fundamentales, entre otros), en este trabajo solo haremos alusión al caso colombiano: lo anterior tanto por razones de tiempo como por objetivos del autor, quien busca presentar un contraste entre dos modelos constitucionales en Latinoamérica.
- 3 Sigo aquí la idea de *imaginarios* de Castro-Gómez y Restrepo (2008).

judicial de la Corte ha creado una “especie de alianza contrahegemónica tácita entre [la Corte] [...] y ciertos sectores sociales excluidos y atropellados, para desarrollar los valores emancipatorios en la Carta de 1991” (Uprimny & García, 2004, pp. 478); (5) debido al vacío institucional, generado por poderes públicos como el legislador o el ejecutivo, la Corte Constitucional aparece no solamente como la institución judicial “más prestigiosa y visible” para los ciudadanos (en comparación con, por ejemplo, el Consejo de Estado, la Corte Suprema...) sino también como “el único y más eficaz” canal de comunicación entre el poder constituyente y el poder constituido; (6) que las decisiones judiciales son actos puramente técnicos, provenientes de una aplicación meticulosa de métodos (por ejemplo, de interpretación constitucional: ponderación, proporcionalidad...). En este sentido el Tribunal constitucional aparece, o más bien es presentado, como un agente neutral en busca de la interpretación progresiva de los derechos fundamentales.

Dichos imaginarios fueron construidos no solamente desde el efecto (progresivo o no) de los fallos de la Corte Constitucional: de su capacidad (o incapacidad) para transformar la realidad colombiana. Fueron edificados conjuntamente desde un discurso que construyó imágenes ideales que no son simples entidades mentales que “engañan a la gente” sino que desencadenan una serie de identificaciones imaginarias que van a constituir parte fundamental de la cultura constitucional, y que raramente suelen ser tenidas en cuenta, o más específicamente estudiadas. Esta cultura constitucional es necesaria para entender cómo se forjaron los sujetos⁴ que hicieron posible la inserción (ahora sí ideológica) en el Estado constitucional.

El discurso de los constitucionalistas colombianos al que hacemos referencia se ha edificado tanto desde los estudios de *teoría constitucional* como de *sociología del derecho*⁵. En el primer caso, el objeto epistemológico de la discusión está dirigido a una cuestión gramatical, a una cuestión que ancla sus bases en lo más profundo de la teoría jurídica. Este grupo comparte la idea de todo un desarrollo teórico sofisticado en Colombia, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, el cual impone un verdadero cambio de paradigma jurídico ausente en la historia de nuestro país. La teoría jurídica (neoconstitucional) en Colombia se ha encargado de problematizar el formalismo jurídico, y con ello ha intentado poner de manifiesto la insuficiencia del paradigma positivista, en particular la versión estándar, el kelsenianismo, para resolver la pregunta que las Constituciones de posguerra plantean. Todo este grupo, a pesar de las distancias que puedan existir entre sus proyectos teóricos, parece alinearse en un punto: mostrar, y a

4 Sigo literalmente, en este punto, la idea de Castro-Gómez y Restrepo (2008).

5 No estamos diciendo que dicho discurso se elaboró *solamente* desde estos enfoques; queremos más bien, en este trabajo, *resaltar* y concentrarnos en estos dos, pues son abordajes que, observados desde una “mirada de soslayo”, reflejan un fuerte y traumático trasfondo ideológico.

la vez atacar, la tendencia histórica de espectro formalista-procedimental del constitucionalismo colombiano —atribuible, más bien, al derecho en general— encapsulada ya en el positivismo ya en el iusnaturalismo, lo cual ha contaminado y contamina aún el proceso de renovación hermenéutico-jurídica que empezaba, en su momento, a afrontar la jurisprudencia constitucional. En ese sentido, la lucha política parece convertirse en una lucha por la interpretación de los derechos: una lucha por una especie de verdad constitucional. La Constitución, entonces, deviene en un instrumento de convalidación normativa más que en uno de apertura democrática.

La sociología jurídica, por su parte, ha sido impulsada notoriamente por tres instancias: DeJusticia, el Cijus y la Colección Derecho y Sociedad, impulsada por el Cijus, el grupo Derecho y Acción Social (Ideas) y en colaboración con Siglo del Hombre Editores. Se han gestado numerosos estudios interdisciplinarios sobre las instituciones y el derecho, los cuales, mediante la combinación de teoría y trabajo empírico, buscan poner de manifiesto, entre otras cosas, las relaciones (1) entre Constitución y modelo económico y (2) entre jurisprudencia (constitucional) y cambio social.

De esta forma, estos enfoques se han preocupado por la función social del derecho; concentrándose en la función del Tribunal constitucional como referente inevitable. Más allá de sus matices, su preocupación central parece ser la forma en que el uso del derecho dentro de contextos como Colombia, si bien puede ser hegemónico, puede llegar a revertir(se) su carácter a través de prácticas jurisprudenciales, generando una práctica *contrahegemónica y emancipatoria* (Lascarro 2012). Se intenta entonces, mostrar al derecho desde su proyección simbólica y emancipatoria.

Leonardo García Jaramillo expone cómo toda esta atmósfera jurídica tiene cada vez más adeptos, se propaga al parecer sin resistencia alguna. Esto lleva a que inevitablemente el autor considere, siguiendo a Miguel Carbonell, que “Colombia esté regida por los postulados del neoconstitucionalismo” (García, 2008, p. 290).

Tanto en la teoría constitucional como en la sociología del derecho existe una preocupación por la función del derecho, pero al parecer ambas ignoran las grandes estructuras de poder; si bien se desbordan en algunos casos fronteras epistemológicas, no hay alusión a cuestiones de filosofía política como entrecruzar el concepto de pueblo con el de Constitución, a penetrar la textura de las ideologías o el problema del poder (al menos no en la forma en que lo abordaremos más adelante).

2. LA LÓGICA POSPOLÍTICA

Quisiéramos ahora mostrar que estos imaginarios van de la mano de un discurso pospolítico. De igual forma, sostendremos que, en últimas, el problema por el poder termina siendo —y esto pasa desapercibido— un asunto silenciado (Lascarro & Lascarro, 2013) a través de técnicas de encriptación constitucional. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y los académicos, a quienes podemos ubicar en el campo semántico de la expresión neoconstitucionalistas, se caracterizan, entre otras cosas, por mostrar una cierta sensibilidad ante asuntos que de antaño eran (casi que) ignorados; de esta forma, algunos autores han planteado una especie de sensibilidad en el diseño constitucional del Estado social de derecho frente, por ejemplo, a ciertos eventos catastróficos como podrían ser la violencia, el desconocimiento de la dignidad humana⁶, la exclusión, la miseria... en ciertos casos concretos⁷ (Upegui, 2009, pp. 74-75). Rodolfo Arango sostuvo en algún momento, siguiendo a la filósofa norteamericana Martha Nussbaum y su idea del juez literario, que el razonamiento constitucional debía estar acompañado, “corregido” por las emociones morales, como por ejemplo, la empatía, la piedad, la compasión, y así, de esta forma, trasladándose el juez al lugar de la “victima”, al lugar del accionante desprotegido, podría evitar eventos catastróficos que el derecho no prevé, y arribar de esta forma a un “derecho constitucional progresista” y sensible (Arango, 2007, p. 111).

Lo que queremos señalar es que si bien dentro del discurso referido suelen aparecer temas relativos a asuntos económicos como sindicalismo⁸, ciertas restricciones a trasnacionales⁹, endeudamiento hipotecario múltiple de vivienda (como en el famoso caso UPAC vs. entidades financieras¹⁰), temas sobre los DESC, entre otros, prevalecen las políticas de la diferencia. “En suma, la diferencia clave radica en el *mantenimiento* de la política del antagonismo y la *primacía* de la política de la diferencia” (Mantilla, 2008, p. 3; énfasis fuera de texto). Este tipo de técnicas en la sociedad globalizada conllevan según diversos autores como Žižek y Laclau, a la emergencia de un momento pospolítico, el cual radica, como se puede apreciar, no en la eliminación de la política adversarial (del antagonismo) sino en un astuto giro de tuerca que consiste en el mantenimiento de la

6 Desde el discurso jurisprudencial, sobre el tema de la dignidad humana, véase al respecto la Sentencia T-881 de 2002.

7 Sobre el tema de la justicia en “casos concretos”, véase la Sentencia T-401 de 1992.

8 Véase la Sentencia T-436 de 2000, en la cual se revierte una decisión de la empresa Codensa de licenciar a más de 2.000 trabajadores, y la Sentencia T-568 de 1999.

9 “Entre ellas se encuentran las siguientes: ha protegido el derecho a la autonomía cultural del pueblo U’wa contra las pretensiones de la empresa multinacional Oxi y del gobierno colombiano de explotar petróleo en lugares considerados por el pueblo U’wa como parte de su territorio, con fundamento en la concepción de dicho pueblo según la cual la tierra y con ella el subsuelo el petróleo, es sagrada [...]” (Uprimny & García, 2004, p. 234).

10 Véanse sentencias como la C-252 de 1998, la C-383 1999, la C-747 de 1999, la C-700 de 1999, entre otras.

política adversarial pero junto a la primacía de la política de la diferencia (Žižek, 2005). En ese sentido, en el terreno constitucional —aunque por supuesto no exclusivamente— se observa una demarcada tendencia a ubicar en un terreno intocable temas ligados a la política: estos debates dejan de lado la discusión sobre los puntos nodales que en nuestro tiempo definen lo político: las dinámicas puntuales de acumulación de capital (Mantilla, 2008; Žižek, 2005).

En síntesis, se puede decir que el modelo neoconstitucional plantea una defensa de las políticas de la identidad¹¹, las cuales, si bien es cierto representan algunos propósitos progresivos, se enmarcan de igual forma dentro de las metas de un solo grupo y demandan igualdad dentro del sistema; por tanto, como lo ha señalado lúcidamente Ramón Grosfoguel (2006), el sistema de explotación es un espacio de intervención crucial que requiere alianzas más amplias a lo largo de líneas no solo raciales y de género, sino también a lo largo de líneas de clase y entre una diversidad de grupos oprimidos en torno a la radicalización de la noción de igualdad social. Žižek (2005) concuerda con este diagnóstico cuando sostiene que no existe una oposición entre estas luchas sociales contemporáneas, sino que más bien debe evitarse precisamente la reducción a uno de los dos polos de los movimientos progresistas: el reto consiste en imaginar las posibilidades concretas de vinculación de tales demandas (Mantilla, 2008).

Por tanto, si bien debemos reivindicar el rol de la Corte Constitucional en contextos como el colombiano, debemos también advertir su fuerte inmersión en un discurso pospolítico neoliberal que, a la larga, solo construye elementos para la defensa de la identidad (multiculturalismo, no interculturalidad), junto a ciertas reivindicaciones; a la vez que, y esto es lo más perverso, abona el terreno para tanto el disimulo como la sustracción de todas las dimensiones del poder: las fuertes estructuras de poder quedan empolvadas, alojadas en un lugar “intocable” y naturalizadas. La Constitución, entonces, parece devenir en un instrumento netamente jurídico-hermenéutico y no, como es su esencia, en un instrumento eminentemente político (Lascarro, 2012). En este sentido, la pregunta (política) por la Constitución ha sido sustituida por la pregunta (técnica-jurídica) por cómo se interpreta la Constitución.

Por esta razón, las propuestas de los constitucionalistas colombianos —un derecho constitucional progresista, test de ponderación, apostarle al éxito de los fallos judiciales, fortalecer el activismo del juez constitucional, prácticas jurisprudenciales (supuestamente) contrahegemónicas, “tomar en serio” los DESC, racionalizar las decisiones judiciales— descuidan considerar las causas que determinan las desigualdades sociales y las asimetrías estructurales en las relaciones de poder propias del orden capitalista actual. Dichas propuestas

11 Por política(s) de la identidad entendemos un modelo en clave de la idea de multiculturalismo, opuesto a la idea de interculturalidad. Al final del trabajo se desarrollará este punto.

(desde el terreno constitucional) no constituyen (jamás) un enfrentamiento al sistema, es decir una tensión entre el modelo económico y el modelo social-constitucional, sino que precisamente, en la medida en que permiten que el capitalismo pueda operar racionalmente y despolitizan el conflicto, forman parte de la lógica misma del sistema.

En esa línea parecen concurrir, por ejemplo, varias de las propuestas adoptadas por la fórmula del Estado social de derecho: el reconocimiento y a la vez la protección de la propiedad privada, amabilizada por una (¿supuesta?) función social y ecológica de la misma; el reconocimiento de la libertad de empresa con responsabilidad social; la liberalización de los mercados con la conjunta intervención estatal. De esta forma, se daría solución a una serie de antagonismos: propiedad vs. trabajo; libertad vs. igualdad; individualismo vs. solidaridad (Upegui, 2009, p. 40).

3. LA ENcriptación DEL PODER

Esto nos lleva en últimas al problema por el poder y a la encriptación del mismo desde el terreno constitucional. La Constitución, tal como efectivamente se ha planteado desde la arquitectura jurídica moderna, presenta una parte transparente y accesible, en la medida en que muchas de sus disposiciones son al menos medianamente comprensibles: todo un diseño cimentado en derechos, valores y garantías que permiten al individuo, a través de tribunales constitucionales, interactuar con los poderes constituidos y salvaguardar, mediante acciones y procedimientos, dichos derechos. “Sin embargo, esta parte transparente y accesible de la Constitución [digámoslo con Joseph Aguiló: de la Constitución neoconstitucional] está diseñada para naufragar, para ser desactivada en la parte encriptada de la constitución, la clave de la encriptación constitucional consiste en que cada vez se especializan más los lenguajes, los procedimientos y las reglas de toma de decisión dentro” (Sanín & Méndez, 2012, p. 111) de la misma. Por tanto, la función principal del encriptamiento es tanto el disimulo como la sustracción de todas las dimensiones del poder. “Con la encriptación del lenguaje tecno-legal y, por ende, de los procedimientos, protocolos y las decisiones, las manifestaciones sensibles del poder se vuelven ilegibles y con ellas el poder como fenómeno se torna indescifrable [...]” (Sanín & Méndez, 2012, p. 111).

La encriptación no es entonces, como pudiera pensarse, un “secreto”, pues tanto la Constitución, como los actos e incluso muchas veces procedimientos de interpretación de esta son públicos y por tanto no permanecen ocultos. Lo que tenemos más bien es una construcción semántica que se torna incomprendible y se ubica en un lugar de sustracción de la crítica. De igual forma, como señalábamos anteriormente, los actos puramente ideológicos (piénsese,

por ejemplo, en el giro de la tercera Corte Constitucional de la jurisprudencia social a la neoliberal (v. Mejía & Galindo, 2006) o la famosa constitucionalización de la sostenibilidad fiscal) son presentados como decisiones puramente técnicas, provenientes de una aplicación meticulosa de métodos (por ejemplo, de interpretación constitucional: ponderación, proporcionalidad...). Un tribunal constitucional, y en particular a partir de la posguerra, aparece, o más bien, es presentado como un agente neutral en busca de la interpretación progresiva de los derechos fundamentales.

De esta forma, por ejemplo, los actos de los operadores constitucionales, interpretados por algunos entusiastas neoconstitucionales como contrahegemónicos y emancipatorios, se restringen a la consideración de asuntos que conservan o mantienen intactas las estructuras de dominación política, económica y cultural, reproduciendo así sus lógicas a través del tiempo. Lo anterior se manifiesta en laxas políticas de la diferencia que se difunden como supuestas conquistas constitucionales. De otra parte, en la tradición intelectual objeto de crítica, los asuntos relacionados con la estructura económica y la redistribución (el campo donde el antagonismo se revela en su máxima expresión) se asumen acríticamente y se erigen como indiscutibles, o en otras palabras, se presentan bajo un formato que los naturaliza.

En ese sentido, pensamos que el objetivo de fondo es responder a la pregunta política *por la Constitución* y desbordar la pregunta hermenéutica de *cómo se interpreta la Constitución*, en aras de demoler la fuerte inmersión en un discurso pospolítico neoliberal, por lo cual se hace necesario indagar en la trayectoria socio-histórica de Colombia para descubrir la procedencia de ese discurso pospolítico y la encriptación del poder. Por ejemplo, la supuesta apertura democrática de la Asamblea que dio origen a la Constitución de 1991 fue más bien simbólica y no implicó una ruptura radical con las élites políticas asociadas con el bipartidismo. Los sectores políticos tradicionales (Partido Conservador, Partido Liberal, Movimiento de Salvación Nacional) relegaron a las fuerzas que, en esa coyuntura, se autoproclamaban como alternativas (M-19, Unión Patriótica, Unión Cristiana, sectores indígenas y una fracción de la insurgencia desmovilizada en cabeza del EPL). La Constitución emergió, en la práctica, como un pacto de élites que excluyó a múltiples sectores sociales y populares. Además, la tentativa de reordenamiento constitucional se llevó a cabo en un contexto específico que puede escudriñarse desde la administración de Virgilio Barco y su aspiración de fortalecer el sector exportador propiciando condiciones para la transnacionalización de la economía mediante estímulos a la inversión extranjera y a las privatizaciones. Posteriormente, el proyecto neoliberal se blindaría jurídicamente por la vía constitucional. El desarrollo de un derecho constitucional progresista podría interpretarse, en ese sentido,

como un imperativo compensatorio de legitimación de un proceso subrepticio de reestructuración política y económica.

Probablemente en ese itinerario puedan comprenderse mejor los factores reales de poder, su encriptación en el marco constitucional y el sesgo de los intelectuales neoconstitucionalistas colombianos. En este punto, frente a la Constitución, debemos desplazar, como señalábamos, la pregunta hermenéutica por la pregunta política. Es decir, debemos cuestionarnos si “¿puede realmente una Constitución inmersa en un intenso proyecto de globalización capitalista transformar una sociedad política nacional y lograr una auténtica democracia?; ¿puede una Constitución alterar las gigantescas balanzas de poder mundial y los intereses que la determinan?; ¿puede la Constitución pararse de frente ante el Consenso de Washington? (Sanín, 2012, p.15). Según lo expuesto, estas son preguntas agónicas que no caben en el discurso constitucional y que reflejan a su vez la despolitización del mismo. Sus respuestas parecen ser, más bien, respuestas a preguntas falsas (Lascarro et ál., 2012).

En síntesis, el problema por el poder, en la tradición señalada, se ha mostrado de manera encriptada y ese encriptamiento ha sido silenciado. Los casos de la Asamblea Nacional, el polémico giro de la tercera Corte Constitucional y la constitucionalización de la sostenibilidad fiscal son algunos ejemplos que ilustran al respecto. Uno de los síntomas de esta cultura jurídica fue precisamente una despolitizada construcción de la crítica constitucional. Pues al concentrarse excesivamente en el problema de la interpretación, muchos de los trabajos hegemónicos sobre constitucionalismo en Colombia hicieron que el gran dilema que intentara resolver el constitucionalismo fuera cómo desestabilizar y poner en jaque la fuerte y pesada herencia del positivismo jurídico, en particular la versión estándar del kelsenianismo (Lascarro, 2013). Si el constitucionalismo fundacional se preocupó fundamentalmente por el problema de la emancipación (v. Gargarella, 2005), el constitucionalismo social por el dilema de cómo constitucionalizar derechos sociales, el constitucionalismo de posguerra por el tema de cómo interpretar la Constitución, el constitucionalismo colombiano, por su parte, terminó concibiendo la Constitución como un instrumento netamente jurídico y no como un instrumento eminentemente político (Lascarro, 2012).

Para terminar, lo que queremos resaltar de este trasfondo es que el problema por el poder (pero también por la subjetividad, la colonialidad y el capitalismo) ha sido silenciado, y lo peor es que este silencio ha sido naturalizado. A este fenómeno lo hemos llamado “el silencio de los constitucionalistas”. Es decir, aquel discurso (silencioso pero cómplice) que sedimenta, desde el saber (neo) constitucional, una especie de capitalismo con rostro humano y no permite desnaturalizar las relaciones de poder. Lo anterior demanda una investigación posterior y pendiente, un estudio acerca de cómo el conocimiento constitucio-

nal sustenta una cierta definición y ejecución de distintos discursos, para así demostrar qué tipo de sujeto desea y produce.

4. EL (EMERGENTE) NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

En esta segunda parte, presentaremos un esquema de los principales estudios que han emergido en la región en torno a lo que se ha denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En este recorrido, haremos énfasis en un aspecto fundamental: intentaremos rastrear algunos puntos de contacto entre el saber constitucional y el pensamiento decolonial; sospechamos la existencia, al menos prematura, de un nuevo (otro) campo de reflexión en Latinoamérica en torno al estudio del constitucionalismo. En otras palabras, creemos que es posible sostener la aparición de una nueva escuela (*¿contra?*)constitucional en la región, a la cual hemos denominado —con poca originalidad y cierto grado de imprecisión— “constitucionalismo-decolonialidad”. De igual forma, trataremos, de manera muy general, de brindar algunas pistas sobre el problema por el poder desde el discurso del nuevo constitucionalismo latinoamericano (en adelante NCL), el cual, consideramos, ha sido quizás uno de los temas menos estudiados desde esta perspectiva.

Autores como Roberto Viciano y Rubén Martínez han detectado la emergencia de un nuevo esquema constitucional en Latinoamérica. Sostienen que la teoría garantista neoconstitucional, emergida en la posguerra, ha sufrido un vaciamiento del concepto “Constitución” en las últimas décadas, mientras que “en América Latina, dichas teorías garantistas han sido asumidas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano que, además, ha sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución” (Viciano & Martínez, 2010, p. 16). De esta forma, el NCL revisita ideas del modelo neoconstitucional, como el problema por la fundamentación de la Constitución, para fortalecerlas en sede democrática, al retomar problemas como el de la efectividad de la misma: en ese sentido, el NCL representaría una teoría democrática de la Constitución.

Este proceso, tildado por los autores españoles como “Constitucionalismo sin padres”, tendría la siguiente genealogía: iniciaría en Colombia con la Constitución de 1991, seguiría la experiencia ecuatoriana de 1998 y posteriormente, con rotundidad y sin lugar a dudas, según los autores, inspirado en las experiencias de Ecuador y Colombia, el proceso constitucional de Venezuela en 1994, que sería el primer momento célebre del NCL. Las anteriores etapas constituirían (fuertes) antecedentes. La nueva fase la constituyen los procesos de Ecuador 2007-2008 y Bolivia 2006-2009, que serían “una continuación más elaborada” de los procesos constituyentes anteriores (Viciano & Martínez, 2010, p. 25). En síntesis, cada proceso es en sí mismo un modelo teórico-práctico diferente al

resto, pero también poseen un denominador común: apuntan en definitiva hacia el Estado constitucional.

Si bien los autores reconocen elementos fundamentales en el análisis del NCL, como son la incorporación de varios modelos económicos en estas Constituciones, profusas cartas de derechos, activación directa del poder constituyente, voluntad de trascender el constitucionalismo de élites, pérdida de miedo a la invención, entre otros, parecen proponer en su lectura un retorno nostálgico al canon neoconstitucional occidental. Ello en la medida en que todos estos procesos, más allá de sus múltiples diferencias, apuntarían a la construcción del (fallido) Estado constitucional en Latinoamérica, a “la recuperación de la teoría clásica de los procesos constituyentes y de la verdadera naturaleza originaria y creadora del poder constituyente [...]” (Viciano & Martínez, 2010, p. 24). En ese sentido, Latinoamérica profundizaría las teorías garantistas que planteó el diseño neoconstitucional, y en consecuencia el NCL constituiría una continuación más elaborada del esquema europeo de posguerra¹² (Lascarro, 2012). Estos autores nos suministran un excelente ejemplo de los grandes obstáculos que existen para elaborar una crítica de la razón constitucional latinoamericana, y a la vez, posicionar geopolíticamente el saber constitucional. Su visión, netamente intra-eurocétrica, no permite, en su aún romántico afán civilizador, un verdadero diálogo con el resto del mundo sino apenas un monólogo de la razón moderno-occidental consigo misma¹³ (Walsh, 2012, p. 95).

12 “La hipótesis de la existencia de un *nuevo* constitucionalismo plantea necesariamente la sustitución de un *viejo* constitucionalismo. Estos cambios, que en la historia constitucional se han dado en momentos históricos —constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social, que se resumen en la expresión Estado social y democrático de derecho—, aparecen en las últimas décadas en América Latina con fuerza renovada, marcando diferencias con el constitucionalismo latinoamericano anterior” (Martínez, 2009, p. 37).

13 Para Viciano y Martínez Dalmau, al igual que para el grueso de la tradición constitucional moderna y su presentación posmoderna, el neoconstitucionalismo, subyace conjuntamente una premisa: *el curso lineal de la historia constitucional* —ejemplos notables de esta idea eurocentrada y colonial son: Salazar Ugarte (2005) y Pisarello (2012)—. En otras palabras, con la modernidad queda atrás el colonialismo, y con este aquellas formas de opresión ceden para abrir paso a la república, al progreso y al desarrollo. En el caso latinoamericano, las Constituciones son una de las expresiones de la conquista de la independencia.

En el campo del derecho constitucional y de la historia del constitucionalismo (al menos en la versión hegemónica), la historia constitucional (occidental) inicia con la emergencia de *las revolucionarias Constituciones de finales de siglo XIX*, prosigue con la aparición del *constitucionalismo social* (Méjico, Alemania, Rusia), entraría en una tercera etapa en el muy célebre constitucionalismo norteamericano de inspiración multicultural (abanderado por el famoso *Brown vs. Board Of Education*), y finalmente una cuarta etapa sería el modelo de posguerra, frecuentemente denominado *neoconstitucionalismo*. ¿Qué lugar ocupa el (emergente) constitucionalismo latinoamericano dentro de esta narrativa? ¿Es una *continuación o ruptura* con el modelo occidental? Si se quieren explorar elementos anticapitalistas y decoloniales, es necesario tomar distancia de este tipo de lecturas, en la medida en que si bien reconocen, en mayor o menor medida, que estamos ante experiencias dispares, de igual forma nos hacen pensar que “pareciera que la principal empresa de los estudios constitucionales consistiera en construir los espacios comunes del constitucionalismo Latinoamericano, con lo cual evidentemente se corre el riesgo de no explorar los elementos descolonizadores, anticapitalistas y antiliberales” (Lascarro, 2012, p. 63), de experiencias constitucionales las recientes en Bolivia y Ecuador. Más adelante retomaremos este punto.

En una línea similar, en cuanto al tema de rupturas o continuaciones se enmarca la idea de “neoconstitucionalismo transformador” del profesor ecuatoriano Ramiro Ávila (2011), quien considera que la propuesta constitucional de estos países andinos, si bien supera al neoconstitucionalismo tal como nos ha llegado desde el Viejo Continente, no lo abandona, ya que para el autor se trata precisamente de destacar los más significativos avances del constitucionalismo contemporáneo —que sería, en últimas, un férreo ataque que busca poner en jaque los principales postulados del positivismo jurídico—: de ahí la expresión neoconstitucionalismo, y, con la expresión *transformador* —tomada de Boaventura De Sousa Santos— “se pretende demostrar que hay avances propios del constitucionalismo andino (desde los textos en Bolivia y Ecuador, y desde la jurisprudencia en Colombia) que son inéditos en el constitucionalismo contemporáneo” (Ávila, 2011, p. 14).

Si bien Ávila sostiene que las respuestas dadas por el derecho en los sistemas neoconstitucionales occidentales (Italia, Alemania, España...), el neoconstitucionalismo latinoamericano (Colombia, Brasil...) y el constitucionalismo andino son distintas, de igual forma parece defender la idea de que, a pesar de que el último concepto “introduce” novedosos aspectos con respecto a los otros tipos de diseños constitucionales anteriores, el “constitucionalismo andino”—al igual que la categoría de NCL de Viciano y Martínez— supone una continuación del modelo (constitucional) occidental, pero esta vez actualizado y profundizado, mediante la introducción de nuevas categorías, los presupuestos de aquel.

Ahora bien, el pensador ecuatoriano no solamente acepta la existencia de algún tipo de continuación entre los sistemas estudiados, también rastrea un fuerte punto de quiebre: el punto de ruptura que analiza Ávila, al igual que Boaventura de Sousa Santos, Alejandro Médici (2010, 2012), Katherine Walsh, en cierta medida Ricardo Sanín y, aunque de manera “fantasmal”, Raquel Yrigoyen, es el momento en que se inserta(n) en las narrativas decoloniales para rastrear la relación entre modernidad y colonialidad, y debido a esa apertura epistemológica, logra(n) reconocer, en el caso de Ávila, que “El Estado nación y su derecho, sea este inscrito en el marco del positivismo jurídico o del neoconstitucionalismo europeo occidental, es colonial” (Ávila, 2011, p. 35). Estos autores, pese a sus fuertes divergencias y distantes proyectos teóricos, han logrado conformar, así sea de manera prematura, un nuevo margen de reflexión para el constitucionalismo latinoamericano, al cual quisiera llamar, solo para efectos de abrir una discusión al respecto, “constitucionalismo-decolonialidad”.

Por ejemplo, al hablar de la relación constitucionalismo-colonialidad, Ramiro Ávila Santamaría suministra algunas coordenadas de lo que sería una posible nueva escuela constitucional en Latinoamérica:

La teoría decolonial es de fundamental importancia para entender la Constitución de Montecristi. De hecho, si uno analiza todas y cada una de las premisas que constan en el Preámbulo de la Constitución de 2008, su cabal comprensión solo se logra con el apoyo de la teoría crítica decolonial latinoamericana [...] La noción de colonialidad ha sido ajena a la tradición jurídica. No hay texto jurídico que ayude a comprenderla. Sin embargo, el colonialismo es el problema que la Constitución se propone eliminar [...] Lamentablemente no existe un diálogo entre juristas y teóricos decoloniales. Cuando uno lee autores fundamentales del pensamiento crítico latinoamericano como Enrique Dussel, Walter Mignolo, Santiago Castro-Gómez, Arturo Escobar, Edgardo Lander, Aníbal Quijano, Arturo Roig, Bolívar Echeverría, las alusiones al derecho son marginales y referenciales. De igual manera, cuando uno lee autores importantes del pensamiento jurídico crítico contemporáneo, las referencias a nuestros filósofos y pensadores de la cultura crítica son, si es que no inexistentes, marginales, con contadísimas excepciones. (En Lascarro et ál., 2013a)

Las palabras del profesor Ávila son fundamentales porque anuncian el surgimiento de una perspectiva de estudio que lentamente, y con múltiples resistencias, va tomando forma de escuela o más bien, si ponemos los términos de la conversación en clave occidental, uno estaría tentado a decir una contraescuela constitucional. El cortocircuito generado en la comunicación entre constitucionalistas y decoloniales ha sido, desde que aparecieron estos últimos estudios, un fenómeno frecuente. De hecho, este cortocircuito no solo está presente en la relación citada, sino que en general toda la tradición crítica latinoamericana escasamente ha impactado en el derecho. Este grupo de autores a los que nos hemos referido han empezado a poner de presente el lado oculto y callado del discurso constitucional moderno y de su instrumentaría posmoderna: el neoconstitucionalismo.

A esta mezcla entre saber constitucional y estudios decoloniales, el profesor argentino Alejandro Médici (2012) la ha denominado “constitucionalismo decolonial” o, siguiendo a Enrique Dussel, “transmodernidad constitucional”. Con estas conceptualizaciones, a diferencia de las categorías que tradicionalmente son usadas (poder constituyente, tribunales constitucionales, test de ponderación, proporcionalidad...), se intentan explicar procesos constitucionales por medio del análisis planteado por el pensamiento decolonial, en el cual se da uso de herramientas como “colonialidad del poder-saber-ser”, entre otras.

Médici (2012, 2010) da en el clavo cuando propone reconocer las “potencialidades” del neoconstitucionalismo, es decir, la cara moderna del constitucionalismo; pero de igual forma advierte que es todavía mucho más necesario, resaltar y establecer la otra cara de la modernidad (constitucional): la colonialidad. Por

tanto, la tarea de esta nueva brecha de reflexión que se abre desde la opción decolonial es problematizar, desde por ejemplo la perspectiva de la colonialidad del poder, el modelo neoconstitucional, en los puntos en que encuentra sus más grandes límites: la naturalización de las relaciones de poder, la subalternización de conocimientos, la capacidad de una Constitución de transformar una realidad poscolonial...

Este proceso, inspirado en lo que autores como Boaventura de Sousa Santos han denominado una “epistemología del sur”, ha dado lugar a un nuevo tipo de “constitucionalismo transformador”, “experimental”, “desde abajo”, el cual se caracteriza: (1) por enmarcarse en una lucha anticapitalista y (2) anticolonial¹⁴, (3) por una apropiación contrahegemónica, por parte de sectores históricamente excluidos, de instrumentos que tradicionalmente tuvieron un uso hegemónico. Los casos de Bolivia y Ecuador¹⁵ ilustran bien la dificultad de construir un constitucionalismo de este tipo. Según Santos, (4) en las últimas décadas este se ha manifestado en Latinoamérica a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, en el cual excluidos y sus aliados han sido sus protagonistas, con el objetivo en mente de (5) expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal¹⁶, “a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad¹⁷), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), una nueva concepción de la naturaleza¹⁸, un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades)” (Santos, 2010, p. 72).

- 14 En ese sentido, el artículo segundo de la Constitución boliviana manifiesta de manera expresa el hecho de que “dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario [sic] campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales”.
- 15 Santos, junto a Gargarella y contrario a Martínez, Viciano y R. Sanín, no hacen referencia a Venezuela; R. Ávila, por su parte, parece ser muy cauteloso al referirse a Venezuela como espacio dentro del constitucionalismo andino. Ver la bibliografía sobre estos autores al final del texto.
- 16 La Constitución de Ecuador de 2008, por ejemplo, en su artículo 275, plantea que “el régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del Sumak Kawsay”. Por su parte, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, en su artículo 306, numeral primero, establece que “el modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos”; y en su numeral dos, que “la economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa”.
- 17 El artículo tercero de la Constitución de Bolivia, al respecto, establece que “la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario [sic] campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.
- 18 En ese sentido, la Constitución de Ecuador en su artículo 71 establece que “la naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

Santos afirma, además, que para dar cuenta de este fenómeno las grandes narrativas de la modernidad, liberalismo y marxismo parecen quedarse cortas, pues con estas se corre el riesgo de someter dichos procesos “a cuadros analíticos y conceptuales viejos, incapaces de captar la novedad y, por eso, hay la tendencia a desvalorizarlos, ignorarlos o satanizarlos” (Santos, 2010, p. 19). De ahí su propuesta de una epistemología del sur; entendida como “el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no-científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo” (Santos, 2010, p. 43) y, agregamos nosotros, por la colonialidad. El concepto de epistemología del sur puede ser leído en clave de la categoría de colonialidad del poder¹⁹.

Otra de las características fundamentales del constitucionalismo transformador que detecta Santos es la idea fuerte de un Estado plurinacional²⁰, que “implica un desafío radical al concepto de Estado moderno que se asienta en la idea de nación cívica [...] Y, por lo tanto, en la idea de que en cada Estado solo hay una nación: el Estado-nación. La plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión” (Santos, 2010, p. 81).

Raquel Yrigoyen, por ejemplo, ha considerado que este Estado plurinacional, impulsado por recientes reformas constitucionales, ha dado origen a lo que la autora denomina “constitucionalismo pluralista” o “plurinacional”. Yrigoyen rastrea la historia latinoamericana y concluye que las diferentes propuestas de la ingeniería constitucional no solo impulsaron sino reforzaron políticas indigenistas (o más bien antiindigenistas). Yrigoyen acude a la génesis de los Estados liberales del siglo XIX y narra, de una manera brillante, cómo estos Estados, desde sus inicios, perfeccionaron una serie de técnicas constitucionales que sirvieron como modelo y sustento ideológico para la subordinación de los pueblos indígenas.

Las Constituciones independentistas solo lograron prolongar el proyecto colonial bajo la figura del Estado nación: este fue el marco que propició a las élites criollas, inspiradas en un modelo de democracia censitaria, la construcción del constitucionalismo liberal monista (Yrigoyen, 2010, p. 139). Posteriormente, con

19 No sugerimos que estos dos conceptos, epistemología del sur y colonialidad del ser, tienen el mismo significado. Pero sí pensamos que están en la misma dirección (y en la misma familia) y que pueden por tanto ser leídos como intentos de descolonización y decolonización, respectivamente. Tienen además, una fuerte conexión en la medida en que pueden ser utilizados para situar geopolíticamente el conocimiento.

20 Como ejemplos de Estados plurinacionales pueden citarse los casos de Canadá, Bélgica, Suiza, Nigeria, Nueva Zelanda.

la emergencia del constitucionalismo social en México se promovieron una serie de derechos sociales, aunque en materia indígena el propósito era: “integrar a los indígenas al Estado y al mercado, pero sin romper la identidad del Estado nación ni el monismo jurídico” (Yrigoyen, 2010, p. 140). La estructura básica —para decirlo con Quijano (2007): moderno-colonial— del constitucionalismo latinoamericano, eminentemente liberal y ciertamente integracionista, va a ser cuestionada, apenas, con la emergencia del constitucionalismo pluralista. A esta etapa solo asisten dos procesos constituyentes: los de Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008). Pretenden, sin descuidar otros objetivos, “plantear el reto de poner fin al colonialismo” (Yrigoyen, 2010, p. 149), al imperialismo y al republicanismo.

En síntesis, Yrigoyen señala que: (1) de 1982 a 1988 emergió un constitucionalismo de inclinación multicultural (Canadá, Guatemala, Nicaragua, Brasil, por ejemplo), posteriormente (2) una oleada de textos y reformas, de 1989 a 2005, que dieron como consecuencia un constitucionalismo pluricultural (Colombia, México, Paraguay, Argentina, entre otros), (y 3) el inicio de un proyecto descolonizador, de 2006 a 2009, al cual, como señalamos, solo asisten Bolivia y Ecuador con sus últimos textos constitucionales (Yrigoyen, 2010, p. 155).

Sobre el “proyecto descolonizador” del que habla la autora, no parece quedar muy claro a qué se refiere con dicha empresa. Uno podría asociarlo a la idea de descolonización de Santos (2010) o a la de decolonialidad, sea del ser, del poder o del saber que ha propuesto el colectivo o grupo modernidad/colonialidad. De igual forma, uno podría pensar que hay un uso desprevenido de esta categoría, en el entendido en que el término descolonización —si se desconoce la tradición teórica, es decir, si se es arbitrario— puede ser usado desde una fijación geopolítica del conocimiento, latinoamericanismo, hasta sostener la absurda idea de descartar de tajo la modernidad con un populismo terciermundista anti-moderno, restringido, más aun, a un nativismo indigenista o afrodescendiente.

De hecho, como lo han señalado Eduardo Restrepo y Axel Rojas (2010), esta suele ser una de las tergiversaciones a las cuales se echa mano para desajustar los propósitos del colectivo modernidad/colonialidad. Por tanto, estas reflexiones deben ser tenidas en cuenta a la hora de cualquier tipo de articulación entre estudios constitucionales y pensamiento decolonial (aunque en muchos casos habría que hablar de pensamientos decoloniales), toda vez que: (a) Evitan cualquier idea de nativismo, en el sentido en que se establecería una correspondencia necesaria entre un lugar ontológico o social (ubicación: lugar del pensamiento) y la posición política o epistémica (que correspondería a la perspectiva asumida). (b) Suponen descartar cualquier tipo de esencialismo, es decir, que la crítica decolonial implica una crítica antieuropea, así como descartar el pensamiento moderno y la modernidad. En ese sentido, Ramón Grosfoguel ha sostenido que

“si rechazáramos las aportaciones de europeos o euro-americanos estaríamos invirtiendo el fundamentalismo eurocentrífugo con un fundamentalismo tercermundista antieuropeo [...]” (Grosfoguel, 2006, p. 334). Se trata más bien, de un descentramiento, es decir, una pluralización del pensamiento eurocentrífugo (Restrepo & Rojas, 2010, p. 190). (c) Lo anterior supondría que el pensamiento decolonial, y en este caso, las ideas decoloniales en clave constitucional, no suponen de ninguna manera la idea de una antimodernidad sino más bien, como diría Dussel, una “transmodernidad”. (d) Las políticas decoloniales no se sustentan sobre las políticas de la identidad. De forma más limitada aún, se ha hablado de que la “inflexión decolonial es la defensa de las políticas de la identidad de los pueblos indígenas y afrodescendientes” (Restrepo & Rojas, 2010, p. 192). No es una defensa de la política de la identidad en la medida en que estas no pueden adelantar transformaciones del sistema mundo moderno-colonial debido a que son su producto y operan en su lógica²¹.

5. NEOCONSTITUCIONALISMO Y NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: UN DEBATE PENDIENTE

Esta última parte está dirigida a realizar un contraste entre los modelos neoconstitucional y el denominado NCL, y a poner de presente que, a pesar de la insistencia de los recientes estudios constitucionales en la región, un diálogo (una continuación de proyectos) entre un modelo y otro tiende a volverse cada vez más problemático. Sería absurdo señalar que los autores a los que hemos hecho referencia niegan cualquier tipo de diferencias entre los modelos constitucionales estudiados. Todos reconocen, en mayor o menor medida, que estamos ante experiencias dispares. En lo que insistimos es en que pareciera que la principal empresa de los estudios constitucionales consistiera en construir los espacios comunes del constitucionalismo latinoamericano, con lo cual evidentemente se corre el riesgo de no explorar, por ejemplo, los elementos descolonizadores, anticapitalistas, anti-neoliberales de las experiencias boliviana y ecuatoriana (Lascarro, 2012, p. 63). De igual forma, se desdibujan los conceptos de poder emergidos en uno y otro discurso. Intentemos ilustrar este punto de tres maneras:

1. *Hacia un nuevo saber (“otro”) constitucional.* En la primera parte de este trabajo argumentamos que el neoconstitucionalismo, si bien permitía ciertas reivindica-

21 Rojas y Restrepo también señalan, como tergiversaciones que comúnmente son asociadas al pensamiento decolonial, los *privilegios epistémicos* (que supuestamente reclaman afrodescendientes e indígenas, por ejemplo) y el no cuestionamiento de “las políticas de la representación de la diferencia” y su tendencia a “homogeneizar en nombre de los subalternos coloniales”. (Axel Rojas, 2010, p. 197). Dentro de las *inconsistencias* que se suelen adjudicar a los decoloniales, se encuentran, entre las más frecuentes, que su intento de problematizar el colonialismo ha sido de igual forma una manera de reproducirlo, su ubicación en universidades del norte (Duke...), entre otras.

ciones, no lograba superar sino naturalizar las relaciones del sistema capitalista. En ese sentido, varios autores en Colombia, tanto desde la sociología como desde la teoría jurídica, habían elaborado un discurso que construía a su vez una serie de imaginarios que permitían la inmersión de los sujetos en el Estado (neo) constitucional. Estos imaginarios iban de la mano de un discurso pospolítico donde relucían temas relativos al aborto, las políticas de la identidad, desplazamiento, libertad de prensa, la contaminación ambiental, las parejas LGBTI, entre otros, pero que dejaban de lado la discusión sobre los puntos nodales que en nuestro tiempo definen lo político: la dinámicas puntuales de acumulación de capital (Mantilla, 2008; Žižek, 2005). La globalización, el sistema neoliberal y sus consecuencias, para los constitucionalistas colombianos, son fenómenos que pueden ser, por decirlo de alguna manera, “eticizados”. Su estatuto ético sería el de una globalización y un capitalismo democrático.

De ahí entonces la radicalidad de ciertos autores que han afirmado que “una Constitución que hoy no niegue el capitalismo no merece llamarse tal”. Hoy no asistimos a “simples variaciones de las tipologías del constitucionalismo moderno occidental, como lo quiere hacer ver el neoconstitucionalismo y como sí lo es la Constitución colombiana”, sino que, en las Constituciones, por ejemplo, de Bolivia y Ecuador, estamos frente a “una nueva forma política, jurídica y cultural que implica la transformación total de lo que entendemos por Constitución” (Lascarro, 2013).

Es decir, transformaciones del sentido del conflicto, del poder y de subjetividades políticas cuya única marcha atrás ya no sería una restauración de la modernidad que transforma; “pero me temo que el neoconstitucionalismo, antes que ser una fuerza motriz de estos procesos, es precisamente el último y más desesperado intento reaccionario de una academia [...] moderno-occidental [...] para restaurar el orden de las cosas y volver a una realidad donde la Constitución protege los privilegios de unos pocos y garantiza la sumisión democrática del pueblo” (Sanín, en Lascarro, 2012, p. 217).

Se aprecia entonces que el discurso del NCL está profundamente influenciado, como vimos, por las narrativas decoloniales (o descoloniales), y en esa medida, toma una fuerte distancia del proyecto neoconstitucional occidental. No estamos sosteniendo que lo niegan, o que sea una aspiración anti moderna, sino más bien, representa una apertura, un desprendimiento con respecto a la ingeniería moderno-constitucional. en otras palabras: “si la colonialidad es constitutiva de la modernidad²², puesto que la retórica salvacionista de la modernidad presupone

22 “Aunque la *reflexión* sobre el giro epistémico decolonial es de factura reciente”, mucho más lo es, por supuesto, su (prematuro) uso dentro de los estudios constitucionales, “la *práctica epistémica* decolonial surgió ‘naturalmente’ como consecuencia de la formación e implantación de la matriz colonial de poder que Aníbal Quijano describió hacia finales de los ochenta. Por lo tanto, no sorprende que la genealogía

ya la lógica opresiva y condenatoria de la colonialidad [...] esa lógica opresiva produce una energía de descontento, de desconfianza, de desprendimiento entre quienes reaccionan ante la violencia imperial. Esa energía se traduce en proyectos decoloniales que, en última instancia, también son constitutivos de la modernidad" (Mignolo, 2007, p. 26)²³.

Es necesario advertir, de igual forma, que no existe un proyecto articulado entre constitucionalismo y decolonialidad; más bien se han elaborado algunos trabajos que constituyen (al menos) un primer momento de gestación de un posible nuevo saber en el derecho constitucional latinoamericano. Este primer momento de gestación está ausente en el campo neoconstitucional colombiano.

2. Del "multiculturalismo" a la "interculturalidad". Otra fuerte diferencia entre los proyectos estudiados la podemos encontrar en la oposición que existe entre el concepto de "interculturalidad", desarrollado por la profesora ecuatoriana Katherine Walsh, y la categoría de multiculturalismo. No queremos entrar en el polémico debate acerca de estos conceptos (pues este escapa a los objetivos de nuestro trabajo); lo que queremos es sostener que la idea de multiculturalismo, como ha sido entendida en la tradición teórica, está fuertemente arraigada dentro de la posición neoconstitucional, y que la idea de multiculturalismo, por su parte, es fácilmente rastreable en el NCL. De igual forma, señalar brevemente las consecuencias de uno y otro sistema.

En el caso colombiano, Daniel Bonilla Maldonado, frente a las políticas multiculturalistas, ha sostenido que, a pesar de toda la atención que presta la Constitución a los grupos indígenas, la Corte Constitucional, por ejemplo, "no logra articular una nueva relación de respeto frente a las minorías culturales" (Bonilla, 2006, p. 17). Según Paul Kahn, para Bonilla la Corte se ha movido en una especie de ambivalencia, donde, en ciertos momentos, "les ha dado prioridad a los derechos de autogobierno de los grupos indígenas", pero, en otros, "le ha dado prioridad al principio de unidad política". En síntesis, la Corte ha fluctuado "entre los valores en conflicto y no ha logrado alcanzar una solución intercultural estable" (Kahn, en Bonilla, 2006, p. 17). De esta forma, se asiste a un fracaso tanto por parte de teóricos —como por ejemplo Taylor, Kymlicka, Tully— como de tribunales constitucionales, en el caso de Colombia, en la medida en que para el multiculturalismo los grupos "iliberales", abundantes en sociedades

del pensamiento decolonial (esto es, el pensamiento que surge del giro descolonial) la encontramos en 'la Colonia' o el 'periodo colonial' (en la jerga canónica de la historiografía de las Américas)" (Mignolo, 2007, p. 26).

23 El "desprendimiento epistémico" señala el momento de *quiebre y de fractura*, el *momento de apertura* (Mignolo, 2007, p. 29) frente al "pensamiento otro", mas no significa un (posterior) *momento de negación* (frente a la modernidad o la posmodernidad, por ejemplo).

heterogéneas, deben ser “liberalizados” y por tanto las comunidades híbridas suprimir su diferencia en nombre de las políticas de reconocimiento liberal.

El multiculturalismo emerge, además, como un interés por la diversidad cultural por parte de algunos teóricos, especialmente en Norteamérica. Autores como Charles Taylor, Will Kymlicka, James Tully, Amy Gutman, entre otros, empiezan a reflexionar, a finales de los años ochenta, sobre las perplejidades de las sociedades contemporáneas culturalmente diversas. Por su parte la interculturalidad, como señala Walsh, posee una significación en América Latina, especialmente en el caso de Ecuador, ligada a geopolíticas de lugar y espacio,

[...] desde la histórica y actual resistencia de los indígenas y de los negros, hasta sus construcciones de un proyecto social, cultural, político, ético y epistémico orientado a la descolonización y a la transformación. Más que la idea simple de interrelación (o comunicación, como generalmente se lo entiende en Canadá, Europa y Estados Unidos), la interculturalidad señala y significa procesos de construcción de un conocimiento otro, de una práctica política otra, de un poder social (y estatal) otro y de una sociedad otra [...]. (Walsh, 2007, p. 47)

La radicalidad de este concepto y su posicionamiento geopolítico —elementos ausentes en la idea de multiculturalismo— se pueden apreciar en su definición por parte del grupo Conaie, el cual lo entiende como “un proceso de transición desde el Estado capitalista, burgués y excluyente a través de un Estado Plurinacional inclusivo [...]” (Walsh, 2007, p. 50). A contracorriente, el multiculturalismo, lejos de estar asociado —como sí lo está la interculturalidad— a un proyecto que confronta políticas neoliberales (o anticoloniales), ha sido tildado como el suplemento ideológico del capitalismo globalizado, en la medida en que sus políticas de la identidad conllevan ciertamente a un “cerrar de ojos” frente a la lógica y dinámicas del capital. Autores como Žižek (1998), si bien no se oponen a las políticas multiculturalistas, sí reniegan de concebirlos como el único y principal referente de las luchas en el contexto presente²⁴.

Por otra parte, Walsh advierte, a nuestro modo de ver, tratando de evitar cualquier tipo de esencialismo que, hablar de interculturalidad como una fábrica epistemológica de y desde un lugar indígena de enunciación, es decir, desde un posicionamiento geopolítico, no significa en ningún momento sugerir que otros sectores no puedan usar el término. Significa más bien “aceptar que en Ecuador

24 Ademá, el filósofo esloveno considera que el multiculturalismo opera como racismo reprimido, como distancia frente al otro que amenaza con robar nuestro goce, como negación efectiva de la identidad de los sujetos, como propiciador de nuevas formas de racismo desplazado, como un “cerrar los ojos” frente al telón de fondo del capitalismo y como estrategia de victimización. Ver Žižek (1998, 2002) y Mantilla (2008).

ha venido siendo el movimiento indígena el que ha definido la interculturalidad y le ha dado significación social, política y ética” (Walsh, 2007, p. 50). Walsh (2009, 2012) sostiene en ese sentido que hoy podemos fácilmente —contrario a lo que sucede con el neoconstitucionalismo en Colombia— hablar de la “constitucionalización de la interculturalidad” en países como Bolivia y Ecuador, los cuales son, como vimos, epicentros del NCL.

3. El concepto de poder. Otra diferencia que podemos rastrear entre los modelos neoconstitucional y NCL es la concerniente al concepto de poder que sobresale en uno y otro proyecto. En Colombia hemos detectado distintos enfoques, metodologías y disciplinas desde los que se ha abordado la discusión en torno al constitucionalismo en la generación pos-91, los cuales, a manera de preguntas, intentaremos sintetizar, con los riesgos que esto implica: Algunas vertientes se han concentrado en (a) responder la pregunta ¿Cómo interpretar la Constitución. Esta parece ser la principal empresa de los estudios de teoría jurídica y la teoría constitucional. En esta línea, se enmarcan muchos de los trabajos de autores como Diego López (2004, 2006), Rodolfo Arango (2001, 2004, 2007), Carlos Bernal P. (2003, 2005). (b) Otras tendencias se han enfocado en cómo, a partir de la Carta constitucional, se generan prácticas jurisprudenciales, en defensa de derechos fundamentales, encaminadas en clave contrahegemónica; en este caso, la pregunta a responder parece ser: ¿Cómo usar (mejor) la Constitución? Acá se pueden encuadrar fácilmente autores como César Rodríguez (2009), Rodrigo Uprimny (2004) y Mauricio García (1993, 2006): representantes de la sociología jurídica en Colombia. Los cuestionamientos de influencia marxista, como es común, han puesto sobre la mesa la relación entre diseños neoliberales y políticas constitucionales; la crítica en forma de cuestionamiento parecer ser: ¿En qué medida la Constitución (re)legitima el nuevo orden capitalista? Nombres como los de Víctor Moncayo (2004), Gilberto Tobón (1998, 2012), y más recientemente Jairo Estrada (2010) o Daniel Libreros (2010) resuenan en esta vertiente. Otras posiciones, por su parte, sugieren ser más cautelosos con el costo que generan los derechos y nos invitan a reflexionar sobre: ¿Cuál es el costo de una Constitución (social)? Este es el punto de vista del economicista (conservador) Salomón Kalmanovitz (2001).

En este sentido, la pregunta por el poder, es decir, ¿cómo reabrir la Constitución desde y en contra del poder?, parece no haber sido abordada. El punto neurálgico aquí está en mirar las cosas no desde una arista eminentemente epistémica del asunto, como parece hacerlo la tradición neoconstitucional, sino desde una mirada política en la que se ponga en el escenario la posibilidad de una concepción del constitucionalismo que no sea bajo la sagrada fórmula de los derechos fundamentales como limitación material del poder. La pregunta interesante para cuestionar la narrativa neoconstitucional es ¿a qué se refieren

los neoconstitucionalistas cuando hablan del poder? ¿Existe una concepción del poder inmersa en la retórica del neoconstitucionalismo? Nuestra respuesta es afirmativa, ya que dar un “no” equivaldría a sostener que una Constitución puede vivir alejada de las estructuras del poder y que su aplicación y comprensión es inmanente, interna y no depende de factores exógenos. Pero aunque parezca extraño o místico, los neoconstitucionalistas se han obsesionado por edificar una idea de Constitución en la que el poder se resume de una manera un tanto fría en una tríada: poder judicial, poder legislativo y poder ejecutivo: una especie de fórmula que dibuja el poder como algo interno, regulado y bajo el estricto control en y por la Constitución. Ante esto podríamos decir que los neoconstitucionalistas han carecido de imaginación política y han poseído un “cinismo teórico” para responder a la pregunta ¿qué es el poder?²⁵.

La tradición constitucional colombiana no ha formulado este tipo de interrogantes, mientras que, con Sanín (2012), podemos decir que el discurso del NCL sí los ha abordado. Esto se puede apreciar en los prólogos de las Constituciones boliviana y ecuatoriana (las cuales se anuncian como anticapitalistas y anticolonialistas), hasta el concepto de poder que han adoptado varios autores para describir las formas de opresión generadas por la modernidad. Este concepto no ha sido reducido a la esfera de (la colonialidad del) poder, sino ampliado a las esferas de (la colonialidad del) saber y del (la colonialidad del) ser. En otras palabras, el discurso del NCL —desde autores como Boaventura, Ávila Santa-maría, Médici y otros— ha afrontado lo que Castro-Gómez llama “la estructura triangular de la colonialidad” (2007, p. 79)²⁶.

Para terminar quisiéramos, además de concluir sobre el problema del poder, realizar una especie de llamada de alerta frente a este mismo. Para ello, acudiremos a algunas ideas del profesor argentino Roberto Gargarella, quien considera que la tradición constitucional latinoamericana en general puso un marcado énfasis en la autoridad centralizada y el fortalecimiento del poder presidencial. Por ejemplo, el constitucionalismo fundacional, basado ampliamente en acuerdos políticos

25 Con esto no se trata de negar la relevancia que han tenido los amplios desarrollos del constitucionalismo occidental de posguerra y los aportes que ha elaborado Latinoamérica al respecto, en materia de entender y sobre todo en lo tocante a la interpretación constitucional; el gran problema que nos preocupa en el neoconstitucionalismo no es la Constitución como texto normativo y la serie de problemas fundamentales que se derivan de ello (“problemillas de gramática”). Nuestra preocupación consiste en repensar el neoconstitucionalismo desde las siguientes cuestiones: ¿qué sucede cuando una Constitución, para ser materializada, debe enfrentarse a estructuras de poder sólidas?; ¿cuáles son las armas del neoconstitucionalismo para enfrentarse a un sistema económico que se edifica sobre la codicia o se trata más bien de todo lo contrario, es decir, que el neoconstitucionalismo no es más que un rostro humilde del capitalismo?; ¿es posible el logro de procesos emancipatorios sin alterar los “ejes” de poder ni las “condiciones de existencia” de millares de mortales tal y como parece postularlo el arsenal teórico del neoconstitucionalismo? En síntesis: nuestra tarea es la Constitución frente (y en contra) al poder.

26 Esta estructura triangular está asociada, según Castro-Gómez, con “esa mirada colonial sobre el mundo”, la cual “obedece a un modelo epistémico desplegado por la modernidad occidental”; que el filósofo colombiano denomina “la *hybris* del punto cero” (Castro-Gómez, 2007, p. 79).

(conservadores y liberales) y preocupado principalmente por la pregunta por la emancipación, “cualquiera que haya sido el equilibrio entre liberalismo y conservadurismo, versó [...] exclusivamente sobre la organización y los límites del poder. No incluían cláusulas sociales en beneficio de los desventajados, ni proporcionaban amplios derechos de sufragio o asociación” (Gargarella, 2013, p. 248). Por su parte el constitucionalismo social, abanderado por la revolucionaria Constitución mexicana, a pesar de lograr integrar demandas sociales, “aun así la matriz original, en términos de organización del poder, fue apenas alterada [...] Se conjugaba así una Constitución de avanzada o vanguardia en materia de derechos, con una Constitución todavía anclada en los siglos dieciocho y diecinueve en materia de organización del poder” (Gargarella, 2013, p. 250).

Por último, Gargarella sostiene que a partir de las reformas constitucionales de finales de los años ochenta y su reactivación, por ejemplo, en términos de derechos humanos, se genera una especie de reconciliación entre algunos sectores de la izquierda frente a las ideas del derecho y el constitucionalismo. La izquierda, de inspiración marxista, ha considerado tradicionalmente al derecho y al Estado como “máquina opresora” al servicio de la clase dominante. De ahí que las generosas reformas constitucionales —activismo judicial, herramientas judiciales— en materia de derechos hayan hecho ganar confianza en un discurso históricamente considerado hegemónico. Pero Gargarella considera que precisamente en este punto se encuentra “una de las principales razones de los fracasos de estas reformas constitucionales”, y que viene a ser el fracaso de la izquierda constitucional en Latinoamérica (en Lascarro et ál., 2013b):

[...] el hecho de que los reformadores concentraron sus energías en delinear derechos, sin tener en cuenta el impacto que la organización del poder suele tener sobre los mismos. Luego de las reformas promovidas por ellos, el núcleo de la maquinaria democrática quedó sin cambios, lo cual dejó los controles políticos mayormente en manos de los grupos tradicionalmente poderosos [...] resumidamente: porque estaban interesados en modificar la estructura de los derechos, se preocuparon prioritariamente por modificar, de modo acorde, la organización del poder. (Gargarella, 2013, p. 254)

En conclusión, podemos decir que si bien debemos resaltar los avances de Constituciones como por ejemplo la de Bolivia, las cuales se han mostrado de manera muy especial inclinadas por “terminar con la marginación político-social de los grupos indígenas” (Gargarella & Courtis, 2009, p. 10), debemos de igual forma resaltar el hecho de que son observables tendencias en este constitucionalismo a revivir lo que Carlos Nino llamaba “hiperpresidencialismo”²⁷, modelos que,

27 Gargarella parece caer en ese *romanticismo estatal* del que tanto renegó Foucault. El filósofo francés ya había advertido, desde entrados los años setenta, que el poder no estaba encapsulado —como pensaban liberales y marxistas— en cánones institucionales: el Estado es apenas un producto de ciertas tecnologías

tarde o temprano, por dejar intacta la “sala de máquinas”, terminan por socavar iniciativas en materia de derechos que las mismas Constituciones han priorizado.

Deberíamos aquí recordar a Michel Hardt y Antonio Negri, cuando en *Imperio* sostienen que la soberanía del Estado nación, en los tiempos de la globalización, si bien continúa siendo efectiva, ha ido decayendo progresivamente. Ello debido a que factores primarios de producción e intercambio (como el dinero, la tecnología, los bienes) “cruzan cada vez con mayor facilidad las fronteras nacionales, con lo cual el Estado nación tiene cada vez menos poder para regular esos flujos y para imponer esa autoridad en la economía” (Hardt & Negri, 2005, p. 13). Los “autores del manifiesto comunista para el siglo XXI” —como los denomina Žižek (2001)— advierten que asistimos al ocaso no solamente del régimen presidencial o del sistema judicial sino de la soberanía. En ese sentido, la pregunta fundamental parece ser “¿Cómo se constitucionalizó el poder en un nivel supranacional?, o ¿cómo comienza a formarse la constitución del imperio?” (Hardt & Negri, 2005, p. 332). Sin embargo, esta tesis no supone el socavamiento de los poderes del Estado nación —de ahí la importancia de análisis como el de Gargarella—, pese a la innegable fuerza que han cobrado las transnacionales y redes globales; significa más bien que el funcionamiento y los elementos constitucionales del Estado nación se han desplazado efectivamente a otros niveles y dominios: “La unidad de cada uno de los gobiernos comenzó a desarticularse y a dispersarse en una serie de cuerpos separados (bancos, organismos de planificación internacional y otros que se sumaron a los demás cuerpos separados tradicionalmente) que progresivamente tendieron a buscar legitimidad en un nivel transnacional del poder” (Hardt & Negri, 2005, p. 331). Una pregunta fundamental entonces, es analizar cómo se articularon, desde el discurso constitucional, las relaciones de poder en la modernidad; pero inmediatamente debemos preguntarnos por cómo se reorganizaron y (neo) constitucionalizaron las estructuras de poder en la posmodernidad²⁸.

de gobierno. En una línea similar, Dussel planteaba hace poco que ya nadie piensa en tomarse al Estado, como era frecuente en cualquier proyecto marxista hasta hace poco. En síntesis, el poder parecer ser algo más complejo que una simple relación de dominación estatal.

28 De todas formas, es necesario advertir que el texto de Negri y Hardt ha sido fuertemente criticado en una de sus principales tesis, según la cual en la actual fase del capitalismo mundial tanto el posfordismo, como el imperialismo y el colonialismo han llegado a su fin. En la medida en que si bien por más de casi cuatrocientos años fueron útiles al capitalismo, hoy son un obstáculo para su funcionamiento (Hardt & Negri, 2001, p. 323). Al respecto, autores como Castro-Gómez, por ejemplo, si bien han aceptado el declive de la soberanía de los Estados modernos, han sostenido enfáticamente que estas rearticulaciones no suprinen sino que reactualizan, bajo una versión posmoderna, las jerarquías epistémicas erigidas por la modernidad, y por ende las configuraciones de poder. Es decir, las nuevas condiciones creadas por el capitalismo posfordista nos hacen asistir, no a la supresión de la colonialidad, sino a “una reorganización posmoderna de la colonialidad” (Castro-Gómez, 2005, p. 66).

CONCLUSIONES: HACIA UN DIALOGO CRÍTICO SOLIDARIO ENTRE CONSTITUCIONALISTAS LATINOAMERICANOS Y LA IZQUIERDA OCCIDENTAL

Antes que negar la modernidad (en una especie de antimodernismo irresponsable) la tarea consiste, como ha señalado recientemente Ramón Grosfoguel (2007), en elaborar un diálogo crítico solidario con algunas formas de pensamiento que aún siguen siendo útiles para Latinoamérica. La anterior reflexión estuvo guiada por esa premisa, y se intentó rastrear el problema del poder en dos tradiciones constitucionales, una emergida en los años ochenta y otra de reciente cosecha: el neoconstitucionalismo (tomando como referencia el caso colombiano) y el NCL (en las experiencias de Bolivia y Ecuador). El discurso neoliberal, pospolítico y multiculturalista, mostramos, puede ser asociado, a pesar de ciertas reivindicaciones en materia de derechos fundamentales, al modelo neoconstitucional. Por su parte, las narrativas decoloniales, anticapitalistas y contrahegemónicas emergen constantemente —a pesar de ciertas posiciones opuestas a esta idea— en el NCL. La comunicación entre constitucionalistas y el diálogo entre formas de pensar tan diversas como el giro decolonial (en autores a veces distantes como Castro-Gómez, Grosfoguel, Dussel), la izquierda occidental (Žižek, Negri, Hardt, por ejemplo), y experiencias constitucionales en la región muestran el compromiso, no de borrar por completo figuras de inspiración eminentemente occidental, sino más bien el intento de debilitar su particular estatus (progresista, contrahegemónico).

BIBLIOGRAFÍA

- Arango, R. (2001). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2007). *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la ley de justicia y paz*. Bogotá: Editorial Norma.
- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo trasformador El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala – Universidad Andina Simón Bolívar –Fundación Rosa Luxemburg.
- Bernal, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bonilla, D. (2006). *La Constitución multicultural*. Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores.
- Castro-Gómez, S. & Escobar, A. (2008). Introducción: Colombianidad, población y diferencia. En: *Genealogías de la colombianidad*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Castro-Gómez, S. (2005). *La poscolonialidad explicada a los niños*. Popayán: Universidad del Cauca – Instituto Pensar.
- Castro-Gómez, S. (2007). Decolonizar la universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes. En S Castro-Gómez, R Grosfoguel: *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad Javeriana.
- Estrada, J. (2010). Constitucionalismo neoliberal: entre la razón cínica y la confianza inversionista. Acerca del derecho a la sostenibilidad fiscal. *Revista Izquierda*. Espacio Crítico Disponible en: http://ingenieriacritica.files.wordpress.com/2010/10/revistaizquierda_51.pdf.

- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho, examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes – Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- García Villegas, M. (2006). El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. En: Rodrigo Uprimny, César A. Rodríguez Garavito, Mauricio García Villegas *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 201-233). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Garcia Jaramillo, Leonardo (2008) el nuevo derecho en Colombia ¿entelequia necesaria o novedad pertinente. *Revista derecho No 29*. Bogota, Colombia.
- Gargarella, R. & Courtis, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal – ASDI.
- Gargarella, R. (2005), *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América* Madrid (1776-1860). Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2013). Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Anacronismo e irrupción. *Revista de Teoría y Política Clásica Moderna*. pp. 245-257
- Grosfoguel, R. (2007), *La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global*, Ciudad de Panamá: Centro de Estudios Latinoamericanos Justo Arosemena (CELA).
- Hardt, M. & Negri, A. (2005). *Imperio*. Barcelona: Paidós.
- Kalmanovitz, S. (2001). Las consecuencias económicas de la Corte Constitucional. Mora Mamanche, Jaime Hernando *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.
- Laclau, E. & Chantal, M. (2010). *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Segunda edición. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Lascarro, C. & Lascarro, D. (2013). El silencio de los constitucionalistas. *Revista Latinoamericana Refundación*. Disponible en: <http://www.refundacion.com.mx/rev/index.php/hemeroteca/421-ediciones/mayo-2013/derecho-critico/436-el-silencio-de-los-constitucionalistas>.

- Lascarro, C. (2012). De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo Latinoamericano. *Jurídicas*, 9(2), pp. 58-69. Universidad de Caldas.
- Lascarro, C. (2013). Notas sobre constitucionalismo latinoamericano. *Revista latinoamericana Refundación*. Disponible en: <http://www.refundacion.com.mx/rev/index.php/hemeroteca/417-ediciones/abril-2013/nuevo-constitucionalismo-latinoamericano/426-notas-sobre-constitucionalismo-latinoamericano>
- Lascarro, C. et ál. (2012). Diálogos con Ricardo Sanín: crítica al constitucionalismo liberal contemporáneo. *Revista Internacional de Ética y Política*, 1. Universitat de Barcelona.
- Lascarro, C. et ál. (2013a). ¿Es posible decolonizar el constitucionalismo? O Ecuador como lugar decolonial. Diálogos con Ramiro Ávila Santamaría. Entrevista inédita, Quito-Barranquilla, 2013.
- Lascarro, C. et ál. (2013b). Hacia una (re) construcción de la izquierda constitucional en Latinoamérica: Una discusión con Roberto Gargarella. Entrevista inédita.
- Libreros, D. (2010). Corte Constitucional y sostenibilidad fiscal. Fallo a favor del gran capital financiero. *Revista de Izquierda, Espacio Crítico*, 22. PP 22 – 27.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Bogotá: Legis.
- Mantilla, A. (2008). La revolución en los tiempos de la tolerancia. En: Schmitt, Agamben, Žižek & Virno (eds.). *Normalidad y excepcionalidad en la política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Médici, A. (2010). Teoría constitucional y giro decolonial: Narrativas y simbolismos de las constitucionales. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador, *Revista de Estudios Críticos* (enero-diciembre) pp 95 - 124.
- Médici, A. (2012). *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Aguascalientes, San Luis de Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat.

- Mejía, Ó. & Galindo, C. (2006). La tercera Corte Constitucional: tensiones y desplazamientos. El giro de la Corte Constitucional de la jurisprudencia social a la neoliberal en la Constitución de 1991. *Espacio crítico*.
- Mignolo, W. (2007). Hacia un diálogo crítico-solidario con la izquierda europea. *Nómadas*, 26. Universidad Central, Bogotá pp 22-26
- Moncayo, V. (2004). *El Leviatán derrotado*. Bogotá: Editorial Norma.
- Pérez, L. & Rodríguez, T. (2007). *Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia.
- Quijano, A. (2007). Colonialidad del poder y clasificación social. En: Castro-Gómez, S. & Grosfoguel, R. (eds.). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá, Siglo del Hombre editores.
- Restrepo, E. & Rojas, A. (2010). *La inflección decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos*. Colección Políticas de la Alteridad. Universidad del Cauca, Popayán
- Rodríguez, C. & Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambios sociales*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez, C. (2009). La globalización del Estado de derecho. *Bogotá: Universidad de los Andes*.
- Sanín, R. & Méndez, G. (2012). La Constitución encriptada. *Redhes*, 8 (jul.-dic.) Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Brasil
- Sanín, R. (2012). *Teoría crítica constitucional II. Del existencialismo popular a la verdad de la democracia*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Santos, Boaventura De Sousa. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: IIDS - Plural Editores.
- Tobón, G. (1998). *El carácter ideológico de la filosofía del derecho*. Medellín: Señal Editorial.
- Tobón, G. (2012). El constitucionalismo aparente en Colombia. En: Gil, N. & Duarte, R. (coords.). *Memorias del XI Congreso Nacional de Filosofía del*

derecho y Filosofía social. Constitucionalismo, pobreza y globalización.
Universidad del Atlántico. Barranquilla.

Upogui, J. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho.*
Bogotá: Universidad Externado.

Uprimny, R. & García, M. (2004). Corte constitucional y emancipación social
en Colombia. Boaventura de Sousa Santos, Mauricio García Villegas
Emancipación social y violencia en Colombia. Bogotá: Editorial Norma.

Uprimny, R. & Rodríguez, C. (2005). Constitución y modelo económico en
Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho.
En: *Debates de coyuntura económica. Modelo económico y Constitución.*
Bogotá: Fedesarrollo.

Valencia (1987) Cartas de Batalla. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia

Viciano, R. & Martínez, R. (2010). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: *El nuevo constitucionalismo en América Latina.* Quito: Corte Constitucional de Ecuador.

Walsh, K. (2002). Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. En: *Boletín ICCI Ary-Rimai*, 4(36). Disponible en: <http://icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html>

Walsh, K. (2007). Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. En: *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 47-62). Bogotá: Siglo del Hombre.

Walsh, K. (2012). Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: Refundares político-epistémicos en marcha. En: *Lugares descoloniales. Espacios de intervención en las Américas.* Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Yrigoyen, R. (2010). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En: *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI.* Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.

Žižek, S. (2001). ¿Han reescrito Michael Hardt y Antonio Negri el Manifiesto Comunista para el siglo XXI?. en: *e-Valencia.org.* Disponible en: <http://e-valencia.org/index.php?name=News&file=article&sid=12602>.

- Žižek, S. (2005). *El acoso de las fantasías*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Žižek, S. (2005a). Over the rainbow. *El Viejo Topo*, 202 (ene.).
- Žižek, S. (2006). La máscara humanitaria de la explotación: los comunistas liberales de Porto Davos. En: *Rebelión*. Disponible en: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=33679>.
- Žižek, S. (2009). *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*. Madrid: Paidós.
- Žižek, S. (2011). *Bienvenidos a tiempos interesantes*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
46

46

UNA HISTORIA CONCEPTUAL DE LO “AMERICANO”. UNA IDENTIDAD ESQUIVA

A CONCEPTUAL HISTORY OF THE “AMERICANO”. A DODGES IDENTITY

*David Armando Rodríguez Rodríguez**

Fecha de recepción: 21 de enero de 2017

Fecha de aceptación: 9 de febrero de 2017

RESUMEN

Durante los cursos del profesor Juan Jaramillo se abordaban diversas temáticas del derecho constitucional latinoamericano. Por desgracia, la temprana muerte del querido profesor Juan dejó inconclusas muchas líneas de investigación. Este artículo recoge la temática de una de las sesiones del curso Estudios Comparados del Derecho, relacionada con la identidad latinoamericana. A partir de reflexiones de la historia conceptual de Koselleck y Rosanvallon, se busca responder a la pregunta sobre la aparición del adjetivo “latino/a” como calificativo del sustantivo América; mostrar que la identidad colectiva del continente nos es esquila; y polemizar el consenso de la historiografía, según el cual el adjetivo latino fue una forma para otorgar peso a Francia, en perjuicio de España. Que este texto sea un modesto homenaje al profesor Juan, sus enseñanzas y la continuación de sus inquietudes.

Palabras claves: América Latina, historia conceptual, siglo XIX, identidad, estudios comparados del derecho.

ABSTRACT

During the courses of Professor Juan Jaramillo, various topics of Latin American constitutional law is addressed. Unfortunately the early death of beloved teacher, left unfinished many lines of research. This article covers the topic of a session of the course Comparative Studies of Law, related to the Latin American identity. From conceptual reflections and Rosanvallon Koselleck history, seeks to answer the question about the emergence of “latino/a” adjective noun; show that the collective identity of the continent is dodging us; and argue consensus historiography, according to which the Latin adjective, was a way to give weight to France, to the detriment of Spain. This text is a modest tribute to Professor Juan, his teachings and continuing concerns.

Keywords: Latin America, conceptual history, nineteenth century, identity, comparative studies of law.

* Abogado, magíster en Derecho Constitucional, magíster en Historia de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Filosofía de la Historia de la Universidad Autónoma de Madrid. davarodriguez@unal.edu.co Agradezco al profesor Gonzalo Velasco Arias, por su ánimo y valiosos comentarios.

INTRODUCCIÓN

Si algo caracteriza al pensamiento en Latinoamérica es su preocupación por captar la llamada esencia de los americanos, tanto en su expresión histórica y cultural, como en su expresión ontológica.

Leopoldo Zea

El profesor Juan Fernando Jaramillo Pérez ofrecía el curso Teoría Constitucional Latinoamericana, que posteriormente pasó a llamarse Estudios Comparados del Derecho, seminario dirigido a estudiantes de pregrado y posgrado de nuestra Facultad. Dicho curso constaba de quince sesiones, cada una relacionada con una problemática o desafío de los Estado (latino)americanos y con la construcción de la ciudadanía moderna; temas como la herencia colonial, la situación del indígena, la esclavitud y la situación de la población afrodescendiente; el papel de la Iglesia y su relación con el Estado; la historia del constitucionalismo y su periodización en radical, conservador y liberal; el autoritarismo y el populismo y sus concreciones jurídico-constitucionales; las revoluciones; y una sesión final dedicada al imperialismo. En la revista *Pensamiento Jurídico* número 20 se publicó un artículo del profesor Juan que contenía varios temas y fuentes que se desarrollaban ampliamente durante el tránscurso del seminario (cfr. Jaramillo, 2007).

Una de las virtudes del curso, y sin duda un motivo por el cual era tan popular y seguido, tenía que ver con que cada tema de los mencionados era abordado a partir de una obra literaria (latino)americana; la sesión sobre la situación del indígena, por ejemplo, se ilustraba a través de obras como *Huasipungo* de Jorge Icaza (sobre Ecuador), *El mundo es ancho y ajeno* de Ciro Alegria (sobre Perú), *Raza de bronce* de Alcides Arguedas (sobre Bolivia) y otras novelas más. La esclavitud y la situación de la población afrodescendiente se ilustraba con obras como *El reino de este mundo* (Carpentier, sobre Haití), *El cimarrón* (Miguel Barnet, sobre Cuba) o *Chambacú, corral de negros* (Zapata Olivella, sobre Colombia). Cada una de las temáticas de las sesiones era trabajada e ilustrada con literatura del continente. Esta estrategia permitía a los y las estudiantes llegar a un grado de conocimiento de la problemática que superaba la mera enunciación de la literatura especializada (derecho constitucional, ciencia política o historia política).

Con ocasión de la beca docente que entrega la Sede Bogotá de la Universidad Nacional para el desarrollo de estudios de maestría, y ante el tratamiento médico que recibió el profesor Juan a partir del primer semestre del año 2011, quien escribe estas líneas debió asumir una parte de la dirección de dicho curso. Sin duda una responsabilidad que sobrepasaba los pocos resultados que conseguí. El bagaje intelectual del profesor Juan y el contenido del curso tenían un límite

claro; lo pequeño de mi alcance. Así, ante el triste fallecimiento del profesor Juan y la obligación del desarrollo del curso, se logró recabar apuntes, lecturas, programas y observaciones de diferentes compañeros y compañeras de la Facultad, siempre con la idea de reproducir muchas de las reflexiones que se compartían en las sesiones. Este artículo busca reconstruir uno de los temas de una sesión, en relación con la construcción de la identidad en nuestro continente. De esta manera, quiere regresar sobre las enseñanzas del profesor Juan, inquietudes, problemas y autores que propuso. Pretendo hacer un pequeño homenaje y recuerdo de su “legendario” curso.

Las fuentes son claras: la historia del pensamiento político latinoamericano trabajada de manera reiterada dentro del curso. La pregunta transversal a este tema es: ¿por qué la región de América del centro y sur del continente se denomina “latina”? muy cercana a una de las sesiones del curso en las que se interrogaba a varios autores y ensayistas latinoamericanos sobre la identidad del continente (en aquella clase discutíamos textos de Alberdi, Sarmiento, Rodó y Martí).

1. UNA TAREA DE LA FILOSOFÍA LATINOAMERICANA

En el pensamiento (latino)americano aparecen temas recurrentes. Uno, sin duda, es su *identidad*: resolver, desde un punto de vista histórico, cultural y ontológico, el *ser* de las manifestaciones humanas del continente. Bien lo señala Carlos Beorlegui (2004) en su *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano*, la historia del pensamiento es “una búsqueda incesante de identidad” (v. también Santana Castillo, 2000), y en ese sentido la historia del pensamiento de nuestra América está atravesada por la necesidad de delimitar las particularidades de la cultura dentro de la universalidad occidental, de mostrarse como occidentales, pero no solo como occidentales sino como algo más o algo menos. Otra característica de nuestra historia es que somos portadores de herencias diversas, en muchas formas contradictorias o en disputa, pero que como realidad condicionan la vida política, social e individual del continente. En la obra en cita el autor mencionado señala que la pregunta incesante del pensamiento filosófico de la región es resolver si hay o no, y a partir de cuándo, un pensamiento “original”, una reflexión desde las propias circunstancias, que no se limite a apropiarse o imitar reflexiones europeas o norteamericanas (Beorlegui, 2004, pp. 45, 883); ¿Cuál es la razón latinoamericana? Este es el *leitmotiv* de la historia el pensamiento de los últimos quinientos años. Leamos una cita extensa del filósofo mexicano Leopoldo Zea, quien señala con agudeza el sincretismo de la sociedad americana, la condición hibrida de nuestra identidad y en últimas las tensiones que se relevan:

¿Cuál debe ser el papel del filósofo (americano) frente a este mundo? ¿Cuál es su responsabilidad ante el mundo actual? Una tarea de ajuste [...] [como] heredero de dos mundos, el hombre de esta América se ha resistido a renunciar a uno de ellos anulando el otro. Eclécticamente se ha planteado el problema de occidentalizar la América, o americanizar la cultura heredada [...] Imitación o asimilación, parece ser la disyuntiva [...]. En nuestra América la occidentalización o europeización, sin más, nunca dio resultado. Por eso se ha elegido, en nuestros días, la segunda vía, la de la americanización de la cultura heredada. Esto es, la búsqueda de su vigencia en realidades para las cuales no está hecha. El latinoamericano ha terminado, sin abandonar su afán de formar parte de una cultura de la que se sabe heredero, por reconocer la realidad que le es peculiar para adoptar a ellas sus aspiraciones de occidentalización. Se busca ahora la conciliación de las expresiones de la cultura de que se sabe hijo con la realidad ineludible en que también se ha formado [...]. Ajuste que ponga término a la situación de tirantez y crisis en que vivimos. (Zea, 1976)

Este fragmento evidencia la reiteración de un debate, incluso, sobreestudiado. La idea de que el pensamiento filosófico latinoamericano, haciendo las veces de psicoanalista, verbaliza las crisis, el juicio, de la identidad de la cultura del continente. Esta última se reconoce híbrida, triplemente híbrida, heredera de una fuerte tradición prehispánica, otra herencia africana y un importante ropaje europeo. Una filosofía que en muchos términos es occidental (europea) pero en otros, en función de su contexto, su sitio en el mundo, es peculiar, o mejor, busca relevar su peculiaridad. Algo definitorio del pensamiento americano es precisamente esta conciencia de *accidentalidad* de nuestra cultura y de nuestro ser. El pensamiento americano, señala Zea, a diferencia del europeo, nunca se ha sentido universal, por lo cual su preocupación ha sido la de incorporarse a lo universal, respetando sus peculiaridades. No como una admiración a las tradiciones, sino como una condición de la cual es imposible separarse. La condición de americano “impide la asunción cultural de su encontrado modo de ser, la definición de su identidad” (Zea, 1983, p. 9).

Esta hibridez¹ tiene que ver con la forma en la que se produjo el encuentro entre las comunidades prehispánicas y el mundo europeo. Fueron muchos los espacios en que el sincretismo, como forma de ser de nuestra realidad, se manifestó. Se encuentra ampliamente documentado y explicado que el proceso de evangelización permitió que cientos de formas de religiosidad colectiva

1 Híbridez que, como veremos, crea una suerte de *doble personalidad* del ser latinoamericano: Sentirnos sin duda occidentales, pero también, en muchos aspectos, preoccidentales, e incluso, antioccidentales, y hasta posoccidentales. Las élites nacionales hablan y sueñan con lenguaje de ciudadanía, Estado de derecho, economía de mercado, etc., en un contexto donde estas ideas no solo son distantes sino opuestas a los imaginarios de sus pueblos, o en el mejor (o incluso peor) de los casos, dichas instituciones son instrumentalizadas con fines diversos a los emancipatorios con los que fueron desarrollados.

indoamericana, sus deidades, rituales, festividades, y en ultimas, los referentes de identidad social (única posible en la indoAmérica), vivieran con un ropaje cristiano. Ocurre exactamente lo mismo con la extracción económica durante la Conquista y la Colonia. La empresa extractiva requería mano de obra, con un claro sentido individual, de lucro y de racionalidad instrumental moderna. La encomienda encontró diversidad de comunidades en las que, si bien eran numerosas, no existía concepto de individualismo, ánimo de lucro, o lógicas racional-formales. La encomienda fue esta forma de sincretismo en el que la sociedad colonial articuló y funcionalizó dos ideas en principio contrarias: una identidad colectiva y precapitalista (la comunidad indígena), y el lucro e individualismo hispano (Manrique, 2006, p. 47). Así, la primera inclusión del continente en la economía mundial se dio de la mano de una institución que funcionalizaba las identidades precapitalistas y el fin de lucro, que permitía la continuidad de formas precapitalistas con formas capitalistas en una economía fuertemente globalizada. El posterior sistema hacendatario da continuidad hasta nuestros días a estas formas económicas en las que en una economía de mercado se produce con formas de trabajo y apropiación precapitalistas. El capitalismo y la religión —aunque podríamos seguir con la familia, la política, el derecho— en América siempre han sido la hibridación entre formas de pre-modernas, modernas e incluso posmodernas.

Estos y muchos otros procesos dieron lugar a una sociedad en la que la identidad no resulta clara. El periodo republicano profundizó dichas discontinuidades, se difundió en las Constituciones de la posindependencia, valores de laicos, racionalistas, individualistas, de democracia constitucional, ciudadanía y libertad, en un contexto en el que las mismas no tenían ningún arraigo. En últimas, el siglo XIX intentó posar de moderno y occidental, siendo en muchos aspectos premoderno e incluso antimoderno. Resolver la pregunta de la identidad latinoamericana es, como señala Leopoldo Zea, la gran tarea del filósofo (y en general del científico social) de nuestra América².

La conquista del norte de América comenzó en la primera década del siglo XVII —en 1608— cuando Christopher Newport (el Hernán Cortés inglés) llegó a la provincia de Virginia para iniciar el camino de los padres peregrinos. Por su parte, la conquista de México y del Perú inició en 1519 (incluso la primeras expediciones datan de 1509). Entre un proceso y otro existe un siglo de distancia (Elliot, 2006). Durante un siglo el Nuevo Mundo, América entera, era solo y exclusivamente el sur del continente. Hoy, paradójicamente, el término “Amé-

2 Señala José Luis Abellán que “en cualquier caso, si estos países no quieren ser enteramente absorbidos por Norteamérica, deberán enfatizar sus actividades de reafirmación propia, mediante eso que algunos llaman ahora, ‘segunda independencia’; solo de esta forma culminará el proceso de identidad cultural propia frente a Europa, alejándose de cualquier mimetización eurocétrica” (Abellán, 2009, p. 15). Es decir, es una labor histórica, filosófica, pero fundamentalmente política.

rica”, para los habitantes de la parte “latina”, hace referencia a un continente, a una identidad supranacional, mientras que para los habitantes de la parte anglosajona es un país, Estados Unidos. Es el caso típico de universalización de un particular, de la homogenización de unos e invisibilización de otros. Fácilmente llegamos a la conclusión de que geográficamente América es el continente entre el Atlántico y el Pacífico, pero si la pregunta se torna histórica, nos damos cuenta de que es un continente con un contenido maleable, poroso, “inventado” (O’Gorman, 1958). Si la geografía creó el continente, la antropología, la historia —caminos para preguntarse por el “ser” del continente—, en últimas la filosofía, crea el contenido.

Si se nos permite un intento, hagamos la pregunta de forma filosófica: ¿en qué consiste la mismidad de América Latina? En la mentalidad latinoamericana no cabe hacernos preguntas en forma de antinomias (ellos/ – nosotros), pero no porque exista diálogo, sino por el contrario, como una bifurcación. Una conciencia dispuesta a tomar partido por una u otra forma de identidad: “lo específico no son las antinomias [...] sino el eterno estar en suspenso, en un vacío [...] en un laberinto de la soledad, lo que origina el muy natural afán de buscar tierra firme, o sea identificarse con un modelo de civilización más o menos sólido” (Guirin, AÑO, p. XX)³.

1.2. Justificación: una primera problematización

Resolver el problema de la identidad parece ser la gran pregunta del ser de un americano del “sur”. Parece partirse de una paradoja. Cualquiera que vea la región, la suma de repúblicas, sus “naciones”, constata que existen profundas disimilitudes entre ellas (Chile frente a Honduras, por poner un ejemplo, Venezuela frente a Argentina, etc.), y al interior de cada país se evidencia lo mismo. En cada unidad política, la diversidad entre múltiples sectores sociales es aguda. Existe, además, una profunda diversidad demográfica entre los países, y al interior de los mismos. El intelectual y antropólogo brasítero Darcy Ribeiro (1969) señaló, con mucha agudeza, que existen al menos —en términos etnográficos— tres regiones en el continente: un conjunto de países “trasplantados” (como Argentina o Uruguay), en que son ampliamente preponderantes las etnias de origen europeo; naciones “testimonio” (Méjico, Guatemala, Bolivia, Ecuador), países en los que aún viven numerosas poblaciones indoamericanas; y los Estados con “pueblos nuevos” (el Caribe en general), en los que las comunidades europeas, indoamericanas y africanas se han confundido en un mestizaje que

3 Otro autor señala: “No es nada banal y sin secuelas el preguntarse: ¿quién soy?, ¿quiénes somos?. Esta vieja y siempre renovada preocupación existencial humana tiene hoy día una pertinencia estratégica para todos los pueblos, inclusive para los de los países ricos, en el contexto de la predominancia de una globalización sin civilización ni utopías, agresiva y en sentido único” (Ramos, 2012, p. XX).

ha dado lugar a algo nuevo. Hay que sumar otras reflexiones que nos llevan a defender este tema como pertinente en un trabajo de filosofía de la realidad de la región. ¿Por qué preguntarnos por la historia del concepto “América Latina”?

El término (lo que evoca) es impreciso, homogeniza una realidad más amplia y plural. Esta universalización de la región incluye, excluye, jerarquiza. ¿Por qué usar un término impreciso, cuando existen enunciaciones más comprensivas e inclusivas? Quien desde Europa, Asia o Norteamérica vea a América Latina, puede llegar a pensar que la enunciación es étnica (de hecho como veremos, surge así). Se trata de un “pueblo-continente”, una supranacionalidad. Cuando se enuncia lo “latino”, el término tiene connotaciones raciales, de descendencia de los europeos latinos. Se podría señalar, con base en un criterio étnico, que América del Norte, es anglosajona, mientras la del Sur es latina. La objeción es evidente. Quebec, por ejemplo, siendo francófona, no está incluida en el referente “latino”, pero Belice, Trinidad y Tobago, las Guayanas, Surinam, etcétera, siendo antiguas colonias británicas o neerlandesa, no son incluidas en la América anglosajona (Rouquie, 1989, p. 17). En el mismo sentido, puede plantearse que lo “latino”, en oposición a lo “anglosajón”, no es otra cosa que la proyección de las identidades europeas en América. De hecho, el pensamiento francés propuso este modelo, y fue el que se convirtió finalmente en la base del término “América Latina”.

En 1836 el economista político Michel Chevalier publicó en París las crónicas de sus viajes por América, un continente que para él reproducía las divisiones étnicas de Europa. Existen, señala el autor, tres grandes razas en Europa: latinos, germanos y eslavos, con sus respectivas posiciones políticas. “Las dos ramas, latina y germana, se producen en el nuevo mundo. América del Sur es —como la Europa meridional—, católica y latina. La América del Norte pertenece a una población protestante y anglosajona” (Arda, 1993, p. 152)⁴. Evidentemente, lo que buscaba arropar, en parte, era la presencia de Francia como potencia en oposición a la expansión de Estados Unidos, así como la presencia del Imperio Británico (Rouquie, 1989), con un argumento etnográfico e histórico⁵. Posterior-

4 Por esos años se publicó en París la *Revue des Races Latines* (*Revista de Razas Latinas*), en la que se defendían las diferencias étnicas en Europa. Estas publicaciones “científicas” son fundamentales en la formación de las ciencias sociales. Del mismo periodo y con el mismo sentido y la misma temática (las diferencias raciales, sostenidas con ropajes “científicos”) fue el *Essay sur la desigualdad de las razas humanas* (*Essai sur l'inégalité des races humaines*) de 1853, del académico francés Joseph Arthur de Gobineau. Dicho texto sirvió de fundamento para la etnización del antijudaísmo en el siglo XX. El nacionalsocialismo encumbra a Gobineau como científico precursor de la superioridad de determinadas razas. Lo que quiero introducir es que existe identidad entre los dos textos (y otros varios en el mismo sentido), relacionada con las distinciones “étnicas” tanto de las “razas” en Europa como en América. Puede manejarse a modo de hipótesis que el adjetivo “latino” tuvo un sentido racista, que los americanos resemantizaron, y opusieron a inicios del siglo XX, al imperialismo de Estados Unidos.

5 Se fundó en París la Liga Latina de Francia y las Repúblicas Latinoamericanas, bajo la dirección de un exministro de la Marina francesa, M. de Lanessan, con el objetivo de aumentar la influencia de las “razas

mente, el colombiano José María Torres Caicedo publicó en París su libro *Unión panamericana* (1865), en el argumentaba que el adjetivo “latina” era “la mejor denominación científica”, debido a que contenía el carácter romano y católico. Esta definición “étnica” hizo carrera y se fundaron clubes latinoamericanos en París, con el fin de defender la hermandad. La objeción es, igualmente, evidente. Cómo países como Bolivia, Honduras, Guatemala, Perú, Paraguay, donde la población indoamericana es, en algunos casos, el 60%, puede ser “latina”. La misma pregunta es válida para países como Brasil, Colombia, Venezuela o Panamá, donde existe una fuerte identidad africana. Así, si quisieramos adjetivar a la América contemporánea desde un criterio étnico deberíamos, como señala el ensayista mexicano Jorge Volpi (2009), denominarla como “indo-afro-hispano-América”. Una razón “étnica” presenta múltiples réplicas; tanto en la inclusión de casos como en la exclusión de otros. Un criterio geográfico tampoco aporta certidumbre. México hace parte del hemisferio “norte” del continente, pero es parte de América Latina, mientras países del sur (Guayanas francesas) son excluidas. Podría señalarse que la designación “Hispanoamérica” o “Iberoamérica”, presenta mayor precisión, ya que connota claramente el caso de la cultura de los dos imperios iberos (luso y castellano). Evidentemente, excluye a varios Estados, que fueron colonizados por las marinas holandesas o francesas. Existen regiones de Estados Unidos que fueron colonizadas por Francia o España, pero no se las incluye en América Latina.

Estas reflexiones ilustran la diversidad continental y la intraestatal. A pesar de ello (la pluralidad y disparidad entre cada uno de los países y la diversidad al interior), tampoco se duda de que exista una historia paralela, cercana, casi idéntica, entre las mismas repúblicas. Una identidad supranacional. Los Estados comparten historias, estructuras sociales, problemas y elementos identitarios comunes. Sin duda es posible hablar de una identidad más amplia que cada uno de los países, de hecho primera en el tiempo. A pesar de ello (la moderadamente sólida identidad regional), a lo largo de la historia es posible constatar que esta no ha permitido que el sustantivo que designa la región sea pacífico.

La siguiente cita puede ilustrar mejor el planteamiento del objetivo y justificación de la investigación. En 1990, cuando finalizaba la dictadura de Augusto Pinochet, decenas de intelectuales chilenos se encontraban exiliados en España. El fragmento que citaremos pertenece al último número de la *Revista Araucaria de Chile* editado desde el exilio. En él, el ensayista chileno Carlos Ossadon escribía:

“latinas” en el mundo. Se planeó la creación de academias, bibliotecas, cámaras de comercio, prensa y grandes agrupaciones de las repúblicas latinas; se acordó la celebración de un Congreso Parlamentario, es decir, de diputados y senadores de Francia y de las repúblicas latinas, y abrir concurso para premiar los mejores compendios históricos (v. Beltrán & Rózpide, 2011, p. 240).

Se dice que Fontenelle, a los noventa y nueve años, preguntado por su médico si tenía molestias, respondió: “ninguna, ninguna, solo [...] una cierta dificultad de ser”. La dificultad del escritor francés refleja bien una de las molestias cruciales de América Latina; aquella que ha entorpecido la posibilidad de afirmar una determinada personalidad cultural y social. “Todavía no tenemos un nombre, estamos prácticamente sin bautizar: que si latinoamericanos, que si iberoamericanos, que si indoamericanos”.

(Ossadon, 1990, p. 39)

Podría decirse, sin causar mucha polémica, que América Latina es una creación geopolítica de potencias extranjeras (esta es la idea con la que rivalizaremos), que dentro de la influencia en la región, han definido la manera de relacionarse con ella. Entre hegemones, remplazos, fluctuaciones de potencias, la denominación cambia. “Representativa de esta pretensión por analizar y definir este ‘continente’ es, precisamente, la polémica acerca de las maneras de denominarlo” (Funes, s.f., p. 12): desde las “Antillas” (las ante-islas de las indias), *Mondus Novis*, indias occidentales, “nuestra América”, españoles americanos, América indo-española, América meridional, Hispanoamérica, Iberoamérica, América Latina, indo-afro-hispano-América, EuroIndia, Indoamérica, los Estados des-unidos del Sur, interamericanismo, panamericanismo, Las Américas... Esta polémica, esta falta de consenso diacrónico y sincrónico en la denominación de la región, solo denota tensiones en los supuestos elementos identitarios de la región.

Quisiéramos entonces plantear el problema que sirve de excusa⁶. Queremos hacer una historia conceptual del nombre “América Latina” en el pensamiento del hemisferio, combinando elementos desde una perspectiva genealógica (nietzscheniano y foucaultiano), persiguiendo, solo a manera de propuesta, una pregunta por la identidad del continente suramericano. La pregunta por el nombre del continente se hará a una larga tradición de pensamiento y reflexión humanista regional, se hará a la historia del pensamiento americano. Si interrogamos a un francés o a un norteamericano, incluso a un autor español, es reiterada una respuesta en la que la denominación tiene que ver con la herencia colonial, ya sea hispana, ibera (más amplia e incluyente del mundo lusitano), o latina (ampliada a las excolonias francesas). La denominación aparece dada, primero como elemento étnico, y segundo como una correlación de fuerzas entre los centros del sistema-mundo. Si preguntamos a los autores y autoras del pensamiento continental americano, nos daremos cuenta de que la denominación también fue discutida, polemizada, resemantizada, rebatida, atacada y defendida al interior del continente mismo.

6 “El tema del nombre es una manera de plantearlo” (Funes, s.f., p. 16).

2. LA HISTORIA CONCEPTUAL Y LA GENEALOGÍA: HERRAMIENTAS TEÓRICO-METODOLÓGICAS

Queremos presentar una doble concurrencia entre la historia conceptual y la genealogía de Nietzsche y Foucault. Encontramos que la articulación entre las dos tradiciones resulta armónica, usada y productiva. La concurrencia entre las dos tradiciones aporta solidez, justificación y la explicitación del punto de vista del autor frente a la construcción del nombre del continente. Así, presentamos las previsiones teórico-metodológicas de las estrategias.

2.1. Historia conceptual

Entender la propuesta de Koselleck toma tiempo. Sin duda la erudición del autor y sus múltiples dimensiones —histórica, filosófica, lingüística—, pone obstáculos al lector inexperto en estos debates (el caso de quien suscribe este artículo). Por ello intentaremos, de manera sucinta, referirnos desde lo más genérico a lo más concreto y especializado de la propuesta del profesor de Bielefeld.

La primera reflexión apunta a la importancia de los conceptos: nuestro mundo, señala, está constituido por nuestras experiencias y expectativas. Dichas experiencias se acumulan en nuestra historia a partir de conceptos que nos permiten integrarlas a nuestra vida cotidiana. “Uno necesita conceptos para saber lo que sucedió, para almacenar el pasado en el lenguaje y para integrar las experiencias vividas en sus capacidades lingüísticas y en su comportamiento. Gracias a ello podemos entender lo que ha sucedido y estar en condiciones de adaptarnos a los desafíos del pasado” (Koselleck, 2004 v. también Bödeker, 2009). De esta manera, los conceptos son la condición de posibilidad para la experiencia. Sin ellos no existe la experiencia. Sin conceptos no es posible pensar, plantearse expectativas, futuro. El paso siguiente en la estrategia de la historia conceptual consiste en reflexionar sobre la relación entre los conceptos y la realidad, entendida como cambio de las circunstancias. ¿Qué relaciones se tejen entre los conceptos y los cambios de los sucesos?, ¿cómo reaccionan los conceptos a los cambios?, ¿influyen los conceptos en provocar los cambios? Así, cada concepto, está constituido a partir de la experiencia que ayuda a definirlo (cada concepto tiene su historia), pero no solo es pasado sino que también contiene expectativas, futuro. Un mismo concepto tiene múltiples significados, nombres y denominaciones. Se impone entonces una semántica de los conceptos (todos ellos históricos y por tanto cambiantes). A partir de dos ejemplos clásicos, revolución y Estado, Koselleck nos muestra cómo un concepto cambia, muta, varía las realidades que incluye, pero no la construcción sintáctica. Así, el concepto

de *status* pasa de denominar un segmento, una corporación de las sociedades feudales, a referirse a la unidad, al todo, al concepto jurídico-político englobante. “Estado” se convirtió, entonces, junto con otra decena, en una serie de “conceptos históricos fundamentales”, es decir, aquellos sin los cuales es posible aprender la realidad política de la modernidad.

Koselleck nos advierte que los conceptos también pueden impulsar y provocar nuevas acciones⁷, ya que ellos son leídos y usados por diversos grupos sociales. Un mismo concepto y una misma realidad (Estado) pueden ser vistos y leídos de maneras diversas. Para diversos sectores, actores políticos o sociales, un concepto puede evocar futurismo o utopías, en lugar de pasado o experiencia incluida. El mejor ejemplo de conceptos futuristas serían los *ismos*, desde el patriotismo, republicanismos, liberalismos, socialismo, comunismo, nacionalismo, etcétera. Es por ello, que Koselleck se vuelca a los conceptos. El conocimiento de la procedencia de estos, de cómo fueron usados, es de capital importancia para la explicación de los procesos de cambio social y político (Oieni, s.f.). La historia de los conceptos interroga por el alcance social de estos en sus respectivos contextos históricos, y analiza el cambio estructural en el ámbito de la época, de la sociedad y de la política, en tanto este es analizable como cambio en la experiencia, en las expectativas y en la teoría. Es decir, los conceptos, y su historia son una forma de seguir los cambios sociales, son un indicativo de los mismos.

Por último, el método se funda en la distinción entre análisis del significado de palabras aisladas, o semántica léxica, y el del significado de las mismas dentro de unidades más amplias como las de los campos semánticos. Detectar un campo semántico es encontrar una sección o fragmento más o menos unificado de vocabulario del lenguaje en una porción de tiempo delimitada.

¿Por dónde acceder en términos de fuentes al estudio de los conceptos?

Una vía es el estudio de los grandes pensadores, teóricos o políticos. Ellos son agentes activos en la difusión de conceptos, definición o modificación de los mismos. Pero también pueden ser actores que intenten resistirse a los cambios y prefieran conservar los conceptos con un significado que se siente amenazado. (Oieni, 2004, p. 28)

2.1.2. Historia conceptual de lo político

Un segundo referente de este texto, lo constituye Pierre Rosanvallon en dos textos: *Por una historia conceptual de lo político* (2003) y un artículo del mismo

7 La relación entre concepto y circunstancias es dinámica y de permanente articulación.

autor, “Por una historia conceptual de lo político (notas de trabajo)” (2002). En ellas, el profesor del Collège de France quiere mostrar que es necesario romper con la historiografía clásica *de la política* (de las instituciones, élites, partidos políticos, etc.), y volcarse por una historia *de lo político*, entendida como la historia de la existencia de la vida comunitaria y de las formas de acción colectiva diferenciada del ejercicio de la política. Señala Rosanvallon:

Referirse a lo político y no a la política es hablar del poder y de la ley del Estado y de la nación, de la igualdad y de la justicia, de la identidad y de la diferencia, de la ciudadanía y de la civildad, en suma, de todo aquello que constituye a la polis más allá del campo inmediato de la competencia partidaria del ejercicio del poder, de la acción gubernamental del día a día y de la vida ordinaria de las instituciones. (Rosanvallon, 2003, p. 20)

Evidentemente, *la política* (la lucha partidista por el control del Estado) es solo una esfera de *lo político* (lo que se refiere al poder, a la obediencia, “lo que incumbe a la polis”). Es por ello que el tema esencial de esta historia conceptual de *lo político* es la democracia misma. Ella, y todos los conceptos cercanos a ella (el campo semántico de la democracia en la terminología de Koselleck), aclara el autor en cita, denotan la flexibilidad, la ambigüedad. Sobre *lo político* y *lo democrático*, explica que tienen un sentido flotante, resulta difícil categorizar su campo semántico sin que se presten discusiones. De allí procede, además, la particularidad del malestar que subyace a su historia. El cortejo de decepciones y la sensación de traición que lo han acompañado desde siempre han sido tan intensos como consecuencia de que su definición no ha logrado completarse: “Hay que partir de este hecho para comprender la democracia: en ella se encabalgan la historia de un desencanto y la historia de una indeterminación. Esta indeterminación se inserta en un sistema complejo de equívocos y de tensiones que estructuran desde su origen a la modernidad política [...]” (Rosanvallon, 2003, p. 23).

Entre la historia conceptual de *lo político* y otras especialidades historiográficas (*v. gr.* la historia política, la historia social, la historia de las mentalidades) no difieren ni en su objeto ni en su táctica o estrategia metodológica. El objetivo es rehacer la genealogía extensa de las cuestiones políticas contemporáneas para que resulten totalmente inteligibles. La historia no consiste solamente en apreciar el peso de las herencias, en “esclarecer” simplemente el presente a partir del pasado, sino que intenta hacer revivir la sucesión de presentes tomándolos como otras experiencias que informan sobre la nuestra. Se trata de reconstruir la manera como los individuos y los grupos han elaborado su comprensión de las situaciones, de enfrentar los rechazos y las adhesiones a partir de los cuales han formulado sus objetivos, de volver a trazar de algún modo la manera como su visión del mundo ha acotado y organizado el campo de sus acciones. El objeto

de esta historia, para decir las cosas de otra manera, es “conseguir el hilo de las experiencias y de los tanteos, de los conflictos y las controversias, a través de los cuales la polis ha buscado encontrar su forma legítima” (Rosanvallon, 2003, p. 26)⁸. “Se trata, por lo tanto, de una historia que tiene como función restituir problemas más que describir modelos” (Rosanvallon, 2003, p. 29). Sobre el mismo punto, insiste más adelante: “Por esta razón, mi trabajo toma como objetos privilegiados lo inacabado, las fracturas, las tensiones, los límites y las negaciones que dibujan la imagen en huecograbado de la democracia” (Rosanvallon, 2003, p. 49).

2.2. Genealogía en Nietzsche y Foucault

La inclusión de una perspectiva genealógica en este texto puede anticiparse. Queremos desnaturalizar, problematizar, y polemizar el nombre de América Latina, y los diversos nombres que a lo largo de la historia ha recibido la región. La sola enunciación del sustantivo resulta fundamental para hegemonizar a unos y subalternizar a otros. Es por ello que consideramos pertinente hacer unas breves reflexiones sobre esta conciencia, al momento de hacer una reflexión sobre la filosofía del pensamiento de nuestra América.

En diversos textos, y de manera fragmentaria, en muchos casos contradictoria, Nietzsche realizó críticas demoledoras de la racionalidad occidental, y de la supuesta “naturalidad”, “ingenuidad” de las categorías con las que se hacía historia. Nietzsche se preguntó en virtud de qué condiciones, de qué procesos, por ejemplo, se habría desarrollado el juicio moral, es decir, cual habría sido la génesis de aquello que consideramos “bueno” y “malo”, y nos mostró el modo en que ese proceso se habría hecho invisible, naturalizándose las categorías del pensamiento, como si no tuvieran ellas misma una historia. Queremos comprender cómo ese proceso se ha vuelto transparente e invisible. En la *Segunda consideración intempestiva*, Nietzsche (2006) cuestiona el significado de la “verdad histórica” para defender un modelo historiográfico basado en las condiciones

8 En otro texto vuelve sobre el mismo punto: “El objeto de la historia conceptual de lo político es comprender la formación y la evolución de las racionalidades políticas, es decir, de los sistemas de representación que gobiernan el modo como una época, un país o unos grupos sociales conducen su acción e imaginan su porvenir. Si partimos de la idea de que esas representaciones no son un continente exterior a la conciencia de los actores —como lo son, por ejemplo, las mentalidades—, sino que resultan, al contrario, de un trabajo permanente de reflexión de la sociedad sobre sí misma, la meta de la historia conceptual de lo político es: (1) hacer la historia de la manera como una época, un país o unos grupos sociales procuran construir respuestas a lo que perciben más o menos confusamente como un problema, y (2) hacer la historia del trabajo efectuado por la interacción permanente entre la realidad y su representación, definiendo campos históricos-problemáticos. Su objeto, así, es identificar los ‘nudos históricos’ en torno de los cuales se organizan nuevas racionalidades políticas y sociales y se modifican las representaciones de lo político en relación con las transformaciones de las instituciones, las técnicas de gestión y las formas de la relación social. Es historia conceptual porque la inteligibilidad de las situaciones y el principio de su activación se anudan y se ponen a prueba en torno de los conceptos: la igualdad, la soberanía, la democracia, etcétera” (Rosanvallon, 2002).

de posibilidad para la emergencia de categorías. Esto nos permite ver el modo en que ciertas posiciones historiográficas (las formas de historia monumental, anticuaria y crítica) están al servicio del poder (v. Cohen & Blanco, 2012).

Por su parte Foucault, a partir de sus textos de 1970, presenta varias reflexiones más puntuales y pertinentes. Refirámonos brevemente al tratamiento que da el filósofo francés al tema del poder, como condición previa para abordar el tema de la escritura del mismo. Los estudios sobre el poder no son homogéneos, incluso en su denominación: poder, gobierno, gobernabilidad, soberanía, son términos que atraviesan las diversas etapas del filósofo, tratando temas cercanos, e incluso por momentos intercambiables. Un asunto resulta clave: el poder, en su dimensión relacional, más que como un objeto fijo, determinado y aprehensible, es visto en una dimensión capilar, concreta y subterránea. Es decir, considera que resulta más útil ver el poder, no desde la cúspide, sino desde la trama capilar de las prácticas sociales donde se deciden las disputas. En estas prácticas discursivas y no discursivas, en su relación, se definen, crean y fabrican las identidades e individualidades históricas. Hay que ver las relaciones de poder (poder, gobierno) y las luchas como relaciones de incitación recíprocas y reversibles.

En el *Orden del discurso* Foucault (1992b) propone una serie de precisiones metodológicas para distinguir el proyecto genealógico; (i) principio de discontinuidad: tratar los discursos como prácticas discontinuas, sin suponer que debajo de los discursos efectivamente pronunciados existe otro discurso, ilimitado, silencioso y continuo; (ii) principio de especificidad: considerar que los discursos constituyen una violencia que ejercemos sobre las cosas y que no hay providencia prediscursiva; y (iii) principio de exterioridad: se concibe que no hay núcleo interior y escondido del discurso, el pensamiento, la significación, y que este debe dirigirse hacia sus condiciones externas de aparición.

Los discursos, la verdad, la individuación y sobre todo la nominación y la identidad, son vistas como espacios y resultados de juegos estratégicos entre actores, en prácticas concretas, históricas y permanentes. Son resultado de una lucha mantenida en la oscuridad, oculta, en la que a partir de pequeñeces, “mezquindades”, se forjan valores, ideales, identidades, de manera contingente y accidental. Así, la historia de la verdad, de la moral, la sexualidad, la locura, etcétera (en el caso de este texto, de un nombre), adquieren un sentido político, se convierten en una historia política del conocimiento (Foucault, 1996).

El análisis foucaultiano (la analítica del poder) muestra que las subjetividades, las individualidades, en últimas las identidades, son fabricadas en una lucha condicionada entre saber y poder, en una relación entre formas discursivas y no discursivas. Conviene entonces poner de relieve que la identidad, en este caso

colectiva, es fabricada (Foucault, 1978). Así como no hay que suponer un individuo natural, un Estado natural, una sociedad natural, no habría que suponer un “latinoamericanismo” natural. La labor académica de Michel Foucault entronca con los objetivos de este artículo. Así como en su momento no se trató de hacer la historia de la prisión o la historia de la clínica, sino la historia de “cómo fue pensada la prisión, una historia de las relaciones que el pensamiento mantiene con la verdad [...] historia de la manera en que [...] han sido *problematizados, reflejados y pensados*” (Foucault, 1999, p. 370. Énfasis fuera de texto). En *Vigilar y castigar* Foucault quiso escribir, no una historia de la prisión, sino una historia de cómo fue pensada la prisión.

En términos estrictamente genealógicos, el aporte de Foucault (influenciado en su lectura de Nietzsche⁹) es claro. La genealogía desnaturaliza, problematiza y polemiza verdades que pueden tenerse como naturales. Se trata de problematizar la sexualidad, la locura, la punición, el nombre de un continente. De mostrar la irreabilidad de nuestra propia identidad. “La historia, genealógicamente dirigida, no tiene por meta encontrar las raíces de nuestra identidad, sino, al contrario, empeñarse en disiparla; no intenta descubrir el hogar único del que venimos [sino que] intenta hacer aparecer todas las discontinuidades que nos atraviesan” (Foucault, 1992a. Dicho de otro modo, se trata de analizar el saber en términos de estrategia y táctica de poder, de situar el saber en el ámbito de las luchas.

2.2.1. Nietzsche, la genealogía, la historia¹⁰

En *La verdad y las formas jurídicas*, así como en *Nietzsche, genealogía y la historia*, Foucault aclara que las preguntas por los orígenes (*Ursprung*) resultan falsas, en la medida en que vemos los fenómenos como naturales, implícitos, innatos, aunque no son otra cosa que invenciones, fabricaciones de los seres humanos. La pregunta por los orígenes debe ser remplazada por la pregunta por la aparición, la emergencia (*Entstehung*), la procedencia (*Herkunft*) y la invención (*Erfindung*).

Preguntarse por el origen implícitamente plantea la existencia de las cosas, de su identidad cuidadosamente replegada sobre sí misma, buscar lo que estaba ya dado. El origen sería el lugar de la verdad. Esto a su vez lleva a una lectura de la historia como lineal, progresiva y acumulativa, en la que lo nuclear de un fenómeno ya contenía todo lo que este llegaría a ser. Nietzsche, leído por

9 En la *Verdad y las formas jurídicas* explicita que resulta difícil leer los aforismos nietzschianos como una doctrina, pues en muchos aspectos son contradictorios.

10 Es conocido que el periodo genealógico de Foucault emerge con su conferencia de 1970 “El orden del Discurso”; está expuesto en *Nietzsche, la genealogía y la historia* de 1971, *La verdad y las formas jurídicas* de 1973, el segundo capítulo del tomo I de la *Historia de la sexualidad* y en *Vigilar y castigar* de 1975. Seguimos en general *Nietzsche, la genealogía, la historia* (Foucault, 1992a).

Foucault, señala que no existen esencias secretas sin fechas. La identidad, la razón, la verdad, no nacieron de la rigurosidad de los métodos científicos, sino de “la pasión de los sabios”, de su odio recíproco, de sus discusiones fanáticas, de la necesidad de triunfar. Sobre la investigación acerca de identidades, se lee en *Nietzsche, la genealogía, la historia*: “la historia genealógicamente dirigida, no tiene como finalidad reconstruir las raíces de nuestra identidad, sino por el contrario encarnizarse en disiparlas, no busca reconstruir el centro único del que provenimos, esa primera patria donde los metafísicos nos prometen que volveremos; intenta hacer aparecer todas las discontinuidades que nos atraviesan” (Foucault, 1992a).

Es por ello que la filosofía histórica, o mejor una filosofía armada de historia (ni historicista, ni evolucionista)¹¹ desnaturaliza, desfundamenta aquello que se presenta como incuestionable. Utiliza los métodos históricos para desenmascarar la voluntad de poder que determina la verdad. Se trata de “aprender a reírse de las solemnidades de origen”. El genealogista debe buscar las circunstancias y las condiciones reales a partir de las cuales nacieron y en las que se han ido desarrollando y formando con el tiempo. Señala el propio Nietzsche de manera inequívoca y contundente: “Lo que nos separa de cualquier modo de pensar platónico y leibniziano es lo siguiente: no creemos en conceptos eternos, valores eternos, formas eternas, almas eternas, y filosofías, en la medida en que es ciencia y no legislación, significa para nosotros la máxima extensión del concepto de historia” (Nietzsche, en Moro, 2009, p. 239).

En esta estrategia, y para el objeto de este trabajo, tiene vital importancia el concepto de *emergencia* (en oposición a origen), entendida como la entrada en escena de las fuerzas; su irrupción es el movimiento de golpe por el que saltan de las bambalinas, cada una con el vigor y la juventud que le es propia. Lo que Nietzsche llamaba *Entstehungsherd*, no es exactamente ni la energía de los fuertes, ni la reacción de los débiles, es más bien esta escena en la que se distribuyen los unos frente a los otros, los unos por encima de los otros (Foucault, 1992^a). La irrupción de un discurso, una práctica, un ideal, una moral, en últimas un espacio de enunciación, es la aparición de un lugar de lucha.

Como veremos, más que preguntarnos cómo emergió la denominación “América Latina”, o como llegó a denominarse así a la región (esto llevaría implícita la idea de que la historia de la región estaba destinada a ser llamada América Latina), lo que pretende el trabajo simplemente es determinar las formas en las que se denominó a la región durante el siglo XIX, y algunos años del XX en ensayos de autores americanos.

11 “Las fuerzas presentes en la historia no obedece ni a un destino ni a una mecánica, sino al azar de la lucha. No se manifiestan como las formas sucesivas de una intención primordial; no adoptan tampoco el aspecto de un resultado. Aparecen siempre en el conjunto aleatorio y singular del suceso” (FOUCAULT, 1971:20).

2.3. Breve conclusión

Antes de iniciar la labor central del texto quisiera explicitar, de manera sucinta, las premisas que lo estructuran: (i) la pregunta por el nombre de la identidad colectiva continental puede ser tenida como síntoma de una problemática ontológica permanente del pensamiento de nuestra América; (ii) el concepto (América “Latina”) pude verse en un sentido étnico, racial, casi biológico, pero una primera problematización evidencia que presenta significados adyacentes y encubre formas de hegemonías internas e internacionales. Para realizar la historia del concepto se requiere; (iii) un respaldo teórico que fundamente la investigación y la entronque con una amplia tradición que reflexiona sobre la facticidad de los conceptos, tácticas de archivo y tratamiento de fuentes; (iv) actitud genealógica, es decir, una estrategia que desnaturaliza, historizando categorías en apariencia neutrales o inofensivas, pero en realidad legitimadoras de valores e ideales determinados; y finalmente (v) preguntarnos constantemente por la identidad colectiva, entendida como actividad de integración/exclusión, en cara a que la construcción de identidades resulta una operación hegemónica en la que un particular se presenta como universal, y en ese sentido el resultado siempre es temporal y condenado a la fatalidad, a la desarmonía.

3. LAS IDEAS SOBRE LO AMERICANO. SIGLO XIX

A continuación se presenta una revisión de fuentes y su interpretación con el fin de problematizar y “desetnicizar” el sustantivo de la región. Se busca poner de relieve su carácter geo-político, inacabado y relacional. Pretendemos mostrar que la definición de la nominación fue y es polémica, se intentaron diversas alternativas, y solo frente a la posición política de la América anglosajona en el hemisferio, las élites nacionales se decantaron por la denominación de América “Latina”, durante mucho tiempo desueta, incomprendida e incluso atacada. El adjetivo “latino” tuvo para las élites nacionales, un doble uso: por un lado se presentó antiimperialista, y por otro, llegado el momento, la “latinidad” implicaba mestizaje, espiritualidad, sincretismo como única identidad continental. Se hegemonizó un particularismo (lo “latino” como “mestizo”), omitiendo, y por tanto ocultando, transparentando, que se dejaban en el registro de lo real sectores como los nativos y afrodescendientes. Si entender “América” por como Estados Unidos de América es una hegemonía, la universalización de una particularidad, algo similar ocurre con América Latina. Europa era “latina” es porque era mestiza: griega, romana, germana (pensemos solamente en el Sacro Imperio Romano Germánico, una suma de identidades históricas y geográficas en torno a una única unidad política). Fue en este sentido de hibridación que se produjo la identidad en América, pero no a la manera europea de suma de colectividades, sino como la universalización de una particularidad.

Debido a que los motivos que dieron lugar a que en la segunda mitad del siglo XIX surgiera el sustantivo no son permanentes, y por el contrario, la nominación es solo un consenso precario y temporal —siempre en reevaluación, actualmente en revaluación— que no ha estado ni estará clausurado. En la alteración tiene un papel fundamental la autointerpretación que hacen actores políticos (internos y externos) de la región en momentos coyunturales. En esa medida, el nombre siempre responde a aspiraciones, a posibilidades de ser (a proyectos) diferentes. Como señalan los filósofos y ensayistas referenciados en el capítulo anterior, la definición de nuestro nombre es la definición de nuestro ser, pero más que del ser factual, es el proyecto que aspiramos ser, que podemos ser.

3.1. Breves referencias siglos XV-XVIII

Desde el mismo encuentro entre Europa y América, el asunto del nombre fue una disputa, un malentendido. Evidentemente no lingüística sino esencialmente referido a una idea. ¿Era Asia, conocida por Europa, o era algo nuevo? Por un lado Colón sostenía que se encontraba en las Indias, y en esa medida, La Española, Santo Domingo y Cuba, eran unas “ante-islas”, al continente asiático, por esto “Antillas” (ante-islas). Por otro lado Américo Vespucio defendía la idea de ser un cuarto continente. Debido a que Colón no encontró la salida al Índico, y a que se completó la circunnavegación de la nueva tierra, nos encontramos ante la ruptura de la trinidad terrestre (tres continentes). Colón, y alguna parte de los especialistas del siglo XV, consideraban que la tierra tenía forma periférica (de pera), de pezón de pera, y en ella solo una parte era habitable y habitada, la ecumene. Esta tierra habitable se encontraba al norte de la esfera, estaba dividida en tres, y

[...] se correspondía con la organización cualitativa y jerárquica de la ecumene, en conformidad con la concepción místico religiosa de la época [...] Desde este punto de vista, no era difícil señalar el paralelismo entre las tres partes del mundo y las tres personas de la Santísima Trinidad; el reparto del mundo entre los tres hijos de Noé; Sem, Cam y Jafet; la adoración del Niño Dios por los tres Reyes Magos: Melchor, Gaspar y Baltasar, a quienes se consideraban embajadores de las tres partes del mundo. (Abellán, 2009, p. 30)

Bautizar al continente era de entrada una dificultad, porque implicaba una ruptura con la episteme de la época. Colón, y de alguna manera la administración colonial, denominaron al continente como Indias occidentales, a pesar de ser claro que no estaban al Oriente de Europa, ni eran la India. Durante algunas décadas del siglo XVI, y ante la indeterminación de lo que Europa se había encontrado, se denominó como “Nuevo Mundo”, es decir como el espacio en el que las órdenes religiosas, franciscanos en sus mayorías, podrían acudir a

realizar sus utopías cristianas en la tierra. *Novo Mundus* implicaba un mundo sin pecado, sin mundanidad y sin materialidad. Además, el imaginario de múltiples comunidades indígenas (especialmente guaraníes), sin ánimo de lucro, sin propiedad privada, sin economía de mercado, sin ambición “corrompedora”, implicaba que todo estaba por hacer (Quijada, 1998).

Es importante tener presente que desde muy rápido en América se produjo una fuerte diferenciación entre aquellos que vivían en las colonias frente a quienes lo hacían en la península. Es decir, sin importar el origen ibérico, el colonizador en América generaba rápidamente una conciencia de diferencia del ibérico de la metrópoli. La diferencia de intereses comerciales, sociales, estatales, llevó a una rápida transformación de la identidad entre las élites coloniales. Igual puede predicarse de diversas comunidades indígenas, que en virtud de las primeras formas de contacto durante la conquista, en el periodo de la Colonia se vincularon al orden, con una clara identidad. Muchas instituciones coloniales (casas de la contratación, consulado, etc.) surgen como presiones de intereses comerciales opuestos entre iberos en el Nuevo Mundo frente a funcionarios de la monarquía. “Se trata de una transformación profunda en virtud de la cual el amerindio asume fuertes rasgos ibéricos, mientras los ibéricos del Nuevo Mundo se alejan de la matriz originaria y pasan a adquirir una identidad iberoamericana” (Carmagnani, 2010, p. 118). Esto produjo que tempranamente emergieran nombres a propósito del continente dentro de los marcos de referencia de las identidades que portaban quienes hablaban, pero en contradicción con los intereses que perseguían:

En el periodo colonial existen algunas referencias del uso de América y americano para designar exclusivamente indígenas. Con todo, ya en 1730 aparece la expresión “español americano” usada a partir de ahí para denominar a los hijos de españoles nacidos en el Nuevo Mundo. O sea que de mera designación local de nacimiento, americano pasó a ser una identidad política que diferenciaba a los españoles europeos de aquellos nacidos en el Nuevo Mundo. (Fernández, 2009, p. 59)

De alguna manera, esto explica la aparición de nuevos lugares, pero con identidades anteriores: Nuevo “Mundo”, Nueva “España”, Nueva “Granada”, y solo como fruto de la ruptura trinitaria (de los tres continentes), y a la manera de mal entendido, aparecen denominaciones administrativas como Indias occidentales.

3.2. Siglo XIX

El siglo XIX se abre para el pensamiento americano como el momento para resolver los problemas de la reproducción del orden político tras la ruptura con

la metrópoli. Muchos son los intentos, propuestas y proyectos que se discuten y emprenden. La independencia política es vista por muchos como una oportunidad. Lo cierto es que durante la primera mitad del siglo XIX irrumpen al debate público actores que nunca antes hicieron presencia, escribiendo sobre asuntos que antes no eran objeto de reflexión. Recrear, rehacer un orden, fue la obsesión del pensamiento político de aquel periodo. En este “rehacer el orden”, el asunto de la enunciación de la región y la identidad del continente era fundamental. ¿Cuál debía ser la idea regulativa a perseguir? Muchos buscaron hacer de las nuevas repúblicas unos Estados Unidos del Sur; otros miraron de nuevo a Europa, pero esta vez a Francia o Inglaterra; otros, menos, se fijaron en la primera república del Caribe, Haití; otros buscaron en el pasado indoamericano para resignificarlo, dándole un lugar en la identidad del continente. Una cosa es cierta. Durante el siglo XIX el nombre de la región, y en últimas la identidad del continente, ha sido esquiva, híbrida, se quiso reproducir órdenes ajenos —buscar lo propio en lo ajeno—, importar, asimilar, aculturizar, imitar. Estos son los signos y síntomas de la falta de un nombre.

3.2.1. Los bicentenarios

Las independencias tuvieron múltiples causas, y estas no son el objetivo de esta discusión. Basta simplemente decir que pueden ser vistas como proyectos “liberales”, “burgueses”, y que fueron herederas de los proyectos franceses y estadounidense. Sin duda la historia mundial está de muchas maneras conectada, y las guerras de independencias de nuestra América se encuentran política e ideológicamente ligadas a los proyectos de la modernidad del hemisferio norte. No por ello pueden ser entendidas como proyectos liberales, modernizantes y rupturistas. Todo lo contrario, fueron proyectos de muchas maneras antimodernos y rebeldes de la modernidad europea, ni burgueses ni liberales. Por pensamiento liberal no puede entenderse (al menos en las primeras décadas del siglo XIX) los herederos de la Revolución francesa. Sin duda, las élites urbanas no solo eran afrancesadas, leían y difundían ideas ilustradas, sino que usaron la revolución como barniz y recubrimiento ideológico. Pero estas élites eran políticamente pobres (solo tenían como patrimonio político sus profesiones, sus relaciones y sus cargos públicos), y militarmente inexistentes; en comparación por ejemplo, de las élites rurales y hacendatarias, que eran mucho más numerosas, política, económica y militarmente más fuertes, y de ideas, si bien en muchos casos independentistas, no modernas. Algo similar ocurre con los sectores excluidos de las cuotas de poder; muchas comunidades indígenas fueron monárquicas y sectores de población afrodescendiente, si bien “patriotas”, eran profundamente más radicales que los “liberales” y “conservadores”.

3.2.2. Los liberales de 1790-1840. América, Colombia y la España americana

Durante el primer periodo, al menos hasta el inicio de la segunda mitad del siglo XIX, dentro del pensamiento político americano encontramos tres denominaciones repetidas, difundidas y compartidas; cada una aglutinaba ideas y proyectos diferentes (no por ello contrapuestos). Desde “España americana”, o “América española”, pasando a solo “América” (meridional, equinoccial, o sud), hasta neologismos todavía más rupturistas y contestatarios como “América colombiana” o “Colombia”¹². Esta aparición de neologismos evidencia la creciente politización de los conceptos, la emergencia de nombres (con sus identidades), la creatividad y la ausencia de bases firmes para la definición.

A. Americanistas

Uno de los primeros textos en que encontramos menciones al nombre es la traducción de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa (no en su versión de 1789, sino en la versión republicana y jacobina de 1793), en el texto *Discurso preliminar dirigido a los americanos*, de 1797, publicado en Venezuela de manera anónima. A la pregunta sobre el nombre de la región se lee:

[...] muchos pueblos se ocupan en el día en recobrar su libertad, en todas partes hombres ilustrados y de sano corazón, trabajan en esta heroica empresa; los americanos nos desacreditamos si no empezásemos seriamente a efectuar esto mismo, en aprovecharnos de las actuales circunstancia [...] Americanos de todo estado, profesión, color, edad, y sexos; habitantes de todas las provincias, patricios y nuevos pobladores, que veis [...]. (En Romero, 1985, tomo I, p. 5)

Un texto en el mismo sentido es *Los derechos del pueblo* (1813) del chileno Juan Egaña, en el que se leen interesantes declaraciones sobre el nombre de la región y su identidad. En el preámbulo:

No habrá político o legislador que, al declarar la representación y derechos naturales y sociales de algún pueblo de América olvide en las presentes circunstancias; primero, que siendo el principal objeto de un pueblo que trata de dirigirse a sí mismo, establecer su libertad de un modo que asegure la tranquilidad exterior e interior, los pueblos de América... Cuarto, que el día

12 Como vamos a ver a continuación, si América era la denominación europea del continente en honor a Ameríco Vespucio, para muchos sectores resultaba atractiva una denominación opuesta y casi que contestataria, esta vez en “honor” a quien se disputó el “bautismo” en el siglo XVI: Colón. De esa manera, el nombre de Colombia tenía un sentido a rebeldía contra Europa, de hecho en el bautismo mismo.

que la América reunida en un Congreso, ya sea de la nación, ya sea de sus dos continentes, o ya del sur [...]. (Egaña, en Romero, 1985, tomo I, p. 241)

En el articulado de la declaración de derechos afirma en sus apartados 2 y 4:

El pueblo de Chile reúne en sí el derecho y ejercicio de todas sus relaciones exteriores hasta que, formándose un Congreso General de la nación o de la mayor parte de ella, o al menos de la de América de Sur (si no es posible el de la nación), se establezca el sistema general de la unión y mutua seguridad; en cuyo caso trasmite al Congreso todos los derechos que se reserva este artículo. (Egaña, en Romero, 1985, tomo I, p. 241)

Finalmente, en el artículo cuarto de la misma declaración: “Chile forma una nación con los pueblos españoles que se reúnan o declaren solemnemente querer reunirse al Congreso General [...]” (en Romero, 1985, tomo I, p. 241).

Como veremos más adelante, buena parte de los sectores independentistas podía defender discursos y proclamas americanistas y reformistas durante las primeras décadas del siglo XIX, pero a medida que avanzaban las definiciones militares, y era evidente que gobernar las excolonias implicaba mantener el orden previo, muchos cambian de opinión y sus ofertas reformistas desaparecen. Un buen ejemplo es el Congreso Constituyente del Río de la Plata, que en 1816 escribía: “Nos los representantes de las Provincias Unidas en Sud América, reunidos en congreso general, invocando al Eterno que preside el universo, en nombre y por la autoridad de los pueblos que representamos [...]” (*Acta de Independencia de las Provincias Unidas en Sud-América de 9 de julio de 1816*, en Romero, 1985, tomo II, p. 205).

Estas proclamas al pueblo americano se repetirán en cada una de los virreinatos y capitánías generales. Más allá del contenido preciso de diversos textos, manifiestos, proclamas, llamados, etcétera, en muchos se encuentra que a quien se dirigen es al pueblo “americano”. En textos como los del ecuatoriano Manuel Rodríguez de Quiroga, *Proclama a los pueblos de América* (1809); el mexicano Antonio José de Irisarri, *Reflexiones sobre la política de los gobiernos de América* (1813), o de Juan Egaña, *Los derechos del pueblo* (1813) (en Romero, 1985, tomo II, p. 241), entre otros, siempre el interlocutor que buscan es a los americanos; quien hablaba era un “americano”, o el objeto de las reflexiones era “la América”. En ellos, claramente americanos, sin adjetivos y excluyendo evidentemente a los norteamericanos.

Esta “americanidad”, como nombre e identidad colectiva, firme y segura, pero con adjetivos cambiantes y fungibles, la refuerzan múltiples documentos de la época. El Acta de Independencia de Venezuela, por ejemplo (de 5 de julio de

1811), permite leer: “Nosotros, los representantes de las provincias unidas de Caracas, Cumana, Barinas, Margarita, Barcelona, Mérida, Trujillo que forman la Confederación Americana de Venezuela en el continente meridional [...]” (en Romero, 1985, tomo II, p. 105). O la Constitución del Estado de Quito, en su artículo 2 reza: “El Estado de Quito es y será independiente de otro Estado en cuando a su administración interior [...], reservándola a la disposición y acuerdo del Congreso General, todo lo que tiene trascendencia al interés público de toda América [...]” (Constitución de Quito, de 15 de febrero de 1812, en Romero, 1985, tomo II, p. 182). De igual forma en *Reflexiones sobre la política de los gobiernos de América*, del chileno Antonio José de Irisarri (1813) o en el *Manifiesto conjunto* de José Miguel Carrera y Bernardo O’Higgins de 4 de septiembre de 1814 (en Romero, 1985, tomo II, p. 251). En igual sentido pueden citarse en las provincias del Río de la Plata documentos como los decretos de la Asamblea Constituyente de las Provincias Unidas (reunida entre 1813 y 1815), por ejemplo el decreto de 14 de marzo de 1813 titulado “El patriotismo de un americano es la igualdad” (en Romero, 1985, tomo II, p. 310). Se leen líneas similares en el *Bando sobre tierras y esclavos* de Miguel Hidalgo en diciembre 1810: “D. Miguel Hidalgo y Costilla, generalísimo de América [...]”. Vale la pena extender la referencia a un texto de José María Morelos en la Proclama de Tlacosanitlán de 2 de noviembre de 1813, en la que inicia: “¡Americanos! El siervo de la nación os habla en pocas y convincentes razones [...]” y posteriormente resalta: “publicistas españoles [...] necesitáis fondos para mantener vuestras tropas en España [...] carecéis de fondos para mantener las tropas en la América Septentrional (pues ya la meridional es casi libre), así las vuestras como las de los americanos, que justamente se sostienen y sostendrán de los caudales de los europeos y criollos desnaturalizados, indignos del nombre americano” (en Romero, 1985, tomo II, p. 54)¹³. En general se repite la idea de que el sujeto colectivo es “La América”, o una de “las Américas”¹⁴ (el adjetivo de española se cambia por el de meridional, o como veremos equinoccial).

B. El neologismo. Colombianistas

El papel de Sebastián Francisco de Miranda resulta fundamental en la aparición de un nombre continental, incluso en la idea de una historia supranacional, no solo por su importancia en las últimas décadas del siglo XVIII y las primeras del siglo XIX, sino por el prestigio que acumuló, su edad al momento de los primeros intentos autonomistas, entre otras cualidades que le permitieron jugar un rol ideológico, que como veremos será retomado constantemente por quienes defienden ideas de identidades continentales. En el caso de Miranda, acudimos

13 En el mismo contexto mexicano se profirió por parte del Congreso de Anáhuac el *Decreto constitucional para la libertad de América mexicana* (en Romero, 1985, tomo II, p. 58).

14 Idea repetida en el Manifiesto al mundo de la Confederación de Venezuela de 1811.

a dos textos: *Planes de gobierno*, de 2 de mayo 1801 (en Romero, 1985, tomo I, p. 13), publicado durante su periodo de residencia en Londres; y la *Proclama de Coro*, de 2 de agosto de 1806. El primero es un documento en el que se perfila un proyecto de Constitución continental para un país federal; el segundo es una consigna de lucha en el primer intento fallido de asalto militar de América.

En *Planes de gobierno* Miranda presenta un proyecto de Imperio Americano, con dimensiones continentales. En el documento (como veremos) se presenta un imperio liderado por dos emperadores de nombre “Inca”¹⁵; evidentemente buscando simpatías con sectores generalmente subalternizados, ofrece derechos políticos a la población nativa, así como pequeñas simbologías aglutinadoras (el tricolor de las naciones grancolombianas, en principio, al parecer es una alegoría a los estandartes Incas). Lo fundamental en lo que perseguimos es que la identidad, y por tanto el nombre de la región, es uno: América y americanos. Sin más. Respecto a la religión de la nación americana, se lee: “El pueblo americano reconoce siempre a la religión católica romana como su religión nacional”, y cuando se refiere a la ciudadanía: “Son ciudadanos americanos: Todos los nacidos en el país, de padre y madre libres”.

La *Proclama de Coro* de 1806 se da en un contexto diferente. Tras lograr financiamiento inglés y apoyo norteamericano, pretende invadir Venezuela y liderar en agosto de 1806 el levantamiento contra el gobierno de la metrópoli (para aquel momento francés). El proyecto fracasa debido a que no cuenta con apoyo popular. Este documento resulta igualmente particular, pues como veremos precisa el sustantivo que denomina a la región. Si bien es americano, ahora agrega un nuevo adjetivo: “colombiano”. Leemos en el texto:

La recuperación de nuestros derechos como ciudadanos y de nuestra gloria nacional como americanos colombianos, serán acaso los menores beneficios que recojamos de esta tan justa como necesaria determinación. Que los buenos e inocentes indios, así como los bizarros pardos y morenos libres, crean firmemente que somos todos conciudadanos, y que los premios pertenezcan exclusivamente al mérito y a la virtud, en cuya suposición obtendrán inefablemente las recompensas militares y civiles, por su mérito solamente.

(En Romero, 1985, tomo I, p. 22).

En el séptimo punto de la proclama se lee: “Los depositarios del tesoro público lo pondrán inmediatamente a disposición de los cabildos y ayuntamientos, quienes nombrarán sujetos aptos para el manejo y para suplir al ejército colombiano [...]”. En este momento, entonces, vemos un primer elemento fundamental en la construcción del nombre y de la identidad, que recorrerá la primera mitad

15 Son evidentes las referencias a la Roma republicana. De una república con dos cónsules se pasa a un imperio con dos Incas. Son muchas más las referencias a un pasado romano.

del siglo XIX. Algunos buscaron un consenso y apoyo de diversos sectores sociales, que necesariamente no tenían porque participaban del bando americanista. Lograr que indígenas (que tomaron partido, con toda conciencia por la monarquía ibera), afrodescendientes y diversidad de mestizos participaran del proyecto criollo, implicaba unas mínimas promesas de igualdad y simetría jurídica, pero especialmente una identidad y un nombre que comprendiera a la población enunciada. Se buscó entonces, además de pequeñas¹⁶ concesiones políticas, nombrar ciudades con los nombres indígenas sobre los hispánicos y encontrar un gentilicio que revalorara lo nativo frente a lo hispánico. Así, el caso de americanos o americanos colombianos o simplemente colombianos¹⁷, y no de españoles americanos o hispanoamericanos, resultaba un acto de propaganda y confluencia social.

El adjetivo colombianos o colombianos americanos se repetirá en otros textos; el mexicano Servando Teresa de Mier señalaba en su *Segunda carta de un americano*: “Yo solo digo, que más fácil ha de ser, que América Española forme un Congreso entre sí [...] Americanos [agrega] lo que os importa es sobre todo es la unión. Conoced su importancia [...]. Un Congreso pues junto al istmo de Panamá, árbitro único de la paz y de la guerra en todo el continente colombiano, no solo contendrían las ambiciones del principio del Brasil, y las pretensiones que pudiesen formar los Estados Unidos, sino la de Europa toda [...]” (De Mier, *Segunda carta de un americano*, en Zea, 1978, p. 227). En igual sentido se hace mención a la denominación “colombiano” en el texto de 1820 de Francisco Antonio Zea *Manifiesto a los pueblos de Colombia*, o el texto de Vicente Rocafuerte, quien desde Cuba en 1823 escribió *El sistema colombiano popular*, en el que comenta y compara las Constituciones aprobadas en América y hace varios balances que busca difundir entre la élite criolla cubana y neoyorkina, con el fin de buscar la independencia de las Antillas. Señala en el texto:

El sistema americano o de Colombia, no solamente es el más racional en la teoría [...] Siendo este sistema tan diferente a todos los demás gobiernos conocidos en los tiempos antiguos y modernos, y puesto en práctica solo

- 16 Pequeñas, pues muchos otros documentos evidencian un alto grado de conciencia africana o indígena. Muchos sectores no reclamaron pequeñas reformas políticas sino especialmente reformas económicas, además de la abolición de la esclavitud, una reforma agraria, federalización, reconocimiento de los títulos ancestrales de la colonia, respeto a las propiedades colectivas indígenas.
- 17 En este punto parece necesario hacer una precisión. El territorio de la actual República de Colombia tuvo dos nombres durante el siglo XIX: República de la Nueva Granada (con diversas modificaciones constitucionales: Confederación Neogranadina, República de la Nueva Granada, La Nueva Granada), entre 1832 a 1863; y República de la Gran Colombia entre 1819 a 1830 (durante el desarrollo de las guerras de independencia). El nombre de Colombia, como estamos mostrando, hacía referencia a la suma de los territorios del virreinato, e incluía a varios países. Desde los textos de Miranda, “Colombia” y “colombianos”, tenía un sentido continental. Tanto es así, que tras la disolución de la Gran Colombia, el nombre del territorio de la actual República de Colombia vuelve a ser “La Nueva Granada”. A partir de la Constitución de 1863 se eliminó el nombre “neogranadino” y se recurrió al nombre de “Estados Unidos de Colombia”.

en este Nuevo Mundo, le daré el nuevo nombre de colombiano por estar situada la población de Washington en el Distrito de Columbia en los Estados Unidos, y ser la ciudad de Santa Fé de Bogotá, la capital de la Republica Colombia. (Vicente Rocafuerte, El sistema colombiano popular [1823]. En Romero, 1985, tomo I, p. 262)

C. España americana

Como señalan diversos autores, la independencia de las repúblicas americanas es básicamente una crisis de la identidad y enunciación, una autoafirmación, de las sociedades (Larraín, 1994). Recordemos por ahora dos textos; (i) el texto del Camilo Torres y Tenorio, notable del cabildo de Santa Fé, quien intenta justificar las declaraciones de autonomía o independencia a partir de una reivindicación de la identidad con la Corona española; en igual sentido se pronunciaron los delegados americanos a las Cortes Constituyentes de Cádiz, quienes de manera unánime defendieron la idea de la independencia, no por la ruptura con el ideal hispánico, sino como necesidad para resistir la amenaza francesa. Por ello no resulta contradictorio que se defienda la independencia de la monarquía española, pero se reconozcan a ellos mismos como españoles americanos o españoles del otro hemisferio, etcétera.

Camilo Torres y Tenorio (1766-1816) fue un neogranadino que, como parte de la élite criolla, tuvo un papel fundamental en el contexto ideológico de los primeros años de la independencia. Podríamos ubicar su pensamiento político como parte de sectores urbanos moderados y defensores de un traspaso tranquilo y acordado entre el Imperio y las nacientes repúblicas. En esa medida, y en atención a que otros sectores lo acusan de ingenuo, moderado, puede ser ubicado a la derecha del espectro político de la época, enfrentado con sectores más rupturistas, centralistas, y antihispanicos. Un texto que puede ilustrar esta breve introducción es el *Memorial de agravios* de 1809, en la que a manera de alegato judicial defiende la igualdad de derechos entre los “españoles americanos” y los “españoles peninsulares”.

Camilo Torres señala que conforme a la legislación vigente de la monarquía, los territorios americanos son parte integrante de las provincias españolas, y en esa medida deben concurrir delegados al Consejo General de Regencia de Sevilla en igual número. La convocatoria que cita Camilo Torres en el texto pone a los españoles americanos en inferioridad numérica con los metropolitanos en relación de 9 a 36. Por este motivo su airado reclamo. Leamos un segmento amplio:

Las Américas, señor, no están compuestas de extranjeros a la nación española. Somos hijos, somos descendientes de los que han derramado su

sangre por adquirir estos nuevos dominios a la corona Española; de los que han extendido sus límites [...] Los naturales conquistados y sujetos hoy al dominio español, son muy pocos o son nada en comparación de los hijos de europeos que hoy pueblan estas ricas posesiones [...] Así, no hay que engañarnos en esta parte: tan españoles somos como los descendientes de Don Pelayo [...] Igualdad [...] inspira a la España europea estos sentimientos de la España Americana [...]. (Memorial de agravios, Camilo Torres)

Ya veremos cómo esta disyuntiva es la que atraviesa todo el pensamiento (latino) americano: cuán europeos, y en esa medida cuán modernos y occidentales somos o queremos llegar a ser, enfrentados a identidades, pasados y presentes que, no siendo occidentales, buscan ser aculturadas, mimetizados y simplemente integrados sin asumir su legado y patrimonio. En varios países de América aparecen documentos como este, en el que se afirma la identidad europea-española, pero ubicada en América. Otro buen ejemplo de esta identidad, y de este nombre, es el jesuita peruano Juan Pablo Viscardo, que tras la expulsión de la Compañía de Jesús, vivió exiliado en Inglaterra y escribió *Carta a los españoles americanos* de 1792 (en Romero, 1985, tomo I, pp. 51). En ella busca un doble propósito; conmemorar los trescientos años del encuentro entre América y Europa, pero sobre todo exponer el dolor de un “español americano” que debe abandonar su patria debido a la expulsión de la orden religiosa. En este texto, al igual que para Camilo Torres, el nombre de la región es “América española” o “España americana”, y se hace un reclamo por la “expatriación”, por la expulsión de cinco mil ciudadanos españoles americanos y la sustracción de la protección de las leyes y el gobierno de su nación. Un texto en el mismo sentido es *Representación de los diputados americanos a las Cortes de España* (en Romero, 1985, tomo II, pp. 63 y ss.)¹⁸ de 1811; en igual sentido la intervención del quiteño José Mejía Lequerica como delegado ante las mismas Cortes de Cádiz el 12 de octubre de 1812¹⁹.

El trabajo con las fuentes evidencia que la identidad de las nacientes repúblicas de América tras la disolución de los imperios ibéricos era un problema sin fácil solución. Era evidente que la población del continente era profundamente plural. Estaba dividida por cuartos en indígenas, mestizos, “blancos” y afroamericanos, y rondaba los 20 a 25 millones de habitantes. ¿Qué era América? ¿Hispana?, evidentemente no era solo hispana. ¿Indoamericana?, en algunos casos la población nativa era una minoría demográfica; ¿y las sociedades afroamericanas? Esta sin salida para resolver nuestra identidad, este sincretismo de razas, era

18 En él se lee: “Jamás han visto a la nación española como una nación distinta de ellos, gloriándose siempre con el nombre de españoles”.

19 “Pero, ya que públicamente se han vertido especies de esta naturaleza, mañana, en sesión pública, se presentarán a V.M. cartas oficiales de esa Junta a la que se llama revoltosa; y allí se verán datos positivos de la fidelidad que es característica de aquellos españoles americanos”.

percibido por los líderes y las élites políticas. Muestra de ello eran por ejemplo las palabras de Bolívar en 1815:

Yo considero el estado actual de América, como cuando desplomado el imperio romano cada desmembración formó un sistema político, conforme a sus intereses y situación, o siguiendo la ambición particular de algunos jefes, familias o corporaciones, con esta notable diferencia, que aquellos miembros dispersos volvían a restablecer sus antiguas naciones con las alteraciones que exigían las cosas o los sucesos; mas nosotros, que apenas conservamos vestigios de lo que en otro tiempo fue, y que por otra parte no somos indios, ni europeos, sino una especie mezcla [...] en suma, siendo nosotros americanos por nacimiento, y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar a estos a los del país, y que mantenernos en él contra la invasión de los invasores; así nos hallemos en el caso más extraordinario y complicado²⁰. (Énfasis fuera del texto). (Simón Bolívar, Carta de Jamaica. En Romero, 1985, tomo II, p. 83)

El texto de Bernardo de Monteagudo titulado “A los pueblos interiores”, publicado en *La Gaceta* el 24 de enero de 1812, afirma: “la América, atendidas sus ventajas naturales, está en actitud de elevarse con rapidez al mayor grado de prosperidad, luego que se consolide su deseada independencia [...]” (en Romero, 1985, tomo II, p. 295). Son varias las fuentes que hablan de la riqueza y futuro próspero de América (sin adjetivos), y de que la tarea consistía en acelerar la independencia para empezar a disfrutar de la riqueza. En aquellos primeros años de vida republicana, la identidad genérica evidentemente no era nacional (dicho nacionalismo aparece tras y por el intento y fracaso del proyecto americanista, también en las primeras décadas del siglo XIX) sino continental. Parecía claro que oponerse políticamente a Europa implicaba abrazar el término “americanos”. Sin ningún prefijo o sufijo. Solo “americanos”.

3.3. Primer balance

No es muy difícil demostrar que si bien estas primeras décadas del siglo XIX parecen de ruptura, por el contrario fueron momentos de continuidad. Tras las definiciones militares, el orden colonial se reproduce y continúa, ahora dirigido desde las capitales de los nuevos “Estados”. En esta medida, es evidente que la “americanidad” fracasa ante el ascenso y consolidación de gobiernos autoritarios

20 *Carta de Jamaica*, titulada “Contestación de un americano meridional a un caballero de la isla”, del 6 de septiembre de 1815. Dicho documento finaliza: “[...] entonces seguiremos la marcha majestuosa hacia las grandes prosperidades a que está destinada la América meridional; entonces las ciencias y las artes que nacieron en el Oriente y que han ilustrado la Europa volarán a Colombia libre [...]” (en Romero, 1985, tomo II, p. 83).

y militares en los diferentes países de la región. Esto tuvo varios motivos que valdría la pena resaltar, toda vez, que permiten dimensionar el carácter propagandístico y de proselitismo de muchas consignas “americanistas”. Halperin Donghi (2000) explica que la guerra de independencia no fue una; de hecho fueron dos. Por una parte, el movimiento “juntista” de la primera década del siglo XIX, el cual será derrotado militar y políticamente. En este primer intento, se ubican fácilmente nombres como José Acevedo y Gómez, Miguel Hidalgo, José María Morelos, José Artigas, entre otros, y todos ellos sin excepción perderán, ya sea tras la pacificación o la captura. El historiador señala que los autores de los gritos de independencia fueron, con ajustes y siempre con excepciones, líderes de orígenes urbanos, profesionales y por tanto civiles, y que fueron fácilmente controlados. La primera confrontación militar se pierde, y en ella muchos de sus líderes (Camilo Torres, Francisco Miranda, los sacerdotes Hidalgo y Morelos, etc.) Por el contrario, solo después de 1818 se vuelve a intentar, a partir de los aprendizajes, la confrontación. Lo que importa en este nuevo intento (el que finalmente sí fue decisivo), es que los líderes son otros; generalmente militares formados durante la primera década, de orígenes sociales rurales, hacendados en muchos casos (José Antonio Páez por ejemplo o el General Iturbide), y con una impronta mucho más autoritaria, militar y sin duda conservadora. Así, quien hace y consolida la guerra de independencia (sobre los errores del pasado), es un pensamiento político y social conservador. Es un error pensar las guerras de independencia americanas (las de nuestra América) como procesos liberales. Las denominaciones de “americanidad” fracasan ante la consolidación de un orden conservador (evidentemente muy acorde con la Santa Alianza europea de la Restauración), que se concretiza en los proyectos de construcción de los Estados nacionales actuales. Resulta burdo e impreciso afirmarlo, pero sí ilustrativo: a cada líder militar (caudillo) le correspondía una nación.

Conviene ahora referirnos al pensamiento conservador de la posindependencia y su relación con el nombre de la región. Nos concentraremos, así como en los líderes políticos, sobre todo en los ideólogos de este pensamiento. Una última precisión. Estos líderes militares, oficiales durante las guerras de independencia, se mantuvieron en el poder hasta finales de la década de los años cuarenta. Evidentemente muchos murieron. Ante el cambio generacional, ascienden nuevas figuras, (i) jóvenes; (ii) generalmente civiles y de profesiones u oficios como la educación o el derecho; (iii) conservadores; y (iv) muy críticos de los primeros gobernantes de las repúblicas (Zea, 1978, p. 205). De esta manera, el pensamiento conservador autoritario, en muchos casos, cambia rápidamente al pensamiento positivista, que llegó a ser muy popular en toda la región.

Este pensamiento político conservador de la independencia, como regla general, hizo un balance de las primeras repúblicas (de la primera guerra de independencia, las de 1810), entre 1820 y 1840, van, sobre la base de los errores de los

primeros, ajustas el ideario. Así, es posible encontrar a personajes que, siendo liberales (ideas de pequeñas reformas sociales, federalización, proyectos continentales) en la primera década, en las primeras repúblicas, luego en la década de los veinte defendían propuestas conservadoras, autoritarias, militaristas, nacionalistas y de perpetuación o recreación del orden social. Como señala Leopoldo Zea: “Defender la herencia española sin España, un orden que había mantenido a América en paz octaviana” (Zea, 1978, p. 232). No es extraño entonces que a pesar de sus ideas radicales en la primera década, Bolívar, O’Higgins, José Gaspar Rodríguez de Francia o San Martín, por ejemplo, tras el fracaso, exceso, guerras civiles, revueltas de indígenas y mestizos, ingobernabilidad, anarquía o pérdida del sentido continental, buscaran hacer nuevos “imperios” (a la manera de Iturbide), nuevas monarquías o dictaduras. Todos extrajeron consecuencias de los fracasos, errores políticos y militares, y especialmente comprendieron que transiciones lideradas desde arriba no son garantía de que sectores subalternizados (indígenas, campesinos, afrodescendientes), no irrumpan con sus propias agendas e idearios.

Así, la independencia la hace y consolida un pensamiento político conservador, cuyo balance es que América confundió la libertad con el libertinaje y que ofrece como únicas alternativas o guerras civiles o dictaduras. En ese contexto, Bolívar explicó en algún discurso: “Vuestro deber os llama a resistir el choque de dos monstruos enemigos que recíprocamente se combaten y ambos os atacarán a la vez: la tiranía y la anarquía [...]” (Discurso sobre el Proyecto de Constitución para Bolivia, 25 de mayo de 1826). Algo similar le ocurrió al chileno Juan Egaña, quien tras ser el redactor del Constitución liberal de 1823 pasó a ser un fuerte defensor de ideas conservadoras. Escribió en un texto de 1825 a propósito de la conveniencia de un congreso bicameral con un senado aristocrático:

Un congreso transitorio y momentáneo, elegido entre la masa del pueblo, debe padecer los defectos connaturales a esta misma masa [...] la impericia administrativa de unos hombres sacados repentinamente de sus atenciones domésticas, y que si conocen superficialmente los males, no tienen ideas de los remedios [...] las ideas teóricas que precipitadamente toman de los libros, o de los ejemplos vecinos y que ocasionan trastornos funestísimos [...] sobre todo el afectarse de las pasiones populares y de una libertad ideal y gigantesco incompatible con el orden público [...]. (Juan Egaña, Memorias Políticas sobre Federaciones y Legislaturas en General. En Romero, 1986, p. 160)

Así, el proyecto conservador de los americanos fue el de preservar el mundo que había surgido de la Colonia, como forma de perpetuar el orden.

Lucas Alamán en el caso de México, así como Diego Portales en Chile, hacen un balance que los lleva a no ignorar el peso de la sociedad de castas, de la diversidad étnica, de las diversas razas. Este es el gran reto de la región, no hacer una democracia, sino una “pictocracia”; enfrentarse al pasado y gobernarlo los enfrenta al liberalismo. Como señala Alamán: “[...] al hacer aquella Constitución y todas las que han seguido, se supuso, harto gratuitamente por cierto, que todo este orden de cosas, formado y considerado en trescientos años, había desaparecido como por encanto; que la nación mexicana se componía de individuos que acababan de salir de la naturaleza, sin recursos, sin pretensiones, sin derechos anteriores” (en Noriega, 1972, p. 94). De igual forma, Alamán reflexiona sobre la pérdida de la Guerra mexico-estadounidense.

En países que carecen de homogeneidad en las masas de su población y que por esto, más bien que una nación, son una reunión de naciones de diferente origen, y que pretenden tener diversos derechos, si esta diversidad no se funda solo en leyes sino que procede de la naturaleza; varias castas abandonadas a sus esfuerzos [...]. (Alamán, 1939, p. 175)

En Chile, Diego Portales cumple un papel fundamental dentro del pensamiento conservador, más mesurado, auténtico, pero antidemocrático. Hizo un balance de la primera república chilena —la república vieja— con el fin de encontrar los errores que se cometieron y reflexionar sobre la Constitución que debía regir a la naciente nación: la Constitución de 1833. Portales escribía, en 1822, refiriéndose a la tesis del presidente Monroe de “América para los americanos”:

Los periódicos traen agradables noticias para la marcha de la revolución de toda América. Parece algo confirmado que los Estados Unidos reconocen la independencia americana [...]. El presidente de la Federación de Norte América ha dicho, “se reconoce que la América es de estos”. ¡Cuidado con salir de una dominación para caer en otra! Hay que desconfiar de estos señores que muy bien aprueban la obra de nuestros campeones de liberación, sin habernos ayudado en nada; he aquí la causa de mi temor ¿Por qué ese afán de Estados Unidos en acreditar ministros, delegados, y en reconocer la independencia de América, sin molestarse en ellos en nada?. (Diego Portales, Carta a José M. Cela. En Zea, 1978, p. 234)

Portales considera que la causa de la debilidad de las naciones del continente son sus elementos no europeos y la tendencia a imitar organizaciones políticas y sociales extranjeras, por parte de liberales. Señala: “La democracia, que tanto pregona ilusos, es un absurdo en los países como los americanos, llenos de vicios y donde los ciudadanos carecen de toda virtud, como es necesario para establecer una verdadera república. La monarquía no es tampoco el ideal americano [...]” (en Zea, 1978, p. 177).

En *Carta a un amigo*, de 1834, polemiza con el proyecto peruano de formar una confederación con Bolivia. Considera Portales que tal idea dejaría en tal debilidad a Chile, que es necesario torpedear el proyecto, culpa de las debilidades del gobierno chileno, de los líderes liberales. Escribía

Con los hombres de ley no puede uno entenderse; y así ¿para qué diablos sirven las constituciones y papeles, sin incapaces de poder remedio a un mal que se sabe existe, que se va a producir, y que no puede conjurarse de ante mano, tomando las medidas que pueden coartarlo? Pues es preciso esperar a que el delito sea infraganti. En Chile la ley no sirve para otra cosa que no sea producir la anarquía, la ausencia de sanción, el libertinaje [...] el gobierno parece dispuesto a perpetuar una orientación de esta especie, enseñando una consideración a la ley que me parece sencillamente indígena [...]. La confederación debe desaparecer para siempre jamás del escenario de América. Por su extensión; por su mayor población blanca [...]. (En Romero, 1986, p. 167)

Más adelante, en el *Manifiesto del Partido Conservador de la Nación*, de 1851, Portales reitera ideas semejantes, con algunos matices:

Cuando las pasiones han llegado a la exaltación febril que en los países republicanos produce generalmente la proximidad de las elecciones populares acaece en rara ocasión que se emplee y aun que se escuche el lenguaje sereno de la verdad. Intereses egoístas antepuestos al bien entendido anhelo por la felicidad pública: aspiraciones más o menos desencadenadas [...].

A propósito de los elementos que dieron estabilidad y seguridad a Chile, señala el *Manifiesto*:

La Constitución de 1833 correspondió cumplidamente a las esperanzas del país. Organizando un gobierno con la suma de poder necesario para hace en adelante imposibles el desborde de las pasiones [...] la Constitución indicada ha merecido el justo renombre del código más perfecto que se conozca en la América Española [...]. En qué consiste, sino que Chile aparezca como una estrella luminosa en el firmamento americano [...]. (En Romero, 1986, p. 182)

Al final del manifiesto concluye:

Por no comprender estas sencillas nociones, es que el sistema democrático ha degenerado en muchos puntos del continente, y que los hombres pensadores se afligen del oscuro porvenir que les aguarda. Centro-América, Buenos Aires, Bolivia, se han visto entregados a la dirección estúpida de masas ignorantes y de ningún modo preparadas [...]. (En Romero, 1986, p. 185)

En Argentina podemos encontrar múltiples documentos que se preguntan por la identidad continental y su relación con las ideas conservadoras. Empecemos con un manifiesto muy joven, pero muy conservador, testigo de innumerables disputas, y por tanto portador de un balance amargo sobre la participación política en el continente. Más arriba, cuando nos referimos a las proclamas americanistas del Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas en Sud América (1816), mencionábamos que algunas apuntaban a la unión continental. América, un solo pueblo. Este Congreso Río Platense, ya en 1819, tras casi diez años de guerra de independencia en el Cono Sur, sin reconquista consolidada sino por el contrario resistencia contra el Perú y Brasil y con la oposición militar de la Banda Oriental, hacía análisis menos “americanistas”. En 1819, cuando se aprueba la Constitución de las Provincias Unidas, es precedida de un manifiesto: *Manifiesto del Congreso Constituyente de las Provincias Unidas*²¹. Notemos que enfrentado al *Acta de Independencia de las Provincias Unidas en Sud América* de 1816, ya su nombre no es continental, o al menos no tan decididamente. Veamos apartes del texto:

Cuando presente la historia a las edades venideras el cuadro de nuestra revolución, no podrán excusarse de confesar, que hemos andado esta carrera con esa majestuosa simplicidad con que da sus pasos la naturaleza. Borrascas, tempestades, erupciones volcánicas: nada perturba el orden de sus leyes, ni impide el término a que debe llegar [...] estos son los sufrimientos que por espacio de nueve años, y los que han concurrido a separar nuestros altos destinos [...]. Los ejércitos enemigos extendiendo la desolación y sus crímenes: los nuestros dispersos y sin subsistencia; una lucha escandalosa entre el gobierno supremo y muchos pueblos de los de su obediencia; el espíritu de partido ocupado en combatir una facción con otra [...] ciudadanos inquietos siempre prontos a sembrar la desconfianza comprimiendo el corazón de los incautos. Tuvimos muy presente aquella sabia máxima: que es necesario trabajar todo para el pueblo, y nada por el pueblo; por lo mismo limitamos el círculo de su acción a la propuesta de elegible. Fue así como se consiguió tranquilidad [...]. Una asamblea numerosa de hombres, por la mayor parte ignorantes, divididos por opiniones, por principios, por intereses, y agitados por todo lo que fermenta al derredor de si, no puede producir leyes sabias. Para hacer buenas leyes, dice un filósofo, se necesitan cabezas frías y corazones puros. Pero cuando esto fuese posible en pequeños pueblos, no lo sería en los vastos Estados. (En Romero, 1986, p. 225)

21 Sobre este texto comenta José Luis Romero: “El congreso General Constituyente [...] sancionó una constitución de carácter centralista y aristocrático... El directorio, por entonces empeñado en una lucha frontal con Artigas y los demás caudillos federales, había concretado casi definitivamente las negociaciones para coronar en Buenos Aires un príncipe europeo y el texto constitucional estaba preparado para que pudiera pasarse sin dificultad de la república a la monarquía [...]” (Romero, 1986, p. 215).

En otro documento (*El dogma socialista*, 1837), el intelectual argentino Esteban Echeverría señalaba que se había logrado la independencia política, pero que aún el pueblo americano (no se refiere al colectivo como “argentino”, o “rioplatense”, solo y constantemente como “americano”) presentaba elementos salvajes o semisalvajes. Era necesario, así, afirmarse no europeos, pero moderar los elementos no mestizos. Consideraba que la generación que en 1837 estaba llamada a gobernar (ya han muerto, o están por morir, los líderes de las guerras de independencia) debía reconocer qué grupos sociales participaron en la guerra, sin tener la formación para ello. Ahora, la tarea consistía en formarlos como ciudadanos. Tras la muerte de los líderes militares y políticos de las guerras de independencia, las esferas de dirección son copadas por nuevos sectores, las más de las veces civilistas. Con ellos se hegemonizó durante la segunda mitad del siglo XIX el positivismo, que en su versión “americana” se preocupó rápidamente como emular al vecino del norte. Más que perseguir grandes utopías irrealizables, se encargó de buscar políticas “útiles”, rentables, que además de garantizar orden produjeran el progreso de la sociedad, su desarrollo económico. Esta irrupción del positivismo ha sido ampliamente estudiada (Zea, 1980, 1976), pero lo que queremos poner de relieve son las consecuencias que produjo en la formación de la identidad del colectivo continental.

3.4. El positivismo en América. Breve mención al positivismo europeo

Un elemento importante en la aparición del nombre de la región es el estado de las ciencias sociales y la disputa política en Europa, concretamente en Francia. La tendencia era a biologizar los fenómenos sociales y a acercar las reflexiones sobre lo político o lo sociológico a ciencias como las ciencias biológicas o físicas. Ver los hechos sociales como hechos naturales lleva a que aspectos propios de la cultura, la historia de los pueblos lleguen, a ser categorías “naturales” de los mismos. Es así como surge el adjetivo “latina”, publicado en la *Revista de las razas latinas* en París, que como ya hemos mencionado fue introducido por el intelectual Michel Chevalier en 1836, quien tras un largo viaje por el continente americano escribe sus memorias. Un documento célebre y que contiene toda una filosofía de la historia es “Sobre el progreso y porvenir de la civilización”²². En el texto el autor señala que el globo está dividido en dos civilizaciones: la oriental y la occidental, que por regla se han mantenido separadas, ya que la historia de la civilización europea ha sido expandirse hacia el Occidente (con pequeños viajes a Oriente: los argonautas, los Alejandros, los héroes de las cruzadas y los capitanes portugueses). A pesar de ello, defiende la idea de que

22 Publicado en español en la *Revista española de ambos mundos* (Madrid, noviembre de 1853, núm. 1, tomo I, pp. 1-10), originalmente en *Lettres Sur L'Amérique du Nord* (1836).

la historia empuja a que las dos civilizaciones se unan en un verdadero mundo católico de comunión. Tras la movilización de Europa hacia Oriente, esta gran idea se ubicó en América, llamada a ser el lugar en que se encuentren, por su posición geográfica, Occidente y Oriente.

Hoy, en fin, está acabada la colonización de la América desde la bahía de Hudson hasta el Cabo de Hornos. La Europa puede y debe moverse en la dirección del Levante del mismo modo que hacia el Poniente. El istmo de Suez tiene tantas probabilidades, como el de Panamá, para llegar a ser el paso de la civilización occidental en sus expediciones hacia el Gran Oriente.

(Chevalier, 1853, p. 6)

En este movimiento de Europa hacia Asia, América cumple el papel de puente, de punto de encuentro. A continuación, Chevalier hace una serie de reflexiones sobre la composición poblacional de Europa. El fragmento que sigue resulta de vital importancia para este ensayo, motivo por el cual me permito citarlo *in extenso*:

Nuestra civilización europea procede de dos orígenes; de los romanos y de las poblaciones germánicas. Haciendo por un momento abstracción de la Rusia, que es recién venida, y que sin embargo, iguala ya a los más poderosos de los pueblos antiguos, se subdivide en dos familias, cada una de las cuales se distingue por su semejanza especial con una de las dos naciones madres que han concurrido a engendrar una y otra. Así hay Europa latina y Europa teutónica; la primera comprende los pueblos del Mediodía y la segunda los pueblos continentales del Norte y la Inglaterra. Esta es protestante, la otra católica; la una se sirve de idiomas en que domina el latín, y la otra habla lenguas germanas.

Las dos ramas, latina y germana, se han reproducido en el Nuevo Mundo. La América del Sur es como la Europa Meridional católica y latina, y la del Norte pertenece a una población protestante y anglosajona.²³

En la vastísima empresa de aproximar y poner en contacto a las dos grandes civilizaciones de la Europa y del Asia pueden hallar los pueblos germanos y latinos tarea que desempeñar, pues unos y otros ocupan en Europa y en América, por tierra y en medio de los mares, admirables puestos avanzados y excelentes posiciones alrededor de esa Asia inmóvil, donde se trata de penetrar. (Chevalier, 1853, p. 6)

23 Chevalier no es el único que racializa la diferencia entre las dos Américas. Un año antes, en 1836, Tocqueville había escrito en su *Democracia en América*: “Los españoles y los angloamericanos son, en realidad, las dos razas que se reparten las posesiones del Nuevo Mundo” (en Quijada, 1998).

Posteriormente el texto hace un análisis del estado de las naciones latinas (Francia) y germanas (Austria), con el fin de defender la paternidad moral, religiosa e intelectual de los pueblos latinos. Como ya hemos mencionado en la introducción, es en el texto de Chevalier donde emerge la disputa por la denominación contemporánea de la región. Fueron José Caicedo Torres, Francisco de Bilbao, José Arasema, etc., quienes continuaron discutiendo, siempre en términos de corrección “científica”, sobre si es pertinente o no el adjetivo, y solo hasta inicios del siglo XX, parece existir mayor socialización de la denominación. El ensayo de Chevalier, además de compartir la biologización de las ciencias humanas, evidencia una disputa geopolítica en Europa por el dominio de Occidente. Sin duda el texto se enmarca en las confrontaciones entre Inglaterra y Francia tras la Revolución Industrial y el despliegue económico orbital. Así, la idea de latinidad sirve para que Francia se oponga al imperio británico y, como veremos, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, servirá en parte a las repúblicas suramericanas a oponerse al imperialismo norteamericano.

Antes de continuar, vale la pena mencionar que esta “latinidad”, al menos hasta los textos de Chevalier, no tenía una connotación racial sino meramente lingüística: las naciones que hablaban lenguas derivadas del latín, enfrentadas a las que hablaban lenguas germánicas. Fichte, por ejemplo, en sus *Discursos a la nación alemana*, sostiene que las poblaciones que hoy día hablan lenguas romances también son de origen germano y por tanto la diferencia fundamental entre los pueblos latinos y alemanes no es racial sino lingüística (Gabilondo, 2009); por ello, en parte, el liderato de la Europa posnapoleónica le corresponde a Alemania. Por tanto, es en Francia donde se toma esta idea de “latinidad”, y se convierte de lingüística a racial. Sin duda no es casualidad que los textos del Conde de Gobino y el de Chevalier, surjan por las mismas décadas, dentro del mismo ambiente “científicista”, en la que las “razas” tenían un sentido biológico. Josefa Gabilondo señala que aunque la división de Fichte es lingüística y no racial, el hecho de que sobreponga una clasificación originalmente racial (la raza germánica) crea efectos racializantes que llevan a Fichte a usar términos como “linaje latino”, que en las traducciones al inglés o al francés son cercanas a “raza neolatina”. Si bien el texto de Fichte pretendía atacar y señalar el imperialismo francés, en Francia, con la traducción racializante, termina siendo leído de la manera opuesta: como un sustento de la “panlatinidad”. Concluye Gabilondo: “De esta manera, aunque ya se acepta la influencia de Fichte en los movimientos pan alemanes y pan eslavos, queda por afirmar que también influye en la creación del pan latinismo que más adelante celebraran el imperio francés, las élites criollas latinoamericanas [...]” (Gabilondo, 2009 p. 801).

Como veremos al final de este ensayo, la lectura que tendrá este latinismo tiene que ver, en algunos casos, con que en América del Sur se hablan lenguas “latinas”, romances, pero en otras ocasiones tiene que ver con un sentido de mestizaje, de

hibridación. El término “latino”, por la amplitud de lo que denota, permite que tenga diversos significados: lingüístico, racial, o los dos. La idea que atraviesa este texto, y que ya mencionaba desde el inicio, es que la “latinidad” tiene un doble sentido para las élites americanas de finales del siglo XIX e inicios del XX: sin duda un profundo sentido antiimperialista sajón, pero también un sentido de mestizaje, de valoración y defensa de la hibridez, al menos social y cultural.

Finalmente, lo que quiero poner de relieve de esta fuente, tiene que ver con la idea de la división en razas del globo, la tendencia a usar categorías de las ciencias naturales, concretamente de la biología, para teorizar sobre el destino de las naciones. Esta tendencia (sin ser el objeto de este artículo), es propia del positivismo científico. Quisiera entonces señalar que la aparición del adjetivo “latino” tiene que ver con este ambiente positivista, biológico y científico de Francia de mediados del siglo XIX. Con este sentido de raza “latina”, y de la mano del positivismo americano, el adjetivo empieza a aparecer en textos y ensayos. Paradójicamente, quien lo introduce (José Caicedo Torres) lo hace con el mismo sentido de corrección científica (es la manera más científica de definirnos, afirmó), pero otros autores le dan al adjetivo un sentido de atraso, de antimodernidad (barbarie).

3.5. El positivismo latinoamericano: “anglosajonización” y “deshispanización”

En general, lo que puede sacarse en limpio es que quien consolida la independencia es un proyecto conservador, líderes que, como vimos, son los que obtienen los réditos políticos y sociales de la ruptura. Son líderes conservadores como Diego Portales, Lucas Alamán, Juan Manuel Rosas, el mismo Iturbide y Santa Anna. Tras este periodo conservador de la posindependencia, y como heredero del mismo, sigue un pensamiento ahora sí claramente enmarcado en una dinámica más occidental y modernizante, que es definido como positivista. Este periodo del pensamiento americano puede definirse como de balance. Diversos autores en los países de la región reflexionan sobre las consecuencias, éxitos, fracasos y tareas pendientes de las primeras décadas de las repúblicas. El diagnóstico es negativo: mientras los Estados Unidos del Norte han conseguido expandir sus fronteras, consolidar un relativo éxito económico y social (aún estaba por resolverse la disputa por la esclavitud), y ganar peso en las relaciones internacionales, las repúblicas de la otra América (América del Sur), se hunden entre sus disputas, guerras civiles y poco peso económico en el sistema mundial. ¿Qué ocurre?, ¿qué se puede hacer para cambiar el rumbo?, ¿cómo debemos ser? y ¿cómo, entonces, nos debemos llamar?, son las preguntas que atraviesan el pensamiento positivista de la segunda mitad del siglo XIX. Un elemento

más es que, sin importar el nombre político (liberal o conservador) que tomó el positivismo en cada uno de los países, sus ideólogos llegaron a cargos de gobierno en las diferentes repúblicas: ministros, presidentes, etcétera, fueron líderes del positivismo americano.

El positivismo puso bajo el microscopio a las sociedades. Un rápido recorrido por los títulos de algunas obras muestra diáfanaamente la medicalización del discurso: *Continente enfermo* (1899) del venezolano César Zumeta; *Enfermedades sociales* (1905), del boliviano Alcides Arguedas; *La enfermedad de Centroamérica* (1912) del nicaragüense Salvador Mendieta. Se trata entonces de detectar la “enfermedad” (Funes, s.f.). El positivismo pensó que había que perseguir las ideologías metafísicas, y por el contrario, ver en los avances de la medicina, y la ciencia natural el ejemplo y el espejo que las ciencias del espíritu debían seguir: “Vemos el organismo social como a un gran enfermo, al cual le hemos aplicado toda clase de terapias, de medicamentos empírico y racionales, de analgésicos y fortificantes” (Capelletti, 1997). El positivismo en América Latina tiene dos características que vale la pena aclarar: (i) al igual que el europeo, desea el progreso y avance de la tecnología y del espíritu positivo, pero sin los jacobinismos de la Revolución de Haití, es decir, con “orden”. Es por ello que (ii) tiene un sentido ambivalente. Es posible encontrar positivistas conservadores, liberales, autoritarios e incluso dictatoriales. El positivismo, sin duda, fue una ideología modernizante, que buscó revertir, casi de manera angustiosa, la realidad cuasicolonial de las naciones tras las primeras décadas de la independencia. Pero, por otra parte, su exaltación de la ciencia europea y la subvalorización de lo autóctono (concretamente en lo que se refiere a la composición humana de las naciones) limitó, si no persiguió, a sectores sociales no europeizados, garantizando la dominación de las élites criollas. De esta manera, el positivismo latinoamericano fue la ideología que los pequeños sectores urbanos y occidentalizados usaron para hegemonizarse al interior de cada uno de sus países, y el color partidista que tomaba (liberal, conservador o dictadura militar) dependió del contexto de cada país. Por ejemplo, el positivismo hizo la transición entre monarquía y república en Brasil, desarrolló un amplio proyecto educativo en Argentina y Uruguay; en México, Colombia o Venezuela se transformó en un gobierno autoritario, a la manera de “dictadura progresista” (Capelletti, 1997; Zea, 1980).

El texto que trabajaremos ahora es *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina* publicada en 1852 por Juan Bautista Alberdi²⁴,

24 La historia del pensamiento del abogado argentino es de bandazos. Durante su juventud publicó dos textos abiertamente americanistas y antieuropeos. Se trata de *Memoria sobre la conveniencia y objetos de un Congreso General Americano*, de 1844, presentado en la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile. En el texto propone la reunión de un Congreso de las repúblicas hispanoamericanas que elimine las fronteras, aduanas, unifique la moneda, los pesos y medias, así como los mercados, la política fiscal, y desarrolle planes de poblamiento, lucha contra la pobreza y el atraso. Se muestra abiertamente contrario a la partici-

uno de los grandes clásicos del positivismo argentino, junto con la inabarcable obra de Domingo Faustino Sarmiento, *Civilización y barbarie*. En ella, Alberdi, se pregunta por las causas de la pobreza y atraso de las repúblicas del Sur. Concluye que los americanos son el producto de la colonización de Europa, la religión, el idioma, las costumbres son esencialmente europeas. Pero considera que debemos volcarnos y seguir el ejemplo de los americanos del Norte, ser los *yankee hispanoamericanos* (Alberdi, 1964, p. 31). Su argumentación se concentra en relevar las virtudes de la migración de los pueblos anglosajones:

Las repúblicas de la América del Sur son producto y testimonio vivo de la acción de Europa en América. Lo que llamamos América independiente no es más que Europa establecida en América; y *nuestra revolución no es otra cosa que la desmembración de un poder europeo en dos mitades, que hoy se manejan por sí mismas.*

Todo en la civilización de nuestro suelo es europeo; la América misma es un descubrimiento europeo. [...] Hoy mismo, bajo la independencia, el indígena no figura ni compone mundo en nuestra sociedad política y civil [...].

¿Queremos plantar y aclimatar en América la libertad inglesa, la cultura francesa, la laboriosidad de Europa y de Estados Unidos? Traigamos pedazos vivos de ellas en las costumbres de sus habitantes y radiquémosla aquí [...].

*Haced pasar el roto, el gaucho, el cholo, unidad elemental de nuestras masas populares, por todas las transformaciones del mejor sistema de instrucción: en cien años no haréis de ellos un obrero inglés [...]. (Alberdi, 1964, p. 31.
Énfasis fuera de texto)*

Más adelante continúa su análisis de las naciones anglosajonas, enfrentadas a las otras naciones europeas:

El idioma inglés, como idioma de la libertad, de la industria y del orden, debe ser aún más obligatorio que el latín; no debiera darse diploma ni título universitario al joven que no lo hable y escriba. Esa sola innovación obraría un cambio fundamental en la educación de la juventud. ¿Cómo recibir el ejemplo y la acción civilizadora de la raza anglosajona sin la posesión general de su lengua? [...].

pación de Estados Unidos o Europa. Se lee en su tesis de validación a abogado: “A pesar con la frecuencia con la que me he valido de la palabra continental en el curso de esta memoria, soy uno de los que piensa que solo deben concurrir al Congreso general, las repúblicas americanas de origen español [...] considero frívolas nuestras pretensiones de hacer familia común con los ingleses republicanos de Norteamérica [...] Ciertamente nunca nos han rehusado brindis y cumplimientos escritos; pero no recuerdo que hayan tirado un cañonazo en nuestra defensa” (en Fernández Nadal, 2000, p. 54).

Con tres millones de indígenas, cristianos y católicos, no realizaríais la república ciertamente. No la realizaríais tampoco con cuatro millones de españoles peninsulares, porque el español puro es incapaz de realizarla allá o acá. Si hemos de componer nuestra población para nuestro sistema de gobierno, si ha de sernos más posible hacer la población para el sistema proclamado que el sistema para la población, es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglosajona. Ella está identificada con el vapor, el comercio y la libertad, y no será imposible radicar estas cosas entre nosotros sin la cooperación activa de esa raza de progreso y de civilización. (Alberdi, 1964, p. 31. Énfasis fuera de texto)²⁵

Pero ¿quiénes son los europeos anglosajones?, Alberdi no deja dudas:

Tolerancia religiosa. Si queréis pobladores morales y religiosos, no fomentéis el ateísmo. Si queréis familias que formen las costumbres privadas, respetad su altar a cada creencia. La América española, reducida al catolicismo, con exclusión de otro culto, representa un solitario y silencioso convento de monjes. El dilema es fatal: o católica exclusivamente y despoblada; o poblada y próspera, y tolerante en materia de religión. Llamar la raza anglosajona y las poblaciones de Alemania, de Suecia y de Suiza, y negarles el ejercicio de su culto, es lo mismo que no llamarlas, sino por ceremonia, por hipocresía de liberalismo. (Alberdi, 1964, p. 31. Énfasis fuera de texto)

Las conclusiones de Alberdi no son otra cosa que la inclusión de las premisas de otro importante referente del positivismo, el mexicano Justo Sierra, quien siguiendo a Spencer señala:

Es para mí fuera de duda, que la sociedad es un organismo que aunque distinto de los demás, por lo que Spencer llama un superorganismo, tiene sus analogías innegables con todos los organismos vivos [...] y es que la sociedad, como todo organismo, está sujeta a las leyes necesarias de la evolución: que estas en su parte esencial consisten en un doble movimiento de integración y de diferenciación, en una marcha de lo homogéneo a lo heterogéneo, de lo incoherente a lo coherente, de lo indefinido a lo definido. Es decir, que en todo

25 En *Civilización y barbarie*, Domingo Faustino Sarmiento hace comparaciones aún más racistas, así como un llamado a propiciar la migración de los europeos del norte. En el primer capítulo de *Facundo*, titulado “Aspecto de la República Argentina y caracteres, hábitos e ideas que engendra”, hace varias comparaciones entre lo que considera como la civilización y la barbarie. En primer lugar realiza un análisis racial de la población argentina, comparando a los españoles, a los indígenas y a los negros con los alemanes y los escoceses. De los primeros dice que “se distinguen por su amor a la ociosidad e incapacidad industrial; se muestran incapaces para dedicarse a un trabajo duro y seguido”. Después describe los hogares de los escoceses y alemanes de una manera muy favorable, “las casitas son pintadas; el frente de la casa, siempre aseado, adornado de flores y arbustillos graciosos; el amueblado, sencillo, pero completo”.

cuerpo, que en todo organismo, a medida que se unifica o se integra más, sus partes más se diferencian, más se especializan [...]. (Justo Sierra, 1940)²⁶

Otros autores en otras latitudes (Bolivia y Perú) harán análisis similares sobre la historia de la región y de sus respectivos países, en general, por el positivismo darwiniano defienden un racismo que los lleva a culpar a la identidad indoamericana como la causante de los desastres y guerras del continente. Dos autores que vale la pena mencionar en la misma línea son el peruano Mariano Cornejo y su texto *Discursos parlamentarios y políticos*²⁷, que señalaba a propósito de la situación del Perú y la pérdida de la Guerra del Pacífico contra Chile:

Pues así como en el sistema de Darwin la selección natural y artificial acomodan los organismos con sus fines en el planeta, en la historia de la selección social acomoda los continentes a sus destinos [...] Hemos heredado la timidez de carácter de la raza aborigen; raza esencialmente débil de ánimo [...] yo profeso las teorías de Lyell y de Darwin. Yo creo en la evolución [...] en la selección natural y artificial.

Esta idea del darwinismo y de la sociedad como un organismo vivo, con elementos patológicos o enfermos, tiene su principal autor en Domingo Faustino Sarmiento. El argentino es sin duda una de las figuras más importantes del pensamiento político argentino, no solo por la forma en que expuso su posición, sino porque formó gobierno en Argentina. Sus aportes en materia de educación y oposición al federalismo caudillista contrastan con su política étnica y contra las comunidades precolombinas (cfr. Sarmiento, en Zea, 1980, p. 71). En general quisieramos, simplemente, referirnos a dos textos: *Conflictos y armonía en las razas de América* (en Zea, 1980, p. 106) y Facundo Quiroga: *Civilización y barbarie*. En el primer texto Sarmiento expone varias de las ideas que va a desarrollar en el segundo texto, pero inicia directamente con la pregunta por el qué somos y cuál debería ser el nombre del continente. En los prolegómenos escribe:

Es acaso esta la primera vez que vamos a preguntarnos quieren éramos cuando nos llamaron americanos, y quiénes somos cuando argentinos nos llamamos ¿Somos europeos? Tantas caras cobrizas nos desmienten ¿Somos indígenas? Sonrisas de desdén de nuestras blondas damas nos dan acaso la única respuesta. ¿Mixtos? Nadie quiere serlo [...].

¿Qué deberíamos hacer los americanos del sur, para no ser distanciados de tal manera que no se haga cuenta de nosotros en treinta años, o tener que

26 El positivismo en América tuvo diferentes bifurcaciones, desde los más ortodoxos como el brasilerio, hasta relaciones con el fascismo. Lo cierto es que, como lo muestra esta cita, su referente fue una lógica evolucionista darwiniana-spenceriana, más que genuinamente compleana.

27 En el mismo sentido el boliviano Alcides Arguedas, en su texto *Pueblo enfermo*.

resistir las tentativas de recolonización de los que pretende que está mal ocupada esta parte del continente subsidiario del europeo? [...] La América del Sur se quedará atrás y perderá su misión providencial de sucursal de civilización moderna. No detengamos a los Estados Unidos en su marcha [...] alcancemos a los Estados Unidos. (Sarmiento, Conflicto y armonía de las razas en América, en Zea, 1980, p. 106)

Siguiendo muy de cerca lógica en las que el mestizaje es tenido como decadencia racial, Sarmiento señala:

Sin más rodeos ¿Qué distingue a la colonización de Norteamérica? El hecho de que los anglosajones no admitieron a las razas indígenas como asociadas y menos como esclavas en su sociedad. ¿Y qué distingue a la colonización española? El hecho de que hizo un monopolio de su propia raza, que cuando emigró a América no abandonó la edad media, y que absorbió en su sangre a una raza prehistórica servil. (Sarmiento, Conflicto y armonía de las razas en América, en Zea, 1980, p. 112)

Tres autores juegan un papel fundamental en la definición del nombre y de la historia en que surge. Francisco Bilbao (chileno), Justo Arosemena (panameño) y el ya citado José María Torres Caicedo (neogranadino). En las obras de estos tres autores concurren ideas que en su momento no fueron masificadas pero que posteriormente serán retomadas, resemantizadas y hegemonizadas. Como mencionaba más arriba, la posición partidista del positivismo dependía de su contexto. En Chile, por ejemplo, en la medida en que el régimen de Diego Portales era profundamente conservador, el positivismo de Francisco Bilbao pudo ser liberal y americanista. En varios textos el chileno, portador del imaginario modernista afrancesado (en principio), introduce el término de latinidad a la manera no alemana, sino francesa, como raza. No por ello deja de presentar en otros pasajes de sus obras la misma lógica de civilización y barbarie de rai-gambre sarmientista. Veamos el texto de 1856 *Iniciativa de la América. Idea de un congreso federal de las repúblicas*; en él hace referencia a la raza latina y a la raza latinoamericana, no como proyecto geopolítico, sino como raza de la cual se deriva una república federal continental. Se lee en la conferencia: “¿Habrá tan poca conciencia de nosotros mismos, tan poca fe de los destinos de la raza latinoamericana, que esperamos a la voluntad ajena y a un genio diferente para que organice y disponga nuestra suerte?”. Por supuesto, a partir de estas décadas, ya existe una clara conciencia de las pretensiones imperiales de los Estados Unidos (ya ha ocurrido la Guerra México-estadounidense de 1848), por lo cual muchos intelectuales se encuentran en una actitud paradójica: expresar respeto, admiración e idealización del proyecto norteamericano, pero a su vez empezar a distanciarse de él. Se lee en el texto *La América en peligro* de 1862:

El libre pensamiento, el self-government, la franquicia moral y la tierra abierta al emigrante, han sido las causas de su engrandecimiento, y de su gloria. Fueron el amparo de los que buscaban el fin de la miseria, de los que huían de la esclavitud feudal y teocrática de Europa: sirvieron de campo a las utopías, a todos los ensayos [...]. Volviendo sobre sí mismos y contemplándose tan grandes han caído en la tentación de los titanes, creyéndose ser los árbitros de la tierra [...]. (Bilbao, 1941, p. 284)

En el mismo año en que Bilbao usó el término “Latinoamérica”, el neogranadino, José María Torres Caicedo, dentro de la misma lógica racializante, positivista y modernista, habla de la existencia de dos razas en América. En un poema del 26 de septiembre de 1856 titulado “Las dos Américas” se lee: “La raza de la América Latina al frente tiene la sajona raza” (en Ardao, 1980, p. 86). Posteriormente, en un texto de 1865 titulado *Unión latino-americana*, señala que existen Américas anglosajona, dinamarquesa, holandesa, etcétera: “la hay española, francesa, portuguesa; y a este grupo ¿qué denominación científica aplicarle sino el de latina?”.

La introducción de Bilbao de la “raza latina”, no como la suma de indígenas, afrodescendientes y mestizos, sino solo mestizos, es solo eso, una introducción, en tanto que paralelamente aún se continuaban discutiendo otras denominaciones que sirvieran para varios proyectos; modernizar e industrializar América (sumarla a occidente), dentro de la lógica positivista, pero además dar unidad a la región ante el ascenso de Estados Unidos. En este sentido detengámonos en el ensayo del panameño Justo Arosemena de 1865, *Estudio sobre la idea de una Liga Americana* (Arosemena, 1974). En el texto defiende la necesidad de la unidad de los pequeños y débiles Estados, como una constante de la vida europea, desde las alianzas de la antigua Grecia hasta la formación de los nacionalismos recientes como en Italia o Alemania, a la manera de pequeños Estados que juntos se fortalecen. En el texto se presenta, coetáneamente a los textos de Bilbao o Caicedo Torres, otra idea de nombre continental:

Hace más de veinte años que el águila del Norte dirige su vuelo hacia las regiones ecuatoriales. No contenta ya con haber pasado sobre la gran parte del territorio mejicano, lanza su atrevida mirada mucho más acá. Cuba y Nicaragua son, al parecer sus presas del momento, para facilitar las usurpaciones de las comarcas intermedias y consumar sus vastos planes de conquista un día no muy remoto [...] Entretanto, señores, Colombia duerme [...] Pero aún es tiempo, si Colombia despierta. Aún puede salvarse nuestra raza y nuestra nacionalidad [...] Siga la nacionalidad del norte desarrollando su civilización sin atenuar a la nuestra. Continúe, si le place, monopolizando el nombre de América hoy común al hemisferio. Nosotros los hijos del sur no le disputaremos una denominación usurpada, que impuso también el usurpador [...] preferimos devolver al ilustre genovés

la parte de honra y de gloria que se le había arrebatado; nos llamaremos colombianos; y de Panamá al Cabo de Hornos seremos una sola familia, con un solo nombre, un solo gobierno común y un designio. Para ellos señores, lo repito, debemos apresurarnos a echar las bases y anudar los vínculos de la gran confederación Colombiana. (Arosemena, 1974)

Como se ve el pensamiento positivista, en sus primeros autores, busca continuar el uso de “América”, “Sud América” o “América meridional”. Por supuesto, su intención de “modernizar” la región implicó la subvaloración y la persecución de los sectores no europeos, en el criterio de los positivistas no modernizables, y por tanto se ignoró o persiguió a los sectores indígenas, afrodescendientes y mestizos, priorizando en la construcción de la identidad del continente solo a un segmento de su población: aquellos que se podían identificar como occidentales. En esa medida, el mundo francés y el imaginario que tenían de él las élites positivistas, eran sinónimo de progreso y una manera de interactuar “culturalmente” con occidente. En este periodo emerge el adjetivo “latino”, pero como vimos con un sentido étnico puntual: descendientes del mundo europeo románico, enfrentado al mundo germano o anglosajón. Será más adelante, como veremos a continuación, que el término (i) es socializado y difundido; y (ii) adquiere una connotación diferente a la de ser posfranceses o descendientes del mundo latino.

3.6. El nombre asuntivo²⁸

90

3.6.1. De la desanglosajonización a la latinización (mestización)

El positivismo latinoamericano fue más cercano a Spencer y Darwin que al mismo Compte (salvo el caso brasilerº²⁹), por lo cual fue evidentemente (i) más racista que el mismo europeo, y (ii) tuvo un afán angustiante por modernizar América a marchas forzadas. Estos excesos de los gobiernos positivistas fueron rápidamente controvertidos por la siguiente generación de intelectuales, quienes en las primeras décadas del siglo XX, y tras el periodo imperialista de los Estados Unidos, renegaron y se enfrentaron a las alternativas del norte (tanto de América como de Europa), y relevaron, resignificaron, el pasado indígena, afro

28 En los textos de Leopoldo Zea es evidente su lectura hegeliana de la historia del pensamiento Americano. No solo por la recurrente apelación a la categoría de *aufheben* entendida como negar pero también como integrar, asimilar, conservar, mantener, sino además porque presenta el periodo del pensamiento que ahora introduzco, y que él titula “asuntivo”, como una suerte de síntesis que contiene y recoge los debates de todo el siglo XIX; por ello lo titula asuntivo, a la manera de asunción, de inclusión de opuestos (liberales, conservadores y positivistas). Cfr. *El pensamiento latinoamericano* (Zea, 1976) y en igual sentido *Filosofía de la Historia Americana* (Zea, 1978).

29 Basta constatar el lema de su bandera: “Orden y Progreso”.

e hispano, con lo cual la “latinización” pasa a ser el horizonte de las posibilidades de América del Sur. Podemos señalar desde ya que la latinización tuvo un sentido muy pragmático y coyuntural. Si bien se menciona la importancia del catolicismo, del romanismo, no por ello se va a pretender, de manera concreta y exterior, recrear proyectos políticos de la larga historia del Imperio romano. Se pretendía fundamentalmente, de la mano del latinismo, oponerse a un “anglosajonismo”. Lo “latino”, como sinónimo de mestizo, de hibridez, de inclusión —esto sí con un marcado carácter romano—, fue un acto de autoafirmación, de reconocimiento externo y de oposición al materialismo de los Estados Unidos. América “Latina” tuvo sentido en la medida en que el pensamiento de finales del siglo XIX vindicó el mestizaje y definió “racialmente” al continente como mestizo. Esto indudablemente tuvo un efecto homogenizante y por tanto ocultó otras enormes realidades no mestizas. Muchos sectores no se encontraron o identificaron como mestizos: comunidades indígenas y afrodescendientes no lo son. Por ello, ya entrado el siglo XX se continuará redefiniendo el continente, como, por ejemplo, “América indo-española”, “indoAmérica”, “Abya Yala”, o la sarcástica propuesta de Jorge Volpi, “indo-afro-hispano-América”.

Trabajaremos dos fuentes muy dicientes de este periodo: *Ariel*, del uruguayo José Enrique Rodó, ensayo de 1900 y *La raza cósmica* del mexicano José Vasconcelos, de 1924. A través de los fragmentos de estas obras y los pasajes en los que se preguntan por la identidad de los pueblos del continente, veremos que el lenguaje, las definiciones que se daban sobre lo “americano”, fueron un indicativo del cambio en el estado de ánimo en la lectura de lo constitutivo del ser americano.

El primero de los textos mencionados es el *Ariel* de José Enrique Rodó. En este texto, que finalmente hará escuela (a la manera de un “arielismo”), se acusa al positivismo de los excesos que llevaron a que en el Cono Sur las poblaciones precolombinas casi desaparecieran, y de hecho denuncia que en eso existe orgullo. En el caso de Uruguay, se difundió la idea de que este fue el primer país en que desaparecieron las comunidades indígenas. Hace un llamado a la autoafirmación y reconocimiento exterior, así como a la creatividad y creaciones propias. Se lee en su argumentación relacionada con la identidad y nombre del continente americano entero.

Si ha podido decirse del utilitarismo que es el verbo del espíritu inglés, los Estados Unidos pueden ser considerados la encarnación del verbo utilitario. Y el Evangelio de este verbo se difunde por todas partes a favor de los milagros materiales del triunfo. América ya no es enteramente calificable, con relación a él, de tierra de gentiles. La poderosa federación va realizando entre nosotros una suerte de conquista moral. La admiración por su grandeza y por su fuerza es un sentimiento que avanza a grandes pasos en el espíritu de

nuestros hombres dirigentes, y aún más, quizá, en el de las muchedumbres, fascinables por la impresión de la victoria. Y de admirarla se pasa por una transición facilísima a imitarla [...]. (Rodó, 1961, p. 41)

El uruguayo considera que durante la segunda mitad del siglo XIX las élites han intentado acercar a América del Sur a la del Norte e imitar sus progresos y riqueza: *deslatinizar a América*³⁰.

Es así como la visión de una América deslatinizada por propia voluntad, sin la extorsión de la conquista, y regenerada luego a imagen y semejanza del arquetipo del Norte, flota ya sobre los sueños de muchos sinceros interesados por nuestro porvenir, inspira la fruición con que ellos formulan a cada paso los más sugestivos paralelos y se manifiesta por constantes propósitos de innovación y de reforma. Tenemos nuestra nordomanía. Es necesario oponerle los límites que la razón y el sentimiento señalan de consuno. (Rodó, 1961, pp 69)

Señala que esta empresa no solo es un esnobismo, una moda pasajera que se funda en el complejo de países pobres con un vecino rico, sino que el pasado dual (hispano- e indoamericano), en lugar de un defecto o desventaja, es una virtud, una potencialidad de nuestra identidad³¹. En la historia universal, las grandes naciones son siempre el sincretismo de múltiples identidades:

América necesita mantener en el presente la dualidad original de su constitución, que convierte en realidad de su historia el mito clásico de las dos águilas soltadas simultáneamente de uno y otro polo del mundo, para que llegasen a un tiempo al límite de sus dominios. Esta diferencia genial y emuladora no excluye, sino que tolera y aun favorece en muchísimos aspectos la concordia de la solidaridad. Y si una concordia superior pudiera vislumbrarse desde nuestros días, como la fórmula de un porvenir lejano, ella no sería debida a la imitación unilateral -que diría Tarde- de una raza por otra, sino a la reciprocidad de sus influencias y al atinado concierto de los atributos en que se funda la gloria de las dos. (Rodó, 1961, p. 669)

- 30 “Pero no veo la gloria, ni en el propósito de desnaturalizar el carácter de los pueblos —su genio *personal*—, para imponerles la identificación con un modelo extraño al que ellos sacrifiquen la originalidad irremplazable de su espíritu; ni en la creencia ingenua de que eso pueda obtenerse alguna vez por procedimientos artificiales e improvisados de imitación. Ese irreflexivo traslado de lo que es natural y espontáneo en una sociedad al seno de otra, donde no tenga raíces ni en la naturaleza ni en la historia, equivalía para Michelet a la tentativa de incorporar, por simple agregación, una cosa muerta a un organismo vivo” (Rodó, 1961).
- 31 “Pero en ausencia de esa índole perfectamente diferenciada y autonómica, tenemos —los americanos latinos— una herencia de raza, una gran tradición étnica que mantener, un vínculo sagrado que nos une a inmortales páginas de la historia, confiando a nuestro honor su continuación en lo futuro” (Rodó, 1961).

Posteriormente dedica varias páginas a atacar la identidad norteamericana y su pulsión a la dominación y riqueza³², y por el contrario invita a las juventudes a regresar sobre el pasado americano, resignificarlo y, a partir del él, levantar el espíritu colectivo del continente. Invita a la juventud a volver sobre identidades espirituales, naturalistas, a la manera del Ariel de Shakespeare.

Un ensayo dentro del mismo nuevo sentimiento de resignificación, de revaloración del mestizaje frente a la alternativa de la América anglosajona, es el del mexicano José Vasconcelos, *La raza cósmica. Misión de la raza iberoamericana. Notas de viajes a la América del Sur*. En aquel texto de 1925, el autor hace una defensa de las tradiciones y sincretismos que se funden en la raza mestiza de América del Sur, frente a la homogeneidad étnica de la América anglosajona. El prólogo de dicho texto aborda los temas: origen y objeto del continente; latinos y sajones; probable misión de ambas razas; la quinta raza o raza cósmica; y señala:

[...] Tenemos entonces las cuatro etapas y los cuatro troncos: el negro, el indio, el mongol y el blanco. *Este último, después de organizarse en Europa, se ha convertido en invasor del mundo, y se ha creído llamado a predominar lo mismo que lo creyeron las razas anteriores, cada una en la época de su poderío. Es claro que el predominio del blanco será también temporal, pero su misión es diferente de la de sus predecesores; su misión es servir de puente. El blanco ha puesto al mundo en situación de que todos los tipos y todas las culturas puedan fundirse. La civilización conquistada por los blancos, organizada por nuestra época, ha puesto las bases materiales y morales para la unión de todos los hombres en una quinta raza universal, fruto de las anteriores y superación de todo lo pasado.*

La cultura del blanco es emigradora; pero no fue Europa en conjunto la encargada de iniciar la reincorporación del mundo rojo a las modalidades de la cultura preuniversal, representada, desde hace siglos, por el blanco. La misión trascendental correspondió a las dos ramas más audaces de la familia europea; a los dos tipos humanos más fuertes y más disímiles: el español y el inglés. (Vasconcelos, 1925. Énfasis fuera de texto)

¿Por qué cree Vasconcelos que la cuna de la quinta raza será precisamente América Latina y no el Continente en general como sería lógico suponer? Los sajones del Norte, según afirma el autor, cometieron el pecado de destruir las demás

32 “Hoy, además, una formidable fuerza se levanta a contrastar de la peor manera posible el absolutismo del número. La influencia política de una plutocracia representada por los todopoderosos aliados de los *trusts*, monopolizadores de la producción y dueños de la vida económica, es, sin duda, uno de los rasgos más merecedores de interés en la actual fisonomía del gran pueblo. La formación de esta plutocracia ha hecho que se recuerde, con muy probable oportunidad, el advenimiento de la clase enriquecida y soberbia que en los últimos tiempos de la república romana es uno de los antecedentes visibles de la ruina de la libertad y de la tiranía de los césares” (Rodó, 1961).

razas, en tanto que en América Latina se asimilaron, y esto nos da derechos nuevos y esperanzas de una misión sin precedente en la historia. Vasconcelos señala que en los americanos, haciendo contraste con el yanqui, se anota cada vez más una corriente de simpatía hacia los extraños, preparándose de esta suerte la trama, el múltiple y rico plasma de la humanidad futura.

Comienza a advertirse este mandato de la historia en esa abundancia de amor que permitió a los españoles crear raza nueva con el indio y con el negro; prodigando la estirpe blanca a través del soldado que engendraba familia indígena y la cultura de Occidente por medio de la doctrina y el ejemplo de los misioneros que pusieron al indio en condiciones de penetrar en la nueva etapa, la etapa del mundo Uno. La colonización española creó mestizaje; esto señala su carácter, fija su responsabilidad y define su porvenir. El inglés siguió cruzándose solo con el blanco, y exterminó al indígena; lo sigue exterminando en la sorda lucha económica, más eficaz que la conquista armada. Esto prueba su limitación y es el indicio de su decadencia. (Vasconcelos, 1925. Énfasis fuera de texto)

Cuando quiere explicar, cómo se produjo la conquista del hemisferio americano, se decanta por la simplicidad y lo concluyente frente a los actores, los períodos y las regiones geográficas:

Desde los primeros tiempos, desde el Descubrimiento y la Conquista fueron castellanos y británicos, o latinos y sajones, para incluir por una parte a los portugueses y por otra al holandés, los que consumaron la tarea de iniciar un nuevo periodo de la historia conquistando y poblando el hemisferio nuevo. Aunque ellos mismos solamente se hayan sentido colonizadores, trasplantadores de cultura, en realidad establecían las bases de una etapa de general y definitiva transformación. Los llamados latinos, poseedores de genio y de arrojo, se apoderaron de las mejores regiones, de las que creyeron más ricas, y los ingleses, entonces, tuvieron que conformarse con lo que les dejaban gentes más aptas que ellos. Ni España ni Portugal permitían que a sus dominios se acercase el sajón, ya no digo para guerrrear, ni siquiera para tomar parte en el comercio. El predominio latino fue indiscutible en los comienzos. Nadie hubiera sospechado, en los tiempos del laudo papal que dividió el Nuevo Mundo entre Portugal y España, que unos siglos más tarde, ya no sería el Nuevo Mundo portugués ni español, sino más bien inglés. Nadie hubiera imaginado que los humildes colonos del Hudson y el Delaware, pacíficos y hacendosos, se irían apoderando paso a paso de las mejores y mayores extensiones de la tierra, hasta formar la República que hoy constituye uno de los mayores imperios de la Historia.

Pugna de latinidad contra sajónismo ha llegado a ser, sigue siendo nuestra época; pugna de instituciones, de propósitos y de ideales [...]. solo que desde entonces el sitio del conflicto comienza a desplazarse y se traslada al continente nuevo, donde tuvo todavía episodios fatales. (Vasconcelos, 1925 *Énfasis fuera de texto*)

Como señala Jorge Larraín (1994), la definición de la identidad es momentánea, precaria e incesante, no se puede ni debe detener. Es siempre una relación que se define en lo capilar, en lo concreto, como un equilibrio entre fuerzas permanentemente llamado a romperse. En momentos de crisis esta búsqueda de lo común aparece de manera angustiante. En el caso de América esta crisis, este momento de definición, fue permanente y las identidades siempre fueron buscadas. De muchas maneras tiene que ver que en nuestras sociedades los componentes de sus naciones, siguiendo a Zea, están yuxtapuestos, si no opuestos. Durante el siglo XX se intentaron otras identidades: indo-América (Raúl Haya de la Torre); América indo-española (José Carlos Mariátegui), y solo fue hasta determinado uso diplomático que a mediados del siglo XX, se universaliza el término “América Latina”. Según señala Ardao, su efectivo espaldarazo internacional lo tuvo en 1948 al crearse en las Naciones Unidas la Comisión Económica para América Latina (Cepal) (Ardao, 1987, p. 69). Por supuesto, como queremos mostrar, este “latinismo” tiene que ver con que América se presenta, o quiere presentarse, como “mestiza”, espiritual e integradora, además de por supuesto muy católica y apostólica. Los organismos internacionales se refieren hoy a la región como América Latina y el Caribe; la inclusión del “Caribe”, tiene que ver con la omisión del mundo afro-antillano. Incluso hoy el pensamiento decolonial apunta a “Abya Yala”, nombre precolombino para el continente; el nombre y la enunciación, de muchas maneras, crean realidades; a cada nombre le corresponde un significado y a cada significado una red de actores relevados y otros muchos omitidos e invisibilizados.

CONCLUSIONES. “LARGO E INACABADO VIAJE HACIA SÍ MISMA”

Como se ve, la dicotomía en el último periodo del pensamiento aquí expuesto se da entre la América del Norte, sajona, europea, y la alternativa, en oposición y como defensa, de volcarnos sobre un nuevo sentido de “latino”. Existió una América con dos imperios; el inglés, ubicado en el norte, y otro(s) (España y Portugal), al sur. Asumir la “latinidad” no se habría dado sin que esta se hubiera presentado como la alternativa defensiva frente a la expansión de la América anglosajona, a finales del siglo XIX e inicios del XX. A continuación interpretaremos las tesis expuestas y dejamos planteadas hipótesis para desarrollos posteriores.

El adjetivo “latino” emerge en un contexto de las ciencias sociales francesas (primera mitad del siglo XIX) en el que se “racializan”, “biologizan”, “cientificizan” los pueblos europeos, a partir de sus lenguas. En el caso de América del Sur, Michel Chevalier, a partir de las lenguas del continente, racializa y latiniza a los pueblos de este hemisferio. El adjetivo ingresa al continente en esa misma clave “biologicista”, “racializada”, “científicista”, positivista, como una forma de identificación frente a la racialización de los americanos anglosajones, y en oposición al periodo colonial. Aun así, la asunción del adjetivo “latino” no será sino hasta las primeras décadas del siglo XX. Durante el largo siglo XIX, muchas denominaciones surgen: América sin más, Hispanoamérica, Iberoamérica, Colombia, Sur América, América meridional, hasta incluso propuestas como la de Raúl Haya de la Torre o José Carlos Mariátegui por Indo-América, o América Indo-española. Desprenderse de los nombres coloniales y de los de la pos independencia tomó varias décadas.

El adjetivo “latino” ingresa en un ambiente positivista (biologicista, desarrollista) —“como la manera más científica”—, por lo cual en principio este nombre e identidad lleva a diversas élites, a subalternizarlo y rechazar lo que implicaba. Se reconoció, con pesar y frustración, lo “latino” y el peso “biológico” que este implica, pero se deseó lo “anglosajón”. Es decir, lo “latino” surge en un contexto positivista, en principio rechazado por las mismas premisas positivistas. El adjetivo “latino” surge ya a mediados del siglo XIX, pero aparece como un intento del positivismo por acercar a América del Sur hacia los progresos y desarrollo de América del Norte, de la América “sajona”.

Solo a finales del siglo XIX e inicios del XX, lo “latino” —de emergencia positivista, tanto europea como americana—, se resemaniza, ya no como la racialización e inferiorización, sino como el patrimonio cultural e histórico (mestizaje) que le permitía al continente enfrentarse a los Estados Unidos de América y a su vez hegemonizar internamente a determinados sectores y grupos sociales, con lo que consecuentemente se subalternizó a grupos indígenas o afrodescendientes, que no se sienten incluidos en el término. Surge con un sentido biológico, pero adquiere un sentido cultural e histórico; mestizo, católico, espiritual (desprecia el materialismo anglosajón) (Funes, s.f.; Rojas, 1991).

América Latina no es, necesariamente, una unidad cultural o étnica, sino una categoría geopolítica. El nombre responde a esto, a la decisión estratégica de la construcción de un actor geopolítico. Tanto desde afuera como desde adentro. No la pretendida denominación “étnica” o de “historia compartida”. En cada momento de pérdida territorial, de desafío imperialista, de amenaza externa (las guerras de independencia, o el imperialismo norteamericano y europeo tanto en el Caribe como en Centroamérica), la idea continental sirvió de refugio y de llamada de atención para las élites nacionales y la reedición de los proyectos

“americanistas”. Así, estamos periódicamente habituados a que al surgimiento de una amenaza “extranjera” emerja una nueva denominación.

La pregunta por el nombre es una pregunta por la identidad; en el siglo XIX esta encerró, más que una definición sobre el “ser”, la aspiración, el proyecto de lo que no se era y se pretendía ser. Siempre la definición partió de una forma de complejo, de falta, de precariedad de la facticidad, de la cotidianidad. Existió, tanto en la derecha como en la izquierda de cada momento del siglo XIX, un discurso identitario que vendía una utopía, no la realidad palpable y concreta (Fernández, 2000, p. 46). En esta medida, tiene razón Leopoldo Zea (1983) cuando describe la historia del pensamiento americano del siglo XIX como un “largo viaje hacia sí misma”, de la negación del pasado a la imitación e importación cultural, hasta que finalmente, en un futuro no muy lejano, se dé la integración de las diferentes identidades.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán J.L. (2009). *La idea de América, origen y evolución*. Madrid: Iberoamericana.
- Alamán, L. (1939). *Semblanzas e ideario*. Prólogo y selección de Arturo Arnaiz. México D.F.: UNAM.
- Alberdi, J.B. (1964). *Bases y puntos de partida para la organización política de la república argentina*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Ardao, A. (1975). *Estudios latinoamericanos de historia de las ideas*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- Ardao, A. (1977). Historia y evolución de las ideas filosóficas en América Latina. Ponencia presentada en el IX Congreso Interamericano de Filosofía, VI de la Sociedad Interamericana de Filosofía. Caracas, 20 a 24 de junio de 1977.
- Ardao, A. (1980). *Génesis de la idea y el nombre de América Latina*. Caracas: Centro de Estudios Latinoamericanos Rómulo Gallegos.
- Ardao, A. (1986). La idea de la Magna Colombia de Miranda a Hostos. En: *Ideas en torno de Latinoamérica*, vol. I. México D.F.: UNAM – Udual.
- Ardao, A. (1993). *América Latina y la latinidad*. México D.F.: UNAM – CC – DEL.

- Ardao, A. (2009). Panamericanismo y latinoamericanismo. En: *América en sus ideas*. México D.F.: Siglo XXI – Unesco.
- Arosemena, J. (1974). *Discurso pronunciado en Bogotá, el 20 de Julio de 1856, en acto de despedida a un plenipotenciario ecuatoriano*. Panamá: Tareas.
- Beorlegui, C. (2004). *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano. Una búsqueda incesante de identidad*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Bilbao, F. (1941). *La América en peligro*. Buenos Aires: Ercilla.
- Bödeker, H.E. (2009). Sobre el perfil metodológico de la historia conceptual. Temas, problemas, perspectivas. *Historia y Grafía*, 32, 131-168. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/589/58922946006.pdf>
- Capelletti, Á. (1997). El Sentido del positivismo latinoamericano. *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, 85, 77-81.
- Carmagnani, M. (2010). *El otro Occidente, América Latina desde la invasión europea hasta la globalización*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cohen M. & Blanco, F. (2012). Relevancia de la segunda consideración intempestiva de F. Nietzsche para la historiografía de la psicología. *Revista de Historia de la Psicología*, 33(2), 81-96. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5450100.pdf>
- Elliot, J. (2006). *Imperios del mundo atlántico, España y Gran Bretaña en América (1492-1830)*. Madrid: Santillana Ediciones.
- Fernández, E.M. (2000). El proyecto de unidad continental en el siglo XIX. Realidad y Utopía. En: Roig, A. (ed.). *El pensamiento social y político iberoamericano del siglo XIX* (p. 46 y ss.). Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Trotta.
- Fernández, J. (2009). *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*. Madrid: Fundación Carolina – Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Foucault, M. (1992b). *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets Editores.
- Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Foucault, M. (1978). *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.

- Foucault, M. (1999). "El cuidado de la verdad". En: *Estética, ética, y hermenéutica. Obras esenciales* (p. 370). Volumen III. Barcelona: Paidós.
- Foucault, M. (1992a). *Nietzsche, la genealogía, la historia*. Sexta edición. Valencia: Pre-textos.
- Funes, P. (s.f.). América latina. Los nombre del Nuevo Mundo. *Explora*. Ministerio de Educación Ciencia y Tecnología. Disponible en: <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL002323.pdf>
- Halperin Dongui, T. (2000). *Historia contemporánea de América Latina*. Madrid: Alianza Editorial.
- Jaramillo, J.F. (2007). La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica. *Revista Pensamiento Jurídico*, 20, 61-90.
- Koselleck, R. (2004). Historia de los conceptos y conceptos de historia. *Revista Ayer*, 53. Pp 11 – 26 Disponible en: https://www.ahistcon.org/PDF/numeros/ayer53_HistoriaConceptos_Fernandez_Fuentes.pdf
- Larrain, J. (1994). *La identidad latinoamericana. Teoría e historia*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.
- Manrique, L. (2006). *De la Conquista a la Globalización, Estados, naciones, y nacionalismos en América Latina*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, S.L.
- Nietzsche, F. (2003). *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida (II Intempestiva)*. Biblioteca Nueva Segunda edición. Madrid.
- Noriega, A. (1972). *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*. Tomo I México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- O'Gorman, E. (1958). *La invención de América; el universalismo de la cultura de occidente*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Oieni, V. (s.f.). Notas para una historia conceptual de los discursos políticos, los aportes de la historia conceptual, la genealogía de Foucault y el análisis crítico del discurso a una nueva historia política. Disponible en: https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/3276/1/anales_7-8_oieni.pdf (15-05-2014)
- Ossandon, C. (1990). Identidad y creación en América Latina. *Revista Araucaria de Chile*, 47/48, 39 y ss.

- Phelan, J. (1986). El origen de la idea Latinoamérica. En: *Ideas en torno de Latinoamérica*, vol. I. México D.F.: UNAM – Udual.
- Quijada, M. (1998). Sobre el origen y difusión del nombre “América Latina” (o una variación heterodoxa en torno al tema de la construcción social de la verdad). *Revista de Indias*, LVIII(214), 596-616.
- Ramos, V.H. (2012). La identidad latinoamericana: proceso contradictorio de su configuración-deconstrucción-reconfiguración dentro de contextos globales. *Universitas Humanística*, 73, 15-58. Disponible en: <http://revisitas.javeriana.edu.co/index.php/univhumanistica/article/view/3183/2765>
- Ribeiro, D. (1969). *Las Américas y la civilización*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Rodó, J.E. (1961). *Ariel*. México D.F.: Espasa – Calpe.
- Roig, A.A. (2000). *El pensamiento social y político iberoamericano del siglo XIX*. Madrid: Editorial Trotta.
- Rojas Mix, M. (1991). *Los cien nombres de América, eso que descubrió Colón*. Barcelona: Editorial Lumen.
- Rojas-Mix, M. (1990). Noción de América Latina. *Revista Araucaria de Chile*, 47/48, 103-125.
- Romero, J.L. (1985). *Pensamiento político de la emancipación 1790-1825*. Tomos I y II. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Romero, J.L. (1986). *Pensamiento conservador 1815-1898*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.
- Rosanvallon, P. (2002). Por una historia conceptual de lo político (notas de trabajo). *Primas, Revista de Historia Intelectual*, 6, 123-133.
- Rosanvallon, P. (2003). *Por una historia conceptual de lo político. Lección inaugural en el Collège de France*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Rouquie, A. (1989). *América Latina: Introducción al extremo occidente*. México: Siglo XXI.
- Santana Castillo, J. (2000). Identidad cultural de un continente: Iberoamérica y la América sajona. Desde la Doctrina Monroe hasta la guerra de Cuba.

- En: Roig, A. (ed.). *El pensamiento social y político iberoamericano del siglo XIX*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Trotta.
- Vasconcelos, J. (1925). *La raza cósmica. Misión de la raza iberoamericana. Notas de viajes a la América del Sur*. Madrid: Agencia Mundial de Librería.
- Volpi, J. (2009). *El insomnio de Bolívar. Cuatro consideraciones intempestivas sobre América Latina en el siglo XXI*. México: Casa América.
- Zea L. (1983). *América Latina, un largo viaje hacia sí misma*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Humanidades y Educación.
- Zea, L. (1976). *El pensamiento latinoamericano*. Barcelona: Editorial Ariel. Colección Demos.
- Zea, L. (1978). *Filosofía de la historia americana*. Primera edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Zea, L. (1980). *Pensamiento positivista latinoamericano*. Tomos I y II. Caracas: Biblioteca Ayacucho.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
44

102

LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL FRENTE A LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA REPARACIÓN

RES JUDICATA FROM DE NEW PARADIGM OF REPAIR

*John Arturo Cárdenas Mesa**

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2016

Fecha de aceptación: 1 de marzo de 2016

RESUMEN

La forma confusa como se vienen valorando mutuamente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias del recurso contencioso-administrativo ha propiciado absurdos que de no ser corregidos propiciarán una forma de discriminación para las víctimas de violaciones a derechos humanos, en especial para las víctimas de desplazamiento forzado. Para solucionar esto se requiere una interpretación acorde al nuevo paradigma jurídico-cultural que se viene gestando desde hace más de una década en el derecho a la reparación de las víctimas.

Palabras claves: Corte Interamericana, Consejo de Estado, cosa juzgada internacional, nuevo paradigma jurídico.

ABSTRACT

The confusing manner as are mutually evaluating the judgments of the Inter-American Court of Human Rights and the judgments of the administrative appeal has led to absurdities that if are not corrected, will be a new form of discrimination for victims of violations of human rights and especially for victims of forced displacement.

To solve this is required an interpretation according to the new cultural legal paradigm that has been brewing for more than a decade on the right to reparation of victims.

Key words: Inter-American Court, State Council of State, Res judicata, new judicial paradigm.

* Abogado litigante en responsabilidad del Estado. Magíster en Literatura Colombiana de la Universidad de Antioquia y Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: johnarturo70@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN

La reparación de los derechos de las víctimas del conflicto armado y de graves violaciones a los derechos humanos ha sido objeto de un profuso desarrollo en los últimos años gracias a la influencia del sistema interamericano de derechos humanos, el cual ha incidido en reformas legislativas, políticas públicas y en las decisiones de las altas Cortes, principalmente del Consejo de Estado, que no solo ha tratado de ponerse a la par de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el tema de justicia retributiva, sino que, en nuestro concepto, la aventaja en la cuantificación objetiva del daño.

Por ello se viene gestado un nuevo paradigma jurídico-cultural en el cual el principio de justicia material ha ido ganando terreno frente a instituciones procesales en las que subyace el principio de seguridad jurídica.

En efecto, el concepto de la reparación ya no se concibe solo desde el punto de vista indemnizatorio, sino desde la perspectiva de la restitución de los derechos; ello se empieza a evidenciar desde la Sentencia C-228 de 2002¹, la cual dio la posibilidad de que las víctimas acudieran al proceso penal con pretensiones de verdad y justicia y que al mismo tiempo pudieran plantear sus pretensiones económicas constituyéndose en parte civil por fuera del proceso penal.

La Sentencia C-014 de 2004² dispuso que las víctimas en los procesos disciplinarios que se siguen en contra de los servidores públicos que cometen infracciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, además de la facultad de presentar la queja, pedir pruebas e interponer los recursos frente al auto de archivo del proceso, el de cargos o frente a la sentencia, también tienen las demás facultades de los sujetos procesales, cambiando la tradicional concepción de la potestad disciplinaria como una actividad del Estado en defensa de la función pública y no de intereses particulares.

En casos de violaciones a los derechos humanos, el Consejo de Estado ha aceptado pruebas supletorias de hechos que solo podían demostrarse con una tarifa legal y ha dado especial importancia a la valoración de la prueba indiciaria. Además, la institución de la caducidad, que hasta hace poco se constituía como una barrera infranqueable para acceder a la justicia, no se aplica cuando se trata de delitos de lesa humanidad que comprometen la responsabilidad del Estado.

- 1 Esta sentencia se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 30, 47 y 137 de la Ley 600 de 2000, que restringían el acceso a las víctimas de delitos a partir de ciertas etapas procesales y exigían prestar juramento de que no se había acudido a la acción civil por fuera del proceso penal como requisito para constituirse en parte civil.
- 2 Este fallo declaró exequibles los artículos 89, 122, 123, 124 y 125 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), bajo el entendido de que cuando se cometan faltas disciplinarias que constituyan violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario también procede la revocatoria del fallo absolutorio y del archivo de la actuación.

La jurisdicción contenciosa también ha decretado medidas de justicia restaurativa de manera oficiosa; ha aceptado variar los topes indemnizatorios del perjuicio moral, pasando de los cien salarios mínimos legales mensuales, como se ha reconocido desde 2001, hasta trescientos salarios en casos de violaciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH) y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), y hasta de mil en caso de existir sentencia penal condenatoria en firme en contra de servidores públicos; finalmente, ha empezado a plantear una nueva forma de reconocer los perjuicios a partir de derechos convencionales o constitucionales, lo que tiene efecto en las tipologías del perjuicio a reconocer.

El legislativo también ha hecho su aporte, el cual ha sido delineado por diversas sentencias de constitucionalidad; en efecto, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, estableció una causal de revisión basada en el incumplimiento de los deberes consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (garantías judiciales y protección judicial)³.

La Ley 975 de 2005 creó un régimen de procedimiento penal especial para aquellas personas pertenecientes a los grupos paramilitares y de guerrillas que quieran desmovilizarse y se postulen para recibir sus beneficios a cambio de verdad y reparación para las víctimas. Estas últimas tienen derecho a recibir garantías de no repetición, actos en su memoria, medidas de satisfacción, el reconocimiento de responsabilidad por parte de los autores y partícipes de los hechos, la localización de personas secuestradas, desaparecidas y asesinadas y a obtener indemnizaciones por parte de los autores de los crímenes⁴.

La Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, recoge todos los avances obtenidos hasta ahora en materia de restitución de derechos; ella tiene como objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas en beneficio de las víctimas con el fin de hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y en especial a la restitución de los predios de los que fueron despojados o abandonados. Los poderes del juez de restitución no tienen antecedentes en la tradición jurídica del país, pues adquiere facultad de acumular en un mismo trámite actuaciones judiciales y administrativas, anular fallos anteriores y actos administrativos, resolver

3 Con fundamento en esta norma han sido admitidas varias acciones de revisión ante la Corte Suprema de Justicia frente a sentencias penales absolutorias relativas a casos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre ellas, se ordenó revisar la sentencia penal absolutoria en favor de un militar involucrado en la masacre de la Granja Ituango en junio de 1996. De igual manera, en septiembre de 2008 la Corte Suprema de Justicia declaró inválida la cesación de procedimiento realizada por la Justicia Penal Militar en el caso del señor Wilson Gutiérrez Soler y ordenó remitir la investigación a la Unidad Nacional de Derechos Humanos; el 6 de julio de 2011 la Corte ordenó reponer el trámite de juicio contra dos personas absueltas el caso de Jesús María Valle.

4 No obstante, son profusas las críticas que se han hecho a la ley, ya que por la lentitud con que avanza el proceso la mayoría de los paramilitares saldrán por cumplimiento de la pena alternativa que les sería imposible, sin que se haya logrado que asuman los compromisos para reparar a sus víctimas.

situaciones de posesión y en general solucionar cualquier tipo de disputa con relación a los predios bajo la perspectiva de la prevalencia de la verdad material.

En este contexto normativo y jurisprudencial surgen ciertas inconsistencias respecto a la forma como se valoran mutuamente las sentencias de la Corte Interamericana y las del Consejo de Estado y específicamente con relación a cómo se viene delimitando el concepto de cosa juzgada, pues como veremos más adelante, se ha utilizado de forma tal que ha servido al Estado para sustraerse de sus deberes de reparación.

Para contestar este interrogante definiremos en primer lugar el concepto de cosa juzgada; en segundo lugar analizaremos el estado actual de las medidas de reparación, tanto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana como en la jurisprudencia contenciosa para mostrar por qué no pueden asimilarse ambas jurisdicciones; posteriormente analizaremos cómo valoran mutuamente uno y otro tribunal sus decisiones y finalmente estudiaremos los absurdos que se presentaron en un caso específico en el cual se decretó la cosa juzgada internacional, los mismos que de no ser corregidos servirán para evadir el deber de reparación del Estado en el caso de la población desplazada.

I. EL CONCEPTO DE COSA JUZGADA

Históricamente siempre ha habido una tensión entre los conceptos de seguridad jurídica y justicia, la cual se ha solucionado por medio de diversas instituciones como la prescripción, la caducidad, el principio de cosa juzgada, entre otras; pero estas instituciones que encarnaban el justo medio en un momento histórico determinado han cedido ante el avance del reconocimiento de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

El artículo 29 de la Constitución Nacional consagra el debido proceso y en este, el *non bis in idem*, el cual tiene relación directa con el principio de cosa juzgada, concepto que se irradia para todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas. Entonces, hay que armonizar la tendencia que se proyecta desde hace más de una década, en la cual se va ampliando el abanico de los derechos de las víctimas, con este principio constitucional.

En reciente sentencia de abril 7 de 2015, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁵ del Consejo de Estado se refirió a la cosa juzgada en los siguientes términos:

5 Expediente 11001-03-15-000-2006-00318-00(REV), M.P. Jorge Octavio Ramírez.

[...] En otras palabras, la cosa juzgada, característica, por excelencia, de las sentencias judiciales, “tiene como objeto efectivizar el derecho constitucional al debido proceso y la seguridad jurídica, pues se erige en garantía de que una determinada controversia decidida en sede judicial no será objeto de un proceso posterior. [...] De conformidad con lo dispuesto en el art. 332 del CPC, en concordancia con lo dispuesto por el art. 175 del CCA y el precedente de esta Corporación, para que se configure la cosa juzgada, es necesaria la concurrencia de tres elementos: (i) Que exista identidad de causa. Debe existir plena coincidencia entre la razón o motivos por los cuales se demanda; esto es, los hechos que dieron origen a la presentación de la demanda y a la formulación de las pretensiones. (ii) Que el proceso recaiga sobre el mismo objeto. Las pretensiones o solicitudes de la demanda, en relación con la cual se dictó la sentencia definitiva, deben coincidir, a su vez, con las peticiones de la nueva demanda, respecto de la cual se busca que se declare la cosa juzgada. (iii) Que exista identidad de partes. Quienes actúan como demandante y demandado en el proceso anterior deben actuar de la misma forma en el nuevo proceso. Solo si se reúnen estos tres elementos se puede predicar la cosa juzgada de una providencia judicial respecto de otra, pues la primera decisión, con efectos *inter partes*, impide que se decida, nuevamente, en relación con los aspectos previamente definidos.

Si observamos los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil; 175 del Código Contencioso Administrativo; 303 del Código General del Proceso y 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vemos que en todos ellos se exigen tres requisitos para que opere la cosa juzgada: coincidencia jurídica de las partes, identidad de *causa petendi* e identidad de objeto. Consideramos además que, obviamente, debe haber una decisión de fondo en firme que resuelva el litigio en esos tres aspectos.

Este último aspecto no es nimio, pues una sentencia inhibitoria no haría tránsito a cosa juzgada y en esa medida, mientras no transcurran los términos de prescripción o caducidad, podría intentarse la acción de nuevo entre las mismas partes y por las mismas causas, salvando el inconveniente que dio origen a la inhibición.

Ahora bien, cuando una sentencia no resuelve todas las pretensiones incoadas en la demanda o no incluye a todos los sujetos procesales podría intentarse una nueva demanda para resolver dicha pretensión, pero solo si no es posible corregir el yerro haciendo uso de los mecanismos procesales, verbigracia, interponiendo un recurso de apelación frente al fallo para que el juez de instancia se pronuncie sobre las pretensiones no resueltas o echando mano de la figura de la adición de

la sentencia regulada en el artículo 311 del CPC⁶, aunque debió haberse dado un lapso más amplio como sucede en el caso de errores aritméticos o por omisión, corregibles por el juez que dictó la sentencia, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte.

Creemos que no pedir la sentencia complementaria en el término legal no cierra la posibilidad de incoar la pretensión no resuelta en un nuevo proceso, pues aunque ciertamente estaríamos en la hipótesis de identidad de partes, objeto y causa, faltaría el presupuesto necesario a nuestro juicio, la decisión de fondo sobre estos tres aspectos.

En algunos ordenamientos jurídicos como el español se contempla la figura de la cosa juzgada virtual, a la cual se refiere Cifuentes Smolko (2013):

Cuando nos hemos referido a lo largo de esta investigación a la cosa juzgada hemos aludido a que esta es aquella que se entraña tanto a partir de lo deducido y resuelto en un proceso como de lo deducible y no resuelto, pero a partir de esta aseveración nos parece oportuno hacer mención a la distinción que realiza De Padura, el autor señala la necesidad de discernir si la cosa juzgada cubre: lo deducido en el proceso y resuelto en la sentencia; lo deducido y no resuelto; o no deducido y resuelto; y por último lo no deducido y no resuelto, esto es lo deducible.

[...] Serra Domínguez identifica por cuestiones no deducidas pero deducibles, aquellas que guarden un profundo enlace con el objeto principal del proceso, afirmando que estas deben estar protegidas por la cosa juzgada: tanto si han sido resueltas, como si no habiendo sido objeto de resolución, pueden estimarse resueltas por encontrarse comprendidas en el tema decidendum, para este autor son deducibles todos aquellos hechos constitutivos que formen parte de la misma relación jurídica y, desde el punto de vista del demandado, todos los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes que hubiera podido oponer en el proceso terminado. (pp. 17-19)

Y más adelante sigue explicando:

- 6 Dicha norma fue retomada exactamente en el artículo 287 del Código General del Proceso: “Adición. Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la *litis* o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad. “El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvenCIÓN o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria. “Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término. “Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal”.

[...] De la Oliva Santos postula que lo sensato es hacer operativo el instituto de la preclusión aun admitiendo que los hechos del último proceso difieren de los anteriores y, con ellos, la causa petendi, quedará excluida la posibilidad de un segundo enjuiciamiento -por ser o deber ser- razonablemente conocidos en el momento procesal oportuno durante el primer pleito. (Cifuentes Smolko, 2013, pp. 17-19)

En conclusión, la cosa juzgada podría abarcar lo juzgado y aquello que pudiéndose alegar razonablemente no se alegó oportunamente. Consideramos, no obstante, que dicha postura legal y doctrinal no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Una de las excepciones más importantes al principio de cosa juzgada lo vemos en la Ley 1448 de 2011, que reguló el tema de restitución de tierras para las víctimas del conflicto armado interno, pues el juez de restitución, además de la posibilidad de anular fallos en firme y actuaciones administrativas⁷ tiene, al parecer, la posibilidad de cambiar sus propias decisiones gracias a las facultades de control posfallo que establece la ley.

Ejemplo de ello lo observamos en un caso fallado por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Ibagué, en el cual se había ordenado la restitución jurídica y material de un predio, en contravía a la pretensión de compensación que había instaurado el demandante. No obstante, un año después de emitido el fallo, el mismo juez dictó una “sentencia complementaria” en la que sustituyó la restitución por la compensación, dado que concluyó que cumplir la decisión anterior implicaba un riesgo para la vida o la integridad personal del demandante⁸.

Esto solo para resaltar que el derecho a la reparación de las víctimas implica un cambio de mentalidad y una forma diferente de entender las figuras procesales, que han cedido paso a la justicia material; no en vano el juez Sergio García Ramírez dijo en su voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*⁹:

19. Es notoria la decadencia de la autoridad absoluta de la cosa juzgada inherente a la sentencia definitiva y firme, entendida en el sentido tradicio-

- 7 En efecto, el artículo 77 numeral 4 de la ley dispone que si el solicitante prueba la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, “no podrá negársele su restitución con fundamento en que una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero, o que dicho bien fue objeto de diligencia de remate”.
- 8 Dicho caso está reseñado en el Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014 elaborado por la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011, p. 210. En dicho informe se hace alusión a otros trece casos en los que se han tomado decisiones similares.
- 9 Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 12 de septiembre 12 de 2005.

nal de la expresión. Difícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás ni siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos. La improcedencia o impertinencia de la resolución judicial interna que pone fin a una contienda puede advertirse a partir de diversos datos: error en el que incurre quien la emite, sin que se añada otro motivo de injusticia; o bien, ilegalidad o ilegitimidad con las que actúa el juzgador, sea en actos del enjuiciamiento (violaciones procesales que destruyen el debido proceso), sea en la presentación (falseada) de los hechos conducentes a la sentencia. En ambos casos se arribará a una sentencia que no sirve a la justicia y solo en apariencia —formalmente— atiende a la seguridad jurídica. [...].

22. Por supuesto, el tema no está cerrado. Todavía es preciso avanzar con cuidado y reflexión en las diversas hipótesis que pudieran presentarse a propósito de la afectación de la cosa juzgada. Habrá que ver, con la mayor objetividad y prudencia, en qué casos es preciso retirar a una sentencia definitiva y aparentemente firme la eficacia de la cosa juzgada y desconocer la aplicabilidad del principio non bis in ídem, o mantener el reconocimiento de este —que constituye una poderosa garantía--- sobre la base de que las diligencias practicadas y la sentencia emitida no constituyen verdadero proceso y auténtica sentencia. (Énfasis fuera de texto)

Veremos en adelante algunos de esos casos en los que sostener la existencia de la cosa juzgada implica un contrasentido insostenible.

110

II. CRUCE DE DOS JURISDICCIÓNES: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y CONSEJO DE ESTADO

A. Estado actual de las medidas de reparación en caso de graves violaciones a los Derechos Humanos

1. Corte Interamericana

La Corte declara la responsabilidad internacional del Estado cuando ha habido una violación a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 63.1 de la misma:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello

fuerá procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Después de hacer un estudio de cada derecho de la Convención vulnerado e identificar a la parte lesionada, ordena las indemnizaciones en categorías genéricas de daños materiales e inmateriales, contemplando dentro de los primeros los rubros tradicionales de daño emergente y lucro cesante y en los segundos categorías que incluyen los daños morales, la afectación al proyecto de vida y el daño existencial. Estas se fijan en equidad teniendo en cuenta las particularidades y gravedad del caso. Adicionalmente, se ordenan las medidas de reparación consistentes en la *restitutio in integrum*, si es posible; las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición.

En las Sentencias de Reparaciones y Costas de los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz contra Honduras¹⁰, la corte indicó que es un principio de derecho internacional que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y en tal sentido dicha reparación consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), esto es, el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

En ambos casos las Sentencias de Reparaciones se limitaron a fijar indemnizaciones, pese al pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que el Gobierno de Honduras debería adquirir el compromiso de investigar exhaustivamente la desaparición, no solo de Godínez Cruz, sino de todos los ciudadanos hondureños afectados por tal práctica, además de que se debían adoptar medidas de tipo jurídico, político, administrativo y cultural para que este tipo de prácticas no se siguieran presentando.

La Corte adujo que medidas de este tipo hacen parte de la reparación de las consecuencias de la situación violatoria de los derechos o libertades y no de las indemnizaciones, pero dejó a salvo “la subsistencia del deber de investigación que corresponde al Gobierno, mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. A este deber de investigar se suma el

10 Sentencias de julio 21 de 1989. El Estado de Honduras fue declarado responsable por la violación de los derechos a la vida, integridad y libertad personales de Ángel Manfredo Velásquez, por su detención, tortura y posterior desaparición en 1981 cuando era estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. En igual sentido se pronunció la Corte en el caso de Saúl Godínez Cruz, quien desapareció el 22 de julio de 1982 después de haber salido de su casa hacia su lugar de trabajo en Monjarás de Choluteca donde laboraba como profesor.

deber de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables directos de las mismas”¹¹.

La primera vez que la Corte decretó medidas de reparación no pecuniarias en la parte resolutiva de una sentencia fue en el caso *Aloeboetoe contra Surinam*¹²; en esa oportunidad dispuso que el Estado de Surinam debía reabrir la Escuela Sita en Gujaba y dotarla de personal docente y administrativo para su funcionamiento permanente. En este sentido, la Corte amplió la interpretación del artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con posterioridad, la Corte abrió el camino para llegar al estado actual de las medidas de reparación, las cuales se conciben como medidas de restablecimiento que se ordenan cuando este es posible; medidas de satisfacción, unas de contenido económico y otras con carácter simbólico; y finalmente garantías de no repetición, que buscan tener repercusión pública para que los hechos cometidos no vuelvan a repetirse.

En el caso *Loaiza Tamayo*¹³ la Corte dijo que el Estado del Perú debía poner en libertad en un plazo razonable a la señora Elena Loayza Tamayo y tomar todas las medidas necesarias para reincorporarla al servicio docente en instituciones públicas; asegurarle el pleno goce de su derecho a la jubilación, incluyendo el tiempo transcurrido desde el momento de su detención y ordenó al Estado del Perú adoptar todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiere sido emitida en el proceso a que fue sometida produzca efecto legal alguno, y para que la legislación penal interna en relación con los delitos de terrorismo y traición a la patria se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De allí en adelante ha habido profusas sentencias en las que se han ordenado medidas de reparación que buscan a la reparación integral del daño, tales como capacitar a la fuerza pública para el respeto de los derechos humanos, planes de vivienda, programas de reparación en salud, becas, investigar y sancionar efectivamente a los responsables haciendo una excepción al principio de cosa juzgada, entre otras. En este contexto, los casos colombianos han tomado espe-

11 Sentencia de Reparaciones y Costas, párrafo 32.

12 Sentencia de Reparaciones y Costas de septiembre 10 de 1993. Durante 1988 el Ejército de Surinam asesinó a seis cimarrones pertenecientes a la comunidad indígena Saramaka. El único sobreviviente de la masacre que logró escapar murió posteriormente por las heridas que le fueron ocasionadas. Se comprobó que la muerte de estas personas se debió a motivos raciales y a que eran tildados de pertenecer a grupos subversivos.

13 Sentencia de Reparaciones de noviembre 27 de 1998. El 6 de febrero de 1993 la señora María Elena Loayza Tamayo, profesora de la Universidad San Martín de Porres fue arrestada, sin orden judicial, por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo de la Policía Nacional del Perú bajo la sindicación de colaborar con el movimiento guerrillero Sendero Luminoso. Permaneció diez días incomunicada, fue objeto de torturas para que se autoinculpara y posteriormente condenada en la justicia militar y en la ordinaria por los delitos de traición a la patria y terrorismo.

cial relevancia dada la existencia de un mecanismo *sui géneris* de reparación interno, el contencioso-administrativo.

2. El contencioso-administrativo hoy

De vieja data nuestro tribunal contencioso ha tenido tesis que son muy amplias y garantizan el derecho a la indemnización de las víctimas, dado que este tipo específico de reparación es su sede natural. Sin embargo, hay que reconocer que, gracias a la influencia de las decisiones de la Corte Interamericana y de varios instrumentos de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, el espectro de la reparación se ha ampliado mucho más y se han relativizado instituciones procesales que se constituían en obstáculos insalvables para la realización de la justicia material.

Por ejemplo, se ha morigerado la caducidad de dos años que traía el artículo 137 del CCA y el actual 164 de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de inaplicarla cuando la administración se ve comprometida por actos de sus servidores que implican la comisión de delitos de lesa humanidad; ya el delito de desaparición forzada tenía una regulación especial en virtud de la Ley 589 de 2000, según el cual el término de caducidad se cuenta a partir de que la persona aparezca o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, ello sin perjuicio de poder instaurar la acción desde el momento mismo de la ocurrencia del hecho.

Algunas decisiones paradigmáticas del Consejo de Estado conciben los actos violatorios de los derechos humanos no solamente como una falla en un servicio público de protección y seguridad para los ciudadanos, sino como un incumplimiento a los compromisos internacionales del Estado en la materia. En algunas sentencias se han ordenado medidas de reparación que van más allá de lo económico, aunque no haya sido pedido en la demanda, ello en consonancia con la tendencia de que el juez administrativo puede fallar de manera *ultra petita* y *extra petita*, sin afectar la congruencia de la sentencia, situación que pacíficamente se había negado en esa jurisdicción¹⁴.

También se ha ampliado el espectro de las reparaciones económicas, como cuando se acepta indemnizar perjuicios materiales para los padres por la muerte

14 Esto tiene antecedentes en la sentencia de abril 24 de 2008, con ponencia del doctor Ramiro Saavedra Becerra, en la cual el Consejo de Estado reconoció indemnizar perjuicios a la vida de relación de los miembros de una familia porque uno de ellos sufrió alteraciones psíquicas permanentes a raíz del estrés postraumático ocasionado por el temor excesivo que le infringió un allanamiento irregular y con abuso de poder que realizó el Ejército Nacional en su vivienda. Aunque en la demanda los actores solamente solicitaron el pago de perjuicios morales y materiales, la Corporación, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal y haciendo uso de la facultad de interpretación de la demanda, dispuso el pago de los perjuicios por alteración de las condiciones de existencia.

de un hijo menor de edad que aún no desarrollaba actividad productiva. A partir de 2007, la Corporación recogió su posición tradicional y acogió las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En criterio del Consejo de Estado, debe reconocerse un probable periodo productivo desde los 18 hasta los 25 años de la vida de una persona, época en la que se presume que un individuo conforma su propia familia¹⁵.

Otro caso de ampliación del espectro indemnizatorio es el reconocimiento de perjuicios inmateriales para las víctimas directas por la vulneración de su derecho a la vida. Esto se reconocía internamente cuando se comprobaba que la víctima antes de morir había sufrido vejámenes o sufrimientos tales que ameritaban una indemnización para ella, la cual pasaba a sus herederos. Dicha influencia fue acogida por el Consejo de Estado en el auto aprobatorio de la conciliación realizada por los demandantes con la nación colombiana, a raíz del asesinato del defensor de derechos humanos Jesús María Valle. En esa oportunidad las entidades demandadas ofrecieron el pago de cien salarios mínimos legales mensuales para Jesús María Valle¹⁶ bajo el siguiente argumento:

En este sentido, cabe destacar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya fuerza vinculante no puede ser desconocida en el ordenamiento colombiano, por explícito mandato de la Constitución Política (art. 93) ha accedido a indemnizaciones a favor de las víctimas directas o fallecidas; así por ejemplo, en sentencia de mayo 11 de 2007, este organismo dispuso la indemnización, por perjuicios inmateriales a favor de las víctimas fallecidas en una masacre ocurrida en el corregimiento de “La Rochela”, en el Departamento de Santander.

Sin embargo, no conocemos fallos posteriores del Consejo de Estado que reconozcan este rubro y parece haber cierta reticencia a hacerlo, aunque recientes sentencias de unificación dejan abierta la posibilidad de indemnizar a las víctimas directas de violaciones de derechos convencionales o constitucionales.

En efecto, a partir de la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 14 de septiembre de 2011¹⁷, el Consejo de Estado sistematizó la tipología del perjuicio inmaterial así:

(i) perjuicio moral; (ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); (iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal”

15 Auto del Consejo de Estado de febrero 22 de 2007, con ponencia del magistrado Ramiro Saavedra Becerra, proceso 2500232600020000066201 (26036).

16 Consejo de Estado, Auto de abril 26 de 2007, proceso 32793, p. 25.

17 Expedientes 38222 y 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros).

Recientemente, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014¹⁸ proferida por la misma sección, el Consejo de Estado condenó al Estado por los hechos ocurridos el 27 y 28 de marzo de 1997 en el Corregimiento de San José de Apartadó (Antioquia), donde el Ejército Nacional simuló un combate con las FARC para asesinar a tres personas y desaparecer a dos más.

En este fallo adoptó definitivamente las medidas de reparación como lo ha venido haciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, teniendo en cuenta la *restitutio in integrum*, cuando esta es posible, las medidas indemnizatorias o compensatorias, las de satisfacción, de rehabilitación y de no repetición.

Dijo la Corporación que en estos eventos la reparación opera aun de oficio; es inclusiva en el sentido de aplicarse no solo a las víctimas directas del daño, sino al cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos; y que se aplica a aquellos casos en los que hay una vulneración al núcleo esencial de los derechos constitucionales.

Lo que más tiene relevancia para el tema que nos ocupa es que esta forma de reparación se hace efectiva principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario y que solo en casos excepcionales podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta cien SMLV, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud o esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos.

La reparación in natura o justicia restaurativa ya había tenido antecedentes en el Consejo de Estado. En efecto, el profesor Juan Carlos Henao (2015) cita algunos ejemplos:

18 Expediente 32988, M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. También fijó como tope máximo para la reparación de los perjuicios morales la suma equivalente a trescientos SMLM cuando hay graves violaciones a los derechos humanos y/o el derecho internacional humanitario, bajo el entendido que esto no varía la posición asumida en la decisión del 25 de septiembre de 2013, expediente 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460), M.P. Enrique Gil Botero, en la que sostuvo que cuando existe sentencia penal ejecutoriada en contra del agente estatal involucrado en un hecho de esta magnitud, el tope indemnizatorio es de mil SMLM.

A pesar de que usualmente la acción de reparación directa lleva a condenas de tipo pecuniario, no es extraño observar que bajo su cuerda también se pronuncian condenas de reparación in natura. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de 4 de septiembre de 2003 en donde, a raíz de un desalojo ilegal de un vendedor ambulante al que le dañaron sus mercancías, se obligó a “entregarle los siguientes bienes —que serán de la mejor calidad—, en las cantidades que a continuación se indican: 16 medias botellas de miel de abeja, 12 manos de banano, 29 paquetes de naranjas, 5 piñas, 96 manzanas [...] y 1 machete con cubierta”. El mismo razonamiento es aplicado en un caso en el que el juez ordena al servicio de aduana devolver a la víctima, en la medida de lo posible, 574 calculadoras confiscadas de manera ilegal, que habían sido retenidas mediante una vía de hecho. (p. 49)

No obstante, la primera vez que se ordenaron estas medidas en casos de violaciones a los derechos humanos fue en el auto, ya citado, de abril 26 de 2007¹⁹, aprobatorio de la conciliación realizada entre el Estado y la familia del defensor de derechos humanos Jesús María Valle, el cual fue publicado en el Boletín No. 16 del Consejo de Estado como acto de dignificación de su memoria, junto con el acta de la audiencia y el informe preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Posteriormente, en sentencia del 19 de octubre de 2007²⁰ la Corporación dijo:

- *Toda violación a un derecho humano genera la obligación ineludible de reparar integralmente los daños derivados de dicho quebrantamiento.*
- *No todo daño antijurídico reparable (resarcible) tiene fundamento en una violación o desconocimiento a un derecho humano y, por lo tanto, si bien el perjuicio padecido debe ser reparado íntegramente, dicha situación no supone la adopción de medidas de justicia restaurativa.*

Para el Consejo de Estado la normatividad y jurisprudencia internacionales son aplicables en Colombia en virtud del artículo 93 de la Carta Política, en tanto integra en el ordenamiento jurídico interno los preceptos que hacen parte del denominado *ius cogens*, reglas que no admiten acuerdo en contrario según el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, sobre derecho de los tratados. Por ello tuvo en cuenta el criterio de la Corte Permanente de Justicia Internacional (ONU), la cual puntualizó que la obligación de reparar constituye un principio del derecho internacional y los Principios para la adopción de medidas eficaces de lucha contra la impunidad de la Resolución 2004/72 de la Comisión de Dere-

19 Expediente 32.793.

20 Expediente 29273, M.P. Enrique Gil Botero.

chos Humanos, la cual establece que los Estados deben tomar medidas contra la prescripción, en tanto “no existan recursos eficaces contra esa infracción” y que la misma no se invoque dentro del marco de “las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación”.

También valoró el alcance del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que ordena tener en cuenta los postulados de “reparación integral”, “equidad” y los criterios técnicos actuariales, y de la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), que elevó a rango legal las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, las garantías de no repetición y las medidas de reparación simbólica individual o colectiva.

Acorde a lo anterior, la sentencia del 20 de febrero de 2008²¹, que conoció sobre la detención arbitraria y posterior tortura y asesinato, por parte de la Policía Nacional, de varias personas en el municipio de Tuluá, ordenó al Director General de la Policía presentar disculpas públicas y al Comando de Policía de Tuluá diseñar e implementar un sistema de promoción y respeto por los derechos de las personas privadas de la libertad, además de la publicación de la sentencia en un lugar visible del Comando. Todo esto sin que se hubiese pedido en la demanda, dado que el Juez de lo Contencioso Administrativo debe ir más allá de su función tradicional y reconocer la fuerza vinculante del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, sin que esto implique desconocer los principios de jurisdicción rogada, de congruencia y de *no reformatio in pejus*.

Posteriormente ha habido un desarrollo paulatino hasta llegar a la situación actual, reflejada en la sentencia de Sala Plena de 28 de agosto de 2014, ya referida, y aunque consideramos que ello es un avance significativo en materia de reparación integral, hay que contextualizar un poco la situación y establecer mecanismos para que esto no se convierta en una simple moda jurídica.

B. Cruce de las dos jurisdicciones

Como observamos en el acápite anterior, las medidas de reparación ordenadas por el Consejo de Estado están a la par con las ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que surge el interrogante sobre la existencia de una dualidad de jurisdicciones con el mismo objeto.

La jurisdicción internacional, según los artículos 46, literal a, y 61, numeral 2, de la Convención, tiene carácter subsidiario, esto es, entra a operar en aquellos casos en los cuales los recursos judiciales internos de cada Estado no funcionan

21 Expediente: 76001-23-25-000-1996-04058-01 (16996), M.P. Enrique Gil Botero.

adecuadamente, sea porque simplemente no existen, porque existiendo son inadecuados o inoperantes, porque funcionan por fuera de un plazo razonable o cuando no cumplen los estándares internacionales en materia de administración de justicia.

Cuando se acude al Sistema Interamericano de Derechos Humanos para litigar un caso contencioso, el primer paso es instaurar la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual debe pronunciarse sobre su admisibilidad; en esta, a diferencia de nuestros sistemas procesales, se aborda este aspecto sustancial, el agotamiento de los recursos internos.

Entre los países suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos que reconocen la competencia de la Corte, Colombia tiene la particularidad del mecanismo de declaratoria de responsabilidad que se ejerce con el medio de control de reparación directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de juzgar la responsabilidad del Estado en el amplio marco de imputación del artículo 90 de la Carta Política, que establece la obligación de indemnizar a las personas cuando sufren un daño antijurídico. En este cabe cualquier tipo de responsabilidad por la vulneración de los derechos humanos consagrados internamente, en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional de los derechos humanos, donde ubicamos específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos, referencia y fuente normativa en ambas jurisdicciones.

Un argumento de defensa del Estado en los casos litigados ante la Corte²² ha sido que en nuestro ordenamiento jurídico existen mecanismos que en conjunto son adecuados para satisfacer las aspiraciones de reparación de las víctimas.

Dicha posición se evidenció desde el caso de las desapariciones de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana. Al dar respuesta a la demanda, el Estado interpuso, entre otras, la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos, para lo cual hizo alusión al recurso de hábeas corpus,

22 Hasta la fecha son quince los casos contenciosos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de Colombia, todos con sentencia adversa al Estado. Son en orden cronológico: *Caballero Delgado y Santana* (Sentencia de Excepción Preliminar de enero 21 de 1994, Sentencia de Fondo de diciembre 8 de 1995 y Sentencia de Reparaciones de enero 29 de 1997); *Palmeras* (Sentencia de Excepciones Preliminares de febrero 4 de 2000; Sentencia de Fondo de diciembre 6 de 2001 y de Reparaciones de noviembre 26 de 2002); *19 comerciantes* (Sentencia de Excepciones Preliminares de junio 12 de 2002 y de Fondo, Reparaciones y Costas de julio 5 de 2004); *Wilson Gutiérrez Soler* (12 de septiembre de 2005); *Mapiripán* (Sentencia de Excepciones Preliminares de marzo 7 de 2005 y de Fondo, Reparaciones y Costas del 15 de septiembre de 2005); *Pueblo Bello* (31 de enero de 2006); *Ituango* (julio primero de 2006); *La Rochela* (mayo 11 de 2007); *Germán Escué* (4 de julio de 2007); el caso del defensor de derechos humanos, *Jesús María Valle Jaramillo* (27 de noviembre de 2008); *Manuel Cepeda Vargas* (mayo 26 de 2010); *Vélez Restrepo y familiares* (3 de septiembre de 2012); *Masacre de Santo Domingo* (30 de noviembre de 2012); el caso de las *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica* (20 de noviembre de 2013) y finalmente el caso *Rodríguez Vera y otros o Desaparecidos del Palacio de Justicia* (14 de noviembre de 2014).

al proceso penal y a la acción contencioso-administrativa que en aquella época se concebía como meramente indemnizatoria.

La Corte, por su parte, reiteró la jurisprudencia sentada desde el caso *Velásquez Rodríguez*²³ en el sentido de entender que los recursos, además de tener un plazo razonable para su aplicación, deben cumplir otros requisitos²⁴:

63. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.

En el caso *Masacre de Mapiripán*²⁵, aunque se acreditaron ante la Corte algunas conciliaciones en materia contencioso-administrativa, el Tribunal las valoró de la siguiente manera:

214. La Corte estima que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima. En el presente caso, no obstante, la Corte valora algunos de los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso-administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial, los cuales tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes, a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.

Adicionalmente, la Corte valoró independientemente los resultados en las investigaciones disciplinarias y penales, de donde se deduce claramente que no acata la tesis del Estado con relación a la carga de las víctimas de agotar un conjunto diverso de mecanismos internos antes de acudir a su jurisdicción.

La Corte fijó los perjuicios materiales en equidad solo respecto a quienes el Tribunal contó con alguna prueba para tasar, ello sin perjuicio de que las demás víctimas y los familiares no individualizados en el proceso pudieran plantear los reclamos pertinentes ante las autoridades nacionales. Esto deja con vida

23 Sentencia de Fondo de julio 29 de 1988.

24 *Caballero Delgado y Santana*. Sentencia de Excepciones preliminares de enero 21 de 1994, párrafo 63.

25 Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de septiembre 15 de 2005, párrafo 214.

los procesos contenciosos iniciados con relación a la tasación de este tipo de perjuicio y permite que quienes no acudieron al contencioso lo puedan hacer.

Los perjuicios inmateriales fueron fijados a favor de las víctimas directas de muerte y desaparición y además a favor de sus familiares, algunos de los cuales habían conciliado sus pretensiones en el contencioso interno. Dado que la sentencia no lo dice explícitamente, el juez *ad hoc* Gustavo Zafra Roldán, en su voto concurrente y razonado afirmó que de la liquidación de las reparaciones hechas por la Corte Interamericana debe descontarse lo efectivamente reconocido y pagado por el Estado en los procesos contencioso-administrativos, disposición que se aplica igualmente a los perjuicios materiales.

Situación diferente se había presentado en la Sentencia de Fondo en el caso *Las Palmeras*²⁶, de forma errónea y equívoca en nuestro entender, la Corte renunció prácticamente a su labor y se limitó a establecer:

71. (1) Que la responsabilidad del Estado por la muerte de los señores Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, Wilian Hamilton Cerón Rojas y Edebraes Norberto Cerón Rojas, correspondiente a la violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, quedó establecida por las dos sentencias definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fechas 14 de diciembre de 1993 y 15 de enero de 1996.

Para motivar su decisión dijo la Corte²⁷:

34. En el presente caso, el Consejo de Estado de Colombia ha decidido en última instancia que el Estado es responsable por la muerte de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraes Norberto Cerón Rojas y Wilian Hamilton Cerón Rojas. Las sentencias que así lo deciden no han sido objetadas en este aspecto por las partes. Por lo tanto, la responsabilidad de Colombia quedó establecida en virtud del principio de cosa juzgada.

No obstante, la Corte declaró directamente la responsabilidad por la muerte de otra persona, N/N Moisés Ojeda y la responsabilidad por violación a las garantías judiciales y protección judicial de los familiares de todas las personas que perdieron su vida, y de Hernán Lezcano Jacanamijoy, de quien aunque no se probó la vulneración de su derecho a la vida, el Estado no comprobó que fuera

26 Sentencia de Fondo de diciembre 6 de 2001, párrafo 71.

27 Sentencia de Fondo, diciembre 6 de 2001, párrafo 34.

un subversivo. Ello porque estos asuntos no fueron discutidos en el contencioso interno; consecuentemente se fijaron sus reparaciones²⁸.

En el caso *Masacres de Ituango* el Estado insistió en la tesis del conjunto de recursos existentes, cuando no obstante haber aceptado de manera parcial su responsabilidad internacional por la violación a los derechos de las víctimas en las masacres de La Granja y El Aro, interpuso la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos, toda vez que algunos de los familiares de las víctimas no acudieron a la acción contencioso-administrativa para buscar la indemnización de sus perjuicios. Dicho planteamiento fue desechado, toda vez que en el criterio del Tribunal, cuando el Estado aceptó parcialmente su responsabilidad, hizo un desistimiento tácito de la excepción preliminar y aceptó plenamente la competencia de la Corte.

Sin embargo, al referirse a la jurisdicción contencioso-administrativa, la Corte manifestó²⁹:

337. Sin embargo, la Corte observa que las actas de conciliación suscritas no contienen una manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos como la vida y la integridad personal, entre otros, que están consignados en la Convención. De igual manera, no contiene aspectos relativos a la rehabilitación, la verdad, la justicia, el rescate de la memoria histórica, como tampoco medidas de garantía de no repetición.

338. Como lo ha señalado anteriormente, al evaluar la efectividad de los recursos internos llevados a cabo por la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte debe determinar si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a la impunidad, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.

En el caso *Masacre de Santo Domingo* la Corte dio plena valoración del contencioso-administrativo y dijo³⁰:

336. En atención a que los tribunales contenciosos han fijado reparaciones en este caso, con base en lo que las víctimas solicitaron e incluso conciliaron, de conformidad con el principio de complementariedad la Corte estima que no corresponde ordenar reparaciones pecuniarias adicionales, sea por daño

28 Sentencia de Reparaciones y Costas, noviembre 26 de 2002, párrafos 45 a 47. Llama la atención que este ha sido el único caso colombiano en el que no se fijó una indemnización para la víctima directa por la vulneración de su derecho a la vida.

29 Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas de julio 1 de 2006, párrafos 337 y 338.

30 Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de noviembre 30 de 2012, párrafo 336.

material o inmaterial, a favor de los familiares de las víctimas fallecidas, ni de las personas heridas en los hechos, que ya han sido indemnizados en el fuero interno.

De otra parte, con relación a las víctimas y sus familiares que no acudieron a la vía contencioso-administrativa, la Corte estimó que debían presentarse a reclamarlas internamente en un plazo de tres meses contados a partir de la notificación de la sentencia y que la decisión tomada por la Corte no afecta a aquellas víctimas no representadas por los peticionarios ante la Corte.

Vemos que en las sentencias de *Palmeras y Santo Domingo* se marcó una tendencia importante, pues consideró que el contencioso-administrativo suplió a cabalidad todas las indemnizaciones posibles por las vulneraciones a las normas de la Convención, lo que no había sucedido en otros casos en los cuales se habían fijado reparaciones aun cuando se hubiese hecho en el contencioso interno, con la salvedad de que se podía descontar lo pagado.

Mención especial merece el caso *Desaparecidos del Palacio de Justicia*³¹, en el cual la Corte declaró al Estado responsable por la violación de los derechos de libertad e integridad personales, a la vida, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a las garantías judiciales y protección judicial, a raíz de la desaparición forzada, la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, la ejecución extrajudicial y falta de determinación del paradero de algunas de las víctimas de la retoma del Palacio en 1985.

El Estado alegó que no se debían decretar compensaciones adicionales para las personas que ya habían obtenido reparaciones económicas en el contencioso-administrativo interno y solicitó que, frente a las que no habían acudido a dicho mecanismo, la Corte se abstuviera de fijarlas y exhortara a las víctimas a pedirlas internamente como en el caso *Masacre de Santo Domingo*; sin embargo, la Corte determinó³²:

590. En el presente caso, las indemnizaciones otorgadas por la jurisdicción contenciosa administrativa no son el resultado de una conciliación entre el Estado y las víctimas, no abarcan a la mayoría de las víctimas y no reparan las violaciones principales encontradas en esta Sentencia. Las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, en relación con las víctimas del presente caso, motivan el pago de las indemnizaciones otorgadas en la “falla en el servicio” ocasionada por suprimir la vigilancia necesaria en el Palacio de Justicia y por la forma “atropellada, imprudente e improvidente

31 Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de noviembre 14 de 2014.

32 Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de noviembre 14 de 2014, párrafo 590.

con que las Fuerzas Armadas reprimieron la toma". Sin embargo, salvo en el caso de Irma Franco Pineda, en ninguna de las decisiones emitidas se reconoció o condenó al Estado por su responsabilidad en las desapariciones forzadas de las víctimas, ni por las demás violaciones determinadas en esta Sentencia. Del mismo modo, las víctimas tampoco han obtenido una reparación por el tiempo transcurrido y la ausencia de una investigación efectiva de los hechos.

En este orden de ideas, la Corte ordenó indemnizaciones complementarias bajo el entendido de que el Estado podía descontar lo ya pagado por los mismos conceptos, y en caso de que las indemnizaciones otorgadas a nivel interno resultaran mayores, no podrá solicitar la devolución de dicha diferencia a las víctimas.

La Corte ordenó indemnizar los perjuicios inmateriales a las víctimas directas de desaparición forzada con US\$ 100.000 y a sus familiares con sumas que van desde US\$ 80.000 para padres, cónyuges e hijos, hasta US\$ 40.000 para los hermanos; de igual forma, fijó en equidad indemnizaciones para las víctimas de tortura y trato cruel, inhumano y degradante como a sus familiares y adicionalmente a dos víctimas y a sus familiares por la falta de investigación de los hechos.

Con relación a los perjuicios materiales en favor de algunas víctimas y sus familiares se diferenciaron tres escenarios: (1) quienes recibieron indemnización por este concepto a raíz de sus demandas internas; (2) quienes demandaron internamente, pero no se ha tomado decisión de fondo; (3) quienes no acudieron al contencioso-administrativo interno.

En el primer caso se consideró que la reparación fijada para los familiares de las víctimas era razonable y ajustada a los estándares de la Corte, en tal medida se respetó dicha decisión; en el segundo caso se exhortó al Estado para agilizar las decisiones que ordenaran la reparación del perjuicio material pertinente; y en el tercer caso, se fijaron en equidad las reparaciones por perjuicios materiales, inclusive para una de las víctimas de desaparición, Irma Franco, integrante del M-19 que desarrollaba una actividad ilícita. Hay que aclarar que la reparación económica se ordenó no para sus familiares, sino directamente para las víctimas de desaparición, al igual que para las de tortura y trato cruel e inhumano.

Independientemente de la falta de criterios objetivos de la Corte al momento de fijar las reparaciones, y que sería tema de otro trabajo³³, vemos que el Estado ha planteado que el recurso contencioso-administrativo debe ser agotado obligatoriamente.

33 En efecto, no puede soslayarse que la falta de un criterio unificado de la Corte para la determinación de los perjuicios en favor de las víctimas nos conduce de la equidad a la arbitrariedad. No se entiende cómo en el caso de Pueblo Bello, en el que se presentó el saqueo y quema de viviendas, el asesinato de seis personas y la desaparición de otras treinta y siete, la Corte haya determinado como indemnización por concepto de

riamente como parte del conjunto de recursos existentes, pero además ha venido sosteniendo que este tiene la potencialidad de suplir la jurisdicción internacional, dado que además de las indemnizaciones puede ordenar medidas de reparación de tipo simbólico, medidas de satisfacción y garantías de no repetición.

En el caso *Jesús María Valle*, el Consejero de Estado Alier Eduardo Hernández, perito propuesto por el Estado, dijo en audiencia pública³⁴:

El Consejo de Estado está distinguiendo dos eventos de responsabilidad del Estado, uno general, aplicable a todos los casos de resarcimiento cualquiera sea el daño y cualquiera sea su causa y en esos evento basta, dice el Consejo de Estado, que haya una indemnización pecuniaria del daño, entendiendo que la lesión a cada derecho genera un daño, para entender que ha tenido eficacia el principio de la reparación integral, en cambio cuando se trata de violaciones a los derechos humanos hace algunas precisiones, pues se trata de un circunstancia especial de responsabilidad. Lo primero es que señala que toda violación de los derecho humanos genera obligación de reparar, y eso está significando que toda violación constituye un daño antijurídico en el entendimiento del artículo 90 de la Constitución y que por consiguiente se cumple ese requisito de la reparación, porque toda violación constituye un daño indemnizable. En segundo lugar ha dicho, que en estos eventos de violaciones de los derechos humanos, se ha de buscar la reparación in natura con el propósito dejar a la víctima en el mismo estado que tenía antes de ocurrir el daño, pero que de no ser posible, se debe acudir a medidas alternas, de cuales destaca las medidas de indemnización, la rehabilitaron, la satisfacción, las medidas de no repetición y el restablecimiento simbólico, todo esto dentro de su competencia, que para jurisdicción de lo contencioso-administrativo está determinado por las peticiones de la demanda que han presentado las victimas en el proceso y por las competencias que en la organización interna tengan otras autoridades.

Esto prefijó el desarrollo posterior del Consejo de Estado, que como ya vimos, prácticamente ha asimilado totalmente las medidas de reparación que desarrolló la Corte.

perjuicios inmatemariales para los hermanos de las víctimas la cantidad irrisoria de US\$ 500, para los padres e hijos, compañeros permanentes o esposos, la cantidad de US\$ 8.000, y US\$ 30.000 para las víctimas directas como indemnización de perjuicios morales, mientras en el caso Mapiripán, en el cual el Estado aceptó los cargos de la demanda de la Comisión y cuyos hechos fueron relativamente similares a los de Pueblo Bello, se determinó como indemnización por perjuicio inmaterial la cantidad de US\$ 50.000 para padres, hijos y esposos o compañeros, US\$ 8.000 para los hermanos y con relación al perjuicio material determinó sumas que van desde US\$ 60.000 hasta US\$ 350.000. Ni qué decir si tomamos como punto de referencia el caso del Palacio de Justicia, arriba mencionado.

34 Peritaje rendido en las audiencias del 6 y 7 de febrero de 2008 en la Sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aunque la Corte no tiene una posición consistente respecto a la valoración del contencioso en el sistema, parece ser que está abonado el terreno para sostener que este es un mecanismo idóneo para satisfacer las aspiraciones de reparación de las víctimas; ello se sabrá solo cuando llegue a conocimiento de la Corte un caso en el que el Consejo de Estado haya fallado ordenando no solo las reparaciones económicas sino todas las medidas de justicia restaurativa. Sin embargo, veremos que son muchos los inconvenientes que se generan al sostener esta posición.

C. Jurisdicciones similares mas no iguales

Quisiera empezar este acápite con las reflexiones realizadas por los jueces Antônio Augusto Cançado Trindade y Máximo Pacheco Gómez a la Sentencia de Fondo de 6 de diciembre de 2001 en el caso *Las Palmeras*:

4. En principio, la res judicata en derecho interno no es vinculante para un tribunal internacional como la Corte Interamericana. Cabe a esta última determinar motu proprio la responsabilidad del Estado Parte por violación de la Convención Americana, un tratado internacional. La Corte no puede abdicar de proceder a esta determinación, ni siquiera en la hipótesis en que la decisión de un tribunal nacional sea enteramente coincidente con la suya en cuanto al fondo. De otro modo, esto conduciría a un total relativismo jurídico, ilustrado por la “convalidación” de una decisión de un tribunal nacional cuando es considerada conforme a la Convención, o la determinación de que no genera, o no debe generar, efectos jurídicos [...].

A raíz de dicha afirmación es posible hacernos esta reflexión: Es totalmente posible que la Corte determine la responsabilidad internacional del Estado aun cuando exista una sentencia en firme del contencioso administrativo declarando la no responsabilidad del Estado, pero ¿Sería posible que un juez contencioso colombiano declarase la responsabilidad del Estado cuando una sentencia de la Corte haya dicho que no la hubo?

En efecto, la asimilación de las jurisdicciones internacional y contencioso-administrativa puede tener riesgos aún no sopesados. En primer lugar, vemos que el Consejo de Estado ha asumido medidas de reparación que tradicionalmente han sido ajenas a su competencia y en ocasiones de una forma un tanto irreflexiva, por lo que las mismas pueden perder su eficacia y su contenido simbólico; en segundo lugar, porque aún no existen mecanismos idóneos para darles un carácter realmente vinculante³⁵.

³⁵ No podemos soslayar que el segundo problema también podría predicarse de las sentencias de la Corte Interamericana, frente a las cuales el Estado constantemente opone obstáculos de derecho interno para su

Por ejemplo, en la sentencia del 28 de enero de 2009³⁶, la Corporación conoció sobre la detención arbitraria de dos personas por la Policía Nacional, su tortura y el posterior asesinato de uno de ellos en marzo de 2002 en el municipio de Saravena (Arauca); el Consejo de Estado condenó a la nación al pago de una indemnización para los familiares de la víctima fallecida y además ordenó que se presentaran disculpas públicas en una ceremonia que contara con la presencia de las personas afectadas. De otra parte, ordenó al Comando de Policía de la localidad que, por intermedio de su personal asignado, implementara un programa de promoción a los derechos de las personas mediante charlas en diversos barrios y centros educativos de dicha localidad. Finalmente dispuso la publicación de la sentencia durante seis meses, mediante su fijación en la estación de policía.

Las dudas frente a este tipo de decisiones surgen cuando empezamos a escudriñar en los verdaderos mecanismos que existen para la exigibilidad de dichas conductas, en la participación de las víctimas en los actos de desagravio y en el valor simbólico que tienen este tipo de sentencias.

En caso de incumplimiento de la sentencia sería, por lo menos, extraño acudir al proceso ejecutivo por obligación de hacer que trae el Código de Procedimiento Civil colombiano, el cual en su artículo 488 determina la característica de los títulos ejecutivos, que son claridad, exigibilidad y que consten de manera expresa en un documento, en este caso la sentencia. Sin embargo, surgen los siguientes interrogantes: ¿Las disculpas por los hechos las puede pedir el Comandante de Estación de Policía? ¿Quién evalúa y cómo lo hace, la calidad de la capacitación en derechos humanos que imparten los guardias de estación y su idoneidad para hacerlo? ¿Por cuánto tiempo debe darse la capacitación para que se considere cumplida la sentencia? ¿Pueden eliminarse apartes de la sentencia para salvaguardar la seguridad de los demandantes?

El cumplimiento de este tipo de medidas solamente se logra mediante mecanismos de concertación entre las partes, del cual está muy lejos la filosofía que inspira nuestro procedimiento civil, asunto que nos lleva a un segundo punto,

cumplimiento; verbigracia, en los casos *Ituango* y *Pueblo Bello* la Corte determinó que el Estado debía realizar un programa habitacional para proveer de vivienda digna a las personas que la perdieron; sin embargo, la respuesta por parte del Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial, entidad encargada de cumplir esta medida específica, fue que solamente podían otorgar subsidios de vivienda, previa postulación de los beneficiarios y por lo tanto no se podía avanzar en dicha medida. Finalmente, en el caso *Ituango*, las víctimas accedieron a que se buscara un mecanismo alternativo, el pago de una suma de dinero, mientras que en el caso Pueblo Bello la medida aún está pendiente de cumplimiento. Adicionalmente, no existe un marco normativo que permita hacer cumplir las medidas no pecuniarias, por lo que se ha acudido a la acción de tutela; sin embargo, este tipo de medidas implican un marco de concertación mínimo. También se han tomado las medidas de reparación como si fuesen independientes, cuando deben tomarse como un todo con una finalidad. No se entiende cómo se quiere avanzar, en la mayoría de los casos, en los actos de petición de disculpas y placas conmemorativas, sin tomar medidas serias para avanzar en el tema principal, la sanción penal a los responsables.

36 Expediente 30340 (R-200300158-01), M.P. Enrique Gil Botero.

la participación de las víctimas en el cumplimiento del fallo, pues ¿cómo podría declararse cumplida o no una medida de este carácter sin hacer una evaluación del impacto y el resultado para estas?, en caso de desacuerdo en el cumplimiento, ¿cómo podría el juez de ejecución recomponerlo?, ¿qué pasa si el comandante de turno encargado de cumplir la medida de reparación está implicado en otras violaciones a los derechos humanos? Son en verdad muchos los interrogantes que surgen de este tipo de situaciones.

Adicionalmente, algunas decisiones han tratado de ir más allá, como podemos ver en la sentencia de octubre 20 de 2014³⁷, en la cual el Estado fue condenado por las fallas en el servicio que ocasionaron la muerte de sus soldados en manos de las FARC en la toma guerrillera al cerro de Patascoy, el 21 de diciembre de 1997. Como medidas de reparación, además de las indemnizaciones, se dispuso: (1) Un acto público de reconocimiento de responsabilidad y petición de disculpas de parte del Ministro de Defensa y del Comandante de las Fuerzas Militares. (2) Se ordenó a la Fiscalía General de la Nación reabrir o iniciar las investigaciones contra miembros de las FARC por la violación al DIH. (3) Se exhortó a la Defensoría del Pueblo para que pusiera en conocimiento público las investigaciones realizadas por violación al DIH con ocasión de la toma de Patascoy. (4) Remitir la sentencia al centro de memoria histórica. (5) La publicación de la sentencia en todos los medios del Ministerio de Defensa. (6) Se exhortó al Ministerio de Defensa para que tomara nota de todas las fallas tácticas para que en el futuro no se volvieran a repetir. (7) Finalmente, se exhortó al Estado colombiano para que eleve a instancias internacionales el caso, en el evento de no ser eficaces los recursos internos.

Frente a lo anterior cabe preguntarse ¿qué fuerza vinculante tienen medidas como las ordenadas a la Fiscalía o a la Defensoría del Pueblo? Consideramos que absolutamente ninguna.

El doctor Rodrigo Uprimny Yepes, perito solicitado por los peticionarios en el caso *Masacres de Ituango*, ya se había ocupado de puntualizar algunas limitaciones del contencioso-administrativo³⁸:

En el caso colombiano, la jurisdicción contenciosa no puede ordenar reabrir una investigación penal o disciplinaria, no puede establecer excepciones al principio de cosa juzgada, y en general, es muy poca o nula su capacidad para ser en sí una forma de reparación con contenido simbólico suficiente, más cuando en la mayoría de los casos en los que se juzga la responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos, los funcionarios responsables de dichos actos quedan totalmente impunes, pues en muchísimas

37 Proceso 52001 2331 000 1998 00352 01 (31250), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

38 Audiencia pública de septiembre 23 de 2005. El objeto de la experticia versó sobre “La naturaleza jurídica, reglamentación, alcances y limitaciones del proceso contencioso administrativo en Colombia”.

ocasiones los procesos penales son acogidos en la Justicia Penal Militar, la cual ni siquiera ordena abrir formalmente una investigación.

Consideramos que medidas como las arriba enunciadas no pueden ser decretadas por la jurisdicción contenciosa, pues la distribución de competencias que traen la Constitución y las leyes internas implica barreras que son prácticamente insalvables. De otra parte, el máximo órgano contencioso-administrativo no es superior jerárquico ni funcional de esas otras instituciones, y mucho menos es procedente dar órdenes cuando no fueron citadas al proceso. Caso diferente se presenta cuando la medida de reparación proviene de una jurisdicción internacional que compromete la responsabilidad del Estado en su conjunto, pues en virtud de artículo 93 de la Carta Política le asiste una mayor jerarquía normativa su mandato. Es por ello que la Corte puede ordenar remover obstáculos de derecho interno para que se cumplan sus sentencias o puede considerar excepciones al principio de cosa juzgada.

Evidentemente ha habido un profuso desarrollo de la jurisprudencia nacional y de la legislación desde el peritaje que el doctor Uprimny rindió ante la Corte, pero consideramos que subsisten elementos de juicio para compartir todavía muchas de sus apreciaciones.

Hasta ahora hemos visto cómo valora la Corte el contencioso interno; ahora veamos cómo valora el contencioso interno las decisiones de la Corte.

III. COSA JUZGADA INTERNACIONAL

128

A. El caso Ituango, un absurdo para no repetir

La situación actual de cruce entre las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa y las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace que se presente una coyuntura en la cual las víctimas pueden verse perjudicadas si no se atiende una adecuada hermenéutica del tema.

En el caso *Masacres de Ituango*, el Consejo de Estado, de manera errada en nuestro concepto, declaró la cosa juzgada internacional para algunos familiares de dos de las víctimas de la masacre de El Aro, cercenado de cantera sus derechos a la reparación económica³⁹.

39 Hay que aclarar que ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el caso *Masacres de Ituango* comprende dos hechos que fueron acumulados: (1) la masacre de la Granja en junio de 1996, en la cual fueron asesinadas cuatro personas; (2) la masacre de El Aro, en la cual fueron asesinadas quince personas y se presentó el saqueo e incendio del pueblo.

En efecto, los familiares de las víctimas demandaron el pago de los perjuicios materiales y morales por la muerte de estas personas ante la jurisdicción interna; cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expidió las recomendaciones pertinentes conforme a los artículo 50 y 51 de la Convención y decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte, el Ministerio de Defensa decidió conciliar las demandas administrativas que se seguían en su contra y que estaban en trámite de primera instancia, reconociendo el ciento por ciento de las indemnizaciones que la jurisprudencia nacional aceptaba por perjuicios morales y materiales.

Solo dos casos acumulados estaban surtiendo trámite de segunda instancia ante el Consejo de Estado, dado que habían sido negados por el Tribunal Administrativo de Antioquia en primera instancia. Precisamente en este proceso la conciliación solo se pudo realizar el 1º de junio de 2006, un año y medio después de las realizadas en los otros procesos. Obviamente, los términos y motivaciones eran idénticos a los referidos para los familiares de las demás víctimas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos falló el caso *Masacres de Ituango vs. Colombia* el 1º de julio de 2006, es decir, un mes después de realizada la conciliación.

Con fundamento en el fallo de la Corte, el Consejo de Estado improbó la conciliación el 16 de mayo de 2007, y procedió a fallar el proceso administrativo en octubre 19 de 2007⁴⁰. Este fallo declaró que había operado para los demandantes el fenómeno de la cosa juzgada internacional y que solamente podrían acudir a las reparaciones ordenadas por la Corte, salvo uno de los demandantes, hermano de la víctima, que no acudió al organismo internacional, frente al cual se ordenó el pago de los perjuicios morales de acuerdo a los criterios internos.

Esta situación mirada en abstracto es, en principio, coherente, pero confluyeron elementos que hicieron que se convirtiera en un caso de denegación de justicia. El primero de ellos, la sentencia no tuvo en cuenta que la Corte condenó al Estado al pago de perjuicios inmateriales en cuantía equivalente a US\$ 10.000 para los padres, hijos y compañeras de las víctimas directas y a US\$ 1.500 para los hermanos, sumas muy inferiores a las que la jurisprudencia nacional ha reconocido en materia de perjuicios morales para estas personas, esto es aproximadamente el 50% en el primer caso y el 20% en el segundo.

En otras palabras, la persona que no acudió a la justicia internacional quedó en la misma situación de quienes conciliaron internamente, esto es, recibió como indemnización cinco veces más que sus hermanos, quienes acudieron a la justicia internacional.

40 Nos referimos al proceso 050012331000199802290 01 (29273), M.P. Enrique Gil Botero.

El hecho de haber sido exitosos ante la justicia internacional, ante la cual, además de otros varios derechos, se declararon vulnerados a los familiares de las víctimas los contemplados en los artículos 8 y 25 de la Convención, garantías judiciales y protección judicial, hace que no puedan acceder a la indemnización plena de sus perjuicios, precisamente cuando eran las únicas familias que al momento de proferirse el fallo de la Corte, por temas de morosidad judicial, no habían recibido indemnización alguna.

Al declarar la cosa juzgada internacional, el Consejo de Estado desconoció el espíritu del fallo de la Corte, pues esta sentó las bases para que no hubiese víctimas de primera clase y de segunda clase⁴¹:

376. Respecto de los acuerdos conciliatorios presentados como prueba ante este Tribunal que ya hayan sido resueltos en los procesos contenciosos administrativos (supra párr. 125.101), la Corte recuerda el principio que establece que las indemnizaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores. [...] Toda vez que el Tribunal no cuenta con prueba del pago efectivo de los montos otorgados a nivel interno en la jurisdicción contencioso administrativa en relación con los hechos de la masacre de El Aro, la Corte procederá a ordenar reparaciones por concepto de daño material e inmaterial a las víctimas del presente caso que vivían en dicho corregimiento. Lo anterior, sin perjuicio de que el Estado pueda descontar las cantidades otorgadas a nivel interno al momento de la liquidación de las reparaciones ordenadas por la Corte. En caso de que las reparaciones otorgadas en los procesos contencioso administrativos sean mayores que las ordenadas por este Tribunal en esta Sentencia, el Estado no podrá descontar dicha diferencia a la víctima.

377. Respecto de procesos de reparación directa incoados por las víctimas del presente caso o sus familiares que se encontraran pendientes ante la jurisdicción contencioso-administrativa colombiana, la Corte fija en esta Sentencia las reparaciones pertinentes, independientemente de su estado actual. Al momento en que, en su caso, el Estado haga efectivo el pago de las mismas, deberá comunicarlo a los tribunales que estén conociendo dichos procesos para que resuelvan lo conducente. (Énfasis fuera de texto)

Consideramos que lo conducente para el Consejo de Estado era tomar una decisión que no implicara clasificación en víctimas de primera clase y víctimas de segunda clase y que no vulnerara sus derechos a la reparación integral y a la igualdad. Por lo tanto, el juez contencioso debió condenar al Estado colombiano al pago pleno de los perjuicios morales y materiales de acuerdo a los criterios internos y ordenar

41 Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de julio 1 de 2006, párrafos 376 y 377.

el descuento del pago ordenado por la Corte Interamericana, de esta forma todas las víctimas hubieran recibido el mismo tratamiento en materia indemnizatoria.

Esta situación se ha presentado en otros casos ya mencionados en los que se conciliaron las pretensiones ante el contencioso y posteriormente la Corte fijó las indemnizaciones para quienes no acudieron al recurso interno; ello, reiteramos, es cuestionable porque se fijan las indemnizaciones en equidad sin que hayan desarrollado realmente criterios objetivos de cuantificación del perjuicio.

B. Derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento forzado en las sentencias de la Corte

Indudablemente hay algunas decisiones que nos cuestionan sobre el estándar de reparación que viene adoptando la Corte para las víctimas de desplazamiento forzado en el caso colombiano; por ello analizaremos algunos casos específicos.

En el caso del defensor de derechos humanos *Jesús María Valle Jaramillo*⁴², la Corte avaló el reconocimiento de responsabilidad del Estado por el desplazamiento de cinco personas, una de ellas testigo del asesinato del señor Valle, quien tuvo que exiliarse del país con su familia por dicha circunstancia. En este caso fijó indemnizaciones para las personas que fueron víctimas de desplazamiento y de violación de sus garantías y protección judiciales.

En el caso *Manuel Cepeda Vargas*⁴³ también hubo un pronunciamiento de la Corte con relación a los familiares que se vieron obligados a exiliarse debido a la muerte del senador; acorde a ello, se determinaron reparaciones económicas para las víctimas por el hecho del desplazamiento, no obstante ya habían sido indemnizadas internamente por el contencioso-administrativo por la muerte del senador Cepeda. La Corte consideró que internamente no se tuvieron en cuenta violaciones de otras normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, dentro de las cuales está el artículo 22 (derecho de circulación y residencia).

42 Sentencia de Fondo, Reparaciones Costas de noviembre 27 de 2008, párrafos 144, 224, 225 y 252 numerales 4, 18 y 20. La Corte declaró probado que el 27 de febrero de 1998 hombres armados ingresaron a la oficina de este defensor de derechos humanos, ubicada en la ciudad de Medellín, procedieron a inmovilizarlo y posteriormente lo asesinan delante de su hermana y un amigo. Ello se debió a las denuncias públicas sobre los crímenes perpetrados en el municipio de Ituango por grupos paramilitares en connivencia con miembros de la Fuerza Pública.

43 Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de mayo 26 de 2010, párrafos 250, 252 y 253. El Senador Manuel Cepeda Vargas, miembro de la Unión Patriótica, fue asesinado el 9 de agosto de 1994.

En el caso del periodista *Luis Gonzalo Vélez Restrepo y su familia*⁴⁴, la Corte declaró la responsabilidad del Estado por la violación a los derechos de circulación y residencia, y acorde a ello ordenó reparaciones económicas en equidad, tomando en cuenta el hecho del exilio y además ordenó que se tomaran las medidas necesarias para el retorno de la familia en caso de ser esta su decisión.

Esto contrasta con las decisiones tomadas en los casos de desplazamientos masivos, como sucedió en *Mapiripán, Masacres de Ituango y Operación Génesis*, en las cuales no se ordenaron indemnizaciones para las víctimas directas.

En el caso *Mapiripán*⁴⁵, la Corte consideró como parte lesionada por el hecho del desplazamiento a los familiares de las cuarenta y nueve víctimas de muerte y desaparición; sin embargo, restringió los efectos de la sentencia a las pocas personas identificadas en el transcurso del proceso. Como medida de reparación se ordenó brindar las condiciones de seguridad para el retorno y se fijaron indemnizaciones en equidad para estas personas, no de manera autónoma por el desplazamiento, sino en relación con todas las violaciones ocurridas en el caso.

Llama la atención que los perjuicios inmateriales se fijaron en equidad para las personas identificadas en el trámite del proceso y para quienes se presentaran dentro de los veinticuatro meses siguientes y acreditaran su parentesco con las víctimas directas de la masacre, quienes también fueron beneficiarias de este tipo de indemnización. En cuanto al perjuicio material, la Corte solo lo determinó respecto de quienes obró prueba del mismo, sin perjuicio de que las demás víctimas pudieran acudir a las reclamaciones internas.

En nuestro concepto, y aunque la sentencia no es muy clara respecto a las víctimas de desplazamiento, queda abierta para estas personas la vía contencioso-administrativa para reclamar sus perjuicios materiales e inmateriales, salvo si fueron beneficiarias de las indemnizaciones fijadas por la Corte.

44 Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de septiembre 3 de 2012. Párrafos 219-224, 302 y 317. Esta persona sufrió maltratos físicos, amenazas de muerte y exilio con su familia por haber cubierto y grabado como periodista los excesos de la fuerza pública en las marchas cocaleras en el municipio de Morelía (Caquetá) en 1996.

45 Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de septiembre 15 de 2005, párrafos 185, 247 y 267. El 12 de julio de 1997, aproximadamente cien miembros de las AUC, procedentes de los municipios de Necoclí y Apartadó- Antioquia, aterrizaron con la aquiescencia del Ejército Nacional en el aeropuerto de San José de Guaviare. En el camino se les unieron paramilitares de Casanare y Meta y desde allí, por vía fluvial, pasando por puestos de control de la Brigada Móvil II y la Infantería de Marina, continuaron su recorrido hasta Mapiripán, donde asesinaron y desaparecieron aproximadamente a cuarenta y nueve personas.

Con relación a las víctimas de desplazamiento en el caso *Masacres de Ituango*⁴⁶, la Corte diferenció entre perjuicios materiales e inmateriales y dijo respecto a los primeros lo siguiente:

375. Asimismo, no se cuenta con documentos idóneos en relación con el valor de las viviendas perdidas por algunas víctimas. Como ya ha sido señalado, la mayoría de las víctimas tuvieron que desplazarse luego de que sus propiedades, así como las oficinas de registros civiles, fueran destruidas por los paramilitares, por lo que es comprensible el hecho de que no cuenten con los comprobantes debidos. En razón de lo anterior, el Tribunal no determinará una indemnización por concepto de daño material a favor de las personas que perdieron sus viviendas y aquellas que fueron desplazadas, toda vez que dicho daño será reparado a través de otras formas de reparación no pecuniarias (infra párrs. 404 y 407). (Énfasis fuera de texto)

En consecuencia, ordenó brindar condiciones de seguridad para el retorno de las personas desplazadas y un programa de vivienda para quienes la perdieron en El Aro.

En cuanto a la reparación del daño inmaterial para las personas relacionadas en el anexo IV, dijo la Corte:

397. El Tribunal no determinará una indemnización por concepto de daño inmaterial a favor de las personas que solamente fueron desplazadas de la Granja y El Aro, contenidas en el Anexo IV de la presente Sentencia, toda vez que la Corte considera pertinente otorgar una reparación de carácter colectivo, la cual se analizará en el presente capítulo. (Énfasis fuera de texto)

Se ordenaron entonces las siguientes medidas de carácter colectivo: (1) investigar y sancionar a los responsables de los hechos; (2) brindar gratuitamente, por medio de los servicios nacionales de salud, el tratamiento psicológico adecuado; (3) elaboración de una placa conmemorativa; (4) petición pública de perdón; (5) educación en derechos humanos a los miembros de la Fuerza Pública; y (6) publicación de la parte pertinente de la sentencia.

Llama la atención la medida de reparación consistente en brindar condiciones de seguridad para el retorno:

46 Sentencia de excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas de julio 1 de 2006, párrafo 426 numeral 8. Se refiere en este a las 702 personas señaladas en el anexo IV del fallo de la Corte. Este caso llegó a conocimiento de la Corte porque el primero de junio de 1996 fueron asesinadas por un grupo paramilitar cuatro personas en el corregimiento La Granja, perteneciente al municipio antioqueño de Ituango, caso que fue acumulado con la masacre de El Aro, en la cual fueron asesinadas diecisiete personas, incendiado el corregimiento, se dio el secuestro de varios campesinos los cuales fueron obligados a arrear ganado hurtado a todos los pobladores de la región; todo esto con la complicidad de miembros del Ejército Nacional.

404. La Corte es consciente de que algunos miembros de Ituango no desean regresar a los corregimientos de La Granja y El Aro debido a que tienen temor de seguir siendo amenazados por los paramilitares. Es posible que esta situación no cambie hasta que se complete una investigación y un proceso judicial efectivos, que tengan como resultado el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables. En el momento en que los ex habitantes, que no lo han hecho aún, decidan regresar a Ituango, el Estado deberá garantizarles su seguridad, lo cual deberá incluir la supervisión de las condiciones prevaleciente en la forma y término que permitan garantizar dicha seguridad. Si no existieran estas condiciones el Estado deberá disponer de los recursos necesarios y suficientes para procurar que las víctimas de desplazamiento forzado puedan reasentarse en condiciones similares a las que se encontraban antes de los hechos en el lugar que ellas libre y voluntariamente indiquen.

Es importante señalar que esta medida es *sui generis*, pues debemos examinar si se cumplieron o no las condiciones de retorno, y en caso negativo, establecer en qué consisten las condiciones de reasentamiento, más si se tiene en cuenta que según la Resolución de Cumplimiento del 21 de mayo de 2013, la Corte dispuso mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de la sentencia, relativo a varios puntos, entre ellos

a. Llevar adelante las diligencias necesarias para proveer justicia en el caso [...].

c. Realizar las acciones necesarias para garantizar las condiciones de seguridad para que los ex habitantes de los corregimientos de El Aro y La Granja que se hayan visto desplazados puedan regresar a El Aro o La Granja, según sea el caso y si así lo desearan [...].

Para ello tuvo en cuenta que aunque hay esfuerzos del Estado para que las víctimas sean identificadas y accedan al Sistema de Atención a Población Desplazada, también hay pocos resultados obtenidos para garantizar condiciones de vida digna a todas las personas desplazadas, quienes tuvieron que interponer acciones de tutela para hacer valer sus derechos. Dijo la Corte:

Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional. En consecuencia, y aún más considerando el tiempo transcurrido desde que fue dictada la Sentencia y las necesidades de los beneficiarios de esta medida de reparación, el Estado

debió haber adoptado las medidas, adecuaciones legales e interpretaciones necesarias para dar efectivo cumplimiento a lo ordenado, sin necesidad de tráves administrativas y sin necesidad de recurrir a la justicia.

Como conclusión a este punto tenemos que, en efecto, la Corte: (i) estableció que su sentencia se refiere solo a las 702 personas identificadas en el trámite del proceso; (ii) determinó como medida de reparación que el Estado debería proveer las condiciones de seguridad para el retorno para quienes deseen regresar o condiciones de estabilización socioeconómica para quienes no deseen hacerlo; (iii) no determinó indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales o inmateriales; y (iv) declaró que el Estado aún no ha cumplido con la medida de reparación para las personas desplazadas.

Una lectura desprevenida nos haría pensar que en el caso *Ituango* se negó la indemnización a las víctimas de desplazamiento forzado; sin embargo, como veremos más adelante, ello no es así.

En el caso de *Comunidades afrodescendientes del Río Cacarica*⁴⁷ la situación es muy diferente a los casos anteriores, porque dijo la Corte:

475. La Corte dispone que el Estado colombiano garantice que todas las personas que hayan sido reconocidas como víctimas en esta Sentencia (supra párrs. 431) tengan acceso prioritario a las referidas indemnizaciones administrativas, y se proceda cuanto antes al pago de las mismas, independientemente de los plazos que la legislación interna haya contemplado para ello, evitando obstáculos de cualquier índole. Lo anterior debe ejecutarse en un término no superior a un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.

También dispuso:

486. [...].

17. El Estado debe garantizar que las condiciones de los territorios que se restituyan a las víctimas del presente caso, así como del lugar donde habitan actualmente, sean adecuadas para la seguridad y vida digna tanto de quienes ya han regresado como de quienes aún no lo han hecho, de conformidad con lo establecido en los párrafos 460 y 461 de esta Sentencia.

⁴⁷ Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 20 de noviembre de 2013. La Operación Génesis fue realizada entre el 24 y el 27 de febrero de 1997 por la Fuerza Aérea, junto con tropas de la Brigada XVII del Ejército Nacional, en zona cercana a los territorios de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica, departamento del Chocó, lo que dio como resultado la muerte de Marino López Mena y el desplazamiento forzado de cientos de personas, miembros de las comunidades afrodescendientes que habitaban en las márgenes del río Cacarica.

En este caso, los escenarios de justicia transicional y los programas administrativos de reparación constituyen una forma suficiente de satisfacer el derecho a la reparación para las víctimas de desplazamiento forzado.

Consideramos errado que la Corte plantea que medidas de este tipo son suficientes para reparar a las víctimas de desplazamiento forzado en casos de violaciones masivas, puesto que ello desdice de la imputación de responsabilidad al Estado y del carácter diferenciador de la sentencia.

En efecto, no tiene mucho sentido que la Corte declare que el Estado ha incumplido sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos y al momento de fijar las indemnizaciones afirme que debe acudirse a los mecanismos administrativos internos, en este caso, la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, la cual parte precisamente de reconocer la reparación de manera subsidiaria y solidaria, esto es, sin reconocimiento de la responsabilidad del Estado por dichos actos.

Las víctimas de desplazamiento pueden acudir directamente a la reparación administrativa, aunque no existiera la sentencia de la Corte, la cual se otorga en las mismas cuantías para todas independientemente de que la infracción a las normas de Derecho Internacional Humanitario con ocasión del conflicto armado interno haya sido ocasionada por grupos subversivos, paramilitares o sean imputables al Estado.

La situación más clara para las víctimas la observamos en el caso *Pueblo Bello*⁴⁸ donde se presentó el desplazamiento no solo de los familiares de las cuarenta y tres víctimas de desaparición y homicidio identificadas en el trámite del proceso, sino de un sinnúmero de pobladores.

Sin embargo, al no ser el hecho del desplazamiento alegado en la demanda de la Comisión, la Corte Consideró que no podía pronunciarse al respecto en aras de preservar el debido proceso⁴⁹. Por ello sería perfectamente viable que estas víctimas acudieran al contencioso-administrativo para pedir la indemnización por los daños materiales e inmateriales a ellos ocasionados.

48 Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de enero 31 de 2006. En enero de 1990, treinta hombres de las AUC provenientes de la Finca Las Tangas, propiedad de Carlos Castaño, ubicada en Valencia (Córdoba), desaparecieron a treinta y siete personas y asesinaron a seis más en Pueblo Bello, localidad perteneciente al Urabá antioqueño. Esto bajo la sindicación de ser colaboradores de la guerrilla. Al huir del sitio los paramilitares pasaron por un retén militar sin que las autoridades hicieran nada para detenerlos.

49 En efecto, el párrafo 225 de la Sentencia de enero 31 de 2006 se refiere a este aspecto meramente procesal.

Situación similar se puede predicar del caso *Masacre de Santo Domingo*⁵⁰, dado que la Corte se abstuvo de fijar indemnizaciones por perjuicios materiales e inmateriales para las personas heridas y los familiares de las personas fallecidas que conciliaron sus pretensiones en los procesos contencioso-administrativos y dio un plazo de tres meses a quienes no acudieron a dicho mecanismo para presentarse a reclamar sus indemnizaciones internamente.

Con relación a las personas desplazadas, tenemos que la gran mayoría no fueron identificadas durante el trámite del proceso y por lo tanto no fueron consideradas como parte lesionada, consecuentemente no se fijaron indemnizaciones ni otras reparaciones para ellas.

En este orden de ideas, tenemos que las víctimas de desplazamiento forzado que acudieron a la Corte tienen la posibilidad de ejercer sus acciones judiciales en cualquier tiempo, ello porque la actual jurisprudencia del Consejo de Estado apunta a que cuando se trata de delitos de lesa humanidad imputables a agentes estatales no opera la figura de la caducidad. Esto no obstante el plazo de tres meses que determinó la Corte, el cual sería aplicable solo a quienes pretendan ser indemnizados por los perjuicios sufridos, sea por la muerte de un familiar, por lesiones sufridas y por pérdida de bienes; ello porque, como veremos posteriormente, no puede darse un alcance restrictivo a los derechos de las víctimas para acceder a su reparación.

IV. LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL PARA LAS VÍCTIMAS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO EN EL CASO MASACRES DE ITUANGO

Dado que actualmente cursan algunas acciones de grupo para la indemnización por concepto de perjuicios materiales e inmateriales para las víctimas de desplazamiento forzado en el caso *Masacres de Ituango*⁵¹, entraremos a analizar más detenidamente las inconsistencias y el absurdo que se presentaría si la jurisdicción contencioso-administrativa considerase que existe cosa juzgada internacional, tal como lo sostiene la defensa del Estado. Ello porque esta sentencia, en nuestro sentir, adolece de una falta de claridad absoluta.

Para facilitar el análisis del caso estudiaremos cada uno de los elementos que configuran la cosa juzgada y las medidas de reparación ordenadas por la Corte para esta población, dando por descontado que hay identidad de causa entre la

50 Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas de noviembre 30 de 2012.

51 En efecto, en 2014 se instauró una acción de grupo para la reparación de las víctimas de desplazamiento para los pobladores desplazados de El Aro (Iтуango), la cual conoce el Tribunal Administrativo de Antioquia bajo el radicado 05001233300020140002000. La acción de grupo para los desplazados de la masacre de la Granja la conoce la misma corporación bajo el radicado 05001233300020140210000.

sentencia de la Corte Interamericana y las acciones de grupo que cursan, puesto que es indiscutible que el hecho del desplazamiento fue objeto de controversia en ambos trámites. En efecto, la Corte fue explícita al determinar que:

224. Para determinar las víctimas del presente caso en relación con la violación del artículo 22 de la Convención, la Corte ha tomado en cuenta varios criterios. Primero, dichas presuntas víctimas son determinables, ya que los hechos relativos al desplazamiento forzado forman parte de la demanda, en la cual la Comisión señaló que los “actos de violencia destinados a aterrorizar a la población obligaron a las familias a desplazarse del lugar.

A. Identidad jurídica de las partes

La Corte diferenció entre las personas identificadas en el trámite del proceso y aquellas que no lo fueron:

221. Al respecto, la Corte considera que la falta de identificación de todas las personas que fueron desplazadas obedece en parte a las circunstancias mismas en que se produjeron las masacres, incluyendo el hecho de que en El Aro se haya incendiado el 80% del pueblo, por lo que se destruyeron a su vez documentos de identidad de los desplazados (supra párr. 125.79). Lo anterior impide saber con certeza cuántas personas se vieron desplazadas en este caso. Por ello, este Tribunal puede evaluar esta situación únicamente respecto de quienes hayan sido identificados en el proceso ante él. No obstante, tal y como lo ha señalado anteriormente, la Corte deja constancia de su profunda preocupación por el hecho de que posiblemente fueron muchas otras las personas que enfrentaron dicha situación y que no fueron identificados en este proceso. (Énfasis fuera de texto)

Más adelante reitera el Tribunal:

354. Es preciso recordar que cuando se está en presencia de un caso conflictivo ante la Corte, la parte interesada debe comunicar quién o quiénes son los beneficiarios. No obstante, la Corte constata que los graves hechos del presente caso tienen una serie de efectos al momento de fijar las reparaciones. Por lo anterior, esta Corte se reserva la posibilidad de determinar, en el apartado correspondiente, otras formas de reparación a favor de todos los miembros de las poblaciones afectadas por los hechos del caso. Sin embargo, el Tribunal aclara que la determinación de las reparaciones en esta instancia internacional no obstaculiza ni precluye la posibilidad de otros familiares de víctimas no individualizados o identificados en el

presente proceso, de plantear los reclamos pertinentes ante las autoridades nacionales. (*Énfasis fuera de texto*)

Puede afirmarse, en principio, que hay identidad jurídica de partes solo respecto de las personas que fueron identificadas en el trámite del proceso como parte lesionada por la vulneración del artículo 22 de la Convención Americana (Anexo IV de la sentencia) y que quienes no fueron identificados pueden acudir a pedir sus indemnizaciones ante la jurisdicción interna⁵².

Sin embargo, sostener que las personas identificadas en el Anexo IV no pueden pedir las reparaciones económicas que reconoce la jurisprudencia nacional nos haría incurrir en el mismo absurdo ya mencionado en un acápite anterior, cuando se declaró la cosa juzgada internacional en el caso *Ituango*.

En efecto, se crearían dos clases de víctimas: (1) las que perdieron su derecho a la indemnización por concepto de perjuicios materiales e inmateriales por el hecho de haber sido identificados en el trámite ante la jurisdicción internacional; y (2) quienes tuvieron la fortuna de no haber sido identificados en el trámite internacional y por ello podrían acceder a las indemnizaciones que reconoce la jurisprudencia nacional.

Esta situación absurda se debe a una lectura descontextualizada del fallo y al desconocimiento del fin reparador y diferenciador de las sentencias de la Corte.

En efecto, aunque la Corte “no determinó” indemnizaciones para las víctimas de desplazamiento forzado, debemos mirar las motivaciones y el alcance de la decisión:

371. La Corte considera que el daño material debe estimarse con base en elementos de prueba que permitan acreditar un perjuicio cierto. En el presente caso, el Tribunal se encuentra imposibilitado para determinar la pérdida de ingresos sufrida por la mayoría de las víctimas. En efecto, no obran pruebas suficientes para determinar los ingresos dejados de percibir, las edades ni las actividades a las que se dedicaban la mayoría de las víctimas.
(*Énfasis fuera de texto*)

Al referirse a los perjuicios inmateriales para las personas desplazadas se pronunció el Tribunal:

52 No debe perderse de vista además que medidas como brindar condiciones de seguridad y retorno necesariamente tienen incidencia con relación a todas las víctimas de desplazamiento, al igual que la investigación y sanción efectiva a los responsables y la petición de disculpas públicas. En este sentido, estas medidas tienen un carácter general cuyos efectos van más allá de los simples efectos interpartes y no sería viable una acción contenciosa que contemplara estas pretensiones.

397. El Tribunal no determinará una indemnización por concepto de daño inmaterial a favor de las personas que solamente fueron desplazadas de la Granja y El Aro, contenidas en el Anexo IV de la presente Sentencia, toda vez que la Corte considera pertinente otorgar una reparación de carácter colectivo, la cual se analizará en el presente capítulo. (Énfasis fuera de texto)

Sin embargo, también dijo:

372. Por esta razón, la Corte otorgará una indemnización en equidad a favor de aquellas víctimas cuya pérdida de ingresos no fue comprobada de manera específica, sin perjuicio de que dichas personas puedan hacer uso de las vías disponibles en el derecho interno para recibir una indemnización correspondiente. Asimismo, la Corte determinará a favor de tales personas indemnizaciones por concepto de daños inmateriales, así como de otras formas de reparación. (Énfasis fuera de texto)

No obstante, estas indemnizaciones en equidad por concepto de perjuicios materiales se fijaron solamente para las víctimas relacionadas en los anexos I, II y III de la sentencia (vulneración de los derechos a la vida e integridad personal, libertad, garantías judiciales y protección judicial y propiedad privada), quienes además conservaron su derecho a acudir a los mecanismos internos de indemnización, situación que sería aplicable solo en el caso de que puedan comprobar que el perjuicio material irrogado a ellos es mayor al fijado por la Corte.

Consideramos que, con mayor razón, las víctimas de desplazamiento forzado respecto de las cuales no se fijó indemnización alguna pueden acudir a pedirla internamente, pues de no ser así se presentarían tres formas de discriminación: (i) habría víctimas (anexos I, II, III) que además de sus indemnizaciones en equidad por daños materiales e inmateriales tendrían derecho a pedir indemnizaciones adicionales en el derecho interno; (2) víctimas de desplazamiento forzado, no identificadas en el trámite ante la Corte, quienes tendrían derecho a acudir al contencioso para obtener la reparación de sus perjuicios; (3) las víctimas de desplazamiento forzado identificadas en el trámite de la Corte, quienes perdieron toda posibilidad de pedir sus indemnizaciones.

La Corte no determinó o cuantificó las indemnizaciones para las víctimas de desplazamiento identificadas en el proceso por falta de criterios objetivos para hacerlo; sin embargo, ello no puede entenderse como una negación a los mismos o como una barrera para acudir a los mecanismos internos de reparación, puesto que, como se dijo, se estaría propiciando una forma de discriminación sin justificación alguna.

B. Identidad de objeto

Hemos precisado que el objeto del proceso recae sobre las pretensiones discutidas en este, es decir, que delimitan los extremos del litigio y tiene relación directa con los conceptos de congruencia de la sentencia y los fallos *extra* y *ultra petita*.

Según el Reglamento vigente⁵³ para la época en que se instauró la demanda de *Ituango*, solo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podía presentar la demanda ante la Corte, mientras que las víctimas podían presentar un escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas después de notificárseles la demanda⁵⁴.

La Comisión no planteó como el objeto de la demanda la declaración de responsabilidad de la República del Colombia por la violación del artículo 22 de la Convención Americana (Circulación y Residencia)⁵⁵, aunque de manera un poco tímida solicitó en el acápite de reparaciones: "(vii) Que el Estado colombiano adopte las medidas necesarias para garantizar el retorno a su lugar de origen de las víctimas de la incursión, desplazadas forzadamente por la violencia"⁵⁶.

Como se observa, la Comisión no hizo ninguna petición de indemnización por perjuicios materiales e inmateriales para las personas desplazadas de los corregimientos La Granja y El Aro porque precisamente no planteó la declaratoria de responsabilidad de Colombia por este hecho del desplazamiento.

En el escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas, los representantes de las víctimas solicitaron que se declarara la responsabilidad de la República de Colombia por el desplazamiento forzado de los pobladores de El Aro que se identifiquen en el trámite del proceso⁵⁷ y en el acápite de reparaciones pidió la indemnización por concepto de perjuicios inmateriales⁵⁸, además de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, específicamente la adopción de una política pública en materia de desplazamiento forzado⁵⁹.

53 Reglamento aprobado en el LXI Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003. Actualmente está vigente el Reglamento aprobado en el LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

54 Los artículos 23, 32 33, 36 y 38 del reglamento vigente para la época regulaban la forma de presentación de la demanda y del escrito autónomo, adicionalmente se establece que el Estado da respuesta a la demanda y hace observaciones al escrito autónomo.

55 Demanda de la Comisión, páginas 314 y 315. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/expedientes>

56 Página 362 de la demanda de la Comisión.

57 Párrafo 8, literal g), página 8 del Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas.

58 Párrafos 323 a 325, página 115.

59 Párrafo 338, página 118.

Cabe preguntarnos si el escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas en el sistema interamericano tiene una entidad tal de determinar los extremos de la litis o si por el contrario, simplemente es un marco de representación de las víctimas que no determina necesariamente el objeto de litigio.

Opinamos que en el momento de instaurarse la demanda ante la Corte, los representantes de las víctimas no tenían la potestad para hacer pretensiones propiamente, pues al observar detenidamente el reglamento, vemos que frente al escrito autónomo de las víctimas el Estado puede presentar observaciones, mas no existe el trámite de contestación de la demanda, pues se reitera, solo la Comisión podía interponer la demanda y en esta no se incluyó la declaración de responsabilidad por la vulneración del artículo 22 de la Convención.

Sin embargo, no puede perderse de vista que los perjuicios materiales e inmateriales no fueron solicitados por la Comisión, y siendo pedidos por los representantes de las víctimas en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, no fueron ordenados por el Tribunal por falta de prueba para determinarlos, sin que ello implique una negativa a los mismos, faltando entonces el presupuesto necesario para declarar la cosa juzgada, una decisión de fondo sobre el objeto pretendido.

En esta instancia debe tenerse en cuenta que según el artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos las sentencias de la Corte son definitivas e inapelables.

Sin embargo, declarar la cosa juzgada internacional respecto de las personas relacionadas en el anexo IV pareciera que vulnera su derecho a la reparación integral, dado que el fallo de la Corte tendría un estándar inferior a los derechos que se les han venido reconociendo en el orden interno colombiano.

V. LA COSA JUZGADA INTERNACIONAL NO APLICA CUANDO EL ESTÁNDAR DE REPARACIÓN DE LA CORTE ES INFERIOR AL ESTÁNDAR INTERNO

La respuesta al planteamiento anterior lo encontramos en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece ninguna de sus normas puede interpretarse en el sentido de

(a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; (b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de

acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y (d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Esta norma consagra en sentido genérico el principio de interpretación extensiva de los derechos, tan difícil para nuestra cultura jurídica, más cercana a la conciencia restrictiva y prohibitiva.

Sostener que frente a las personas identificadas en el trámite del proceso ante la Corte opera el fenómeno de la cosa juzgada, y no así frente a quienes no se logró identificar, nos llevaría al mismo absurdo explicado anteriormente, en el cual se decretó la cosa juzgada internacional en el caso *Ituango*, pues ambas clases de víctimas tendrían derecho a la reparación colectiva y solo las segundas podrían acceder a la indemnización de perjuicios materiales e inmateriales por el hecho del desplazamiento.

Obviamente esta situación absurda puede evitarse aplicando principios como igualdad, prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, entre otros, pero también mirando el sentido común y la evolución del derecho de reparación en la última década.

Si la Corte Interamericana evolucionó de la reparación económica a la reparación integral, como lo vimos en el acápite respectivo, y a su vez el Consejo de Estado con su jurisprudencia y el Estado en general por medio de diversas normas expedidas por el Congreso de la República han tomado el mismo camino, no se ve cómo pueda utilizar una sentencia de la Corte para sustraer al Estado del deber de reparación que el mismo ha reconocido.

Por su parte la Corte Constitucional, desde la Sentencia T-025 de 2004, definió el estado de cosas constitucional frente a las víctimas de desplazamiento forzado⁶⁰; posteriormente, mediante la Sentencia SU-254 de 24 de abril de 2013 reseñó la importancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia

60 A partir de un análisis riguroso y extenso del tema del desplazamiento, la Corte Constitucional llegó a la conclusión de que esta población se encuentra en condiciones de vulnerabilidad extrema y manifiesta debido a la falta de una política de Estado coordinada y a la falta de recursos suficientes para financiar esta política, lo que hace que se violen sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños. Para subsanar dicha circunstancia se adoptaron una serie de órdenes y se ha hecho un seguimiento al cumplimiento de las mismas. Dichas órdenes van desde adoptar interpretaciones de la ley que deben asumir las diferentes entidades del sistema, hasta órdenes tendientes a corregir actuaciones negligentes o discriminatorias y omisiones de las autoridades encargadas de atender a la población desplazada.

y la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos, conforme al artículo 93 superior; adicionalmente resaltó la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la cual existe una conexión entre los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, y en relación con este último aspecto clarificó que:

(i) las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario o de crímenes de lesa humanidad tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, proporcional, integral y eficaz respecto del daño sufrido; (ii) la reparación se concreta a través de la restitución íntegra o plena, pero también a través de la indemnización, de la rehabilitación, de la satisfacción de alcance colectivo, y de la garantía de no repetición; (iii) la reparación a las víctimas por el daño ocasionado se refiere tanto a los daños materiales como a los inmateriales, (iv) la reparación se concreta a través de medidas tanto individuales como colectivas, y que (v) estas medidas se encuentran encaminadas a restablecer a la víctima en su dignidad por el grave daño ocasionado. (Énfasis fuera de texto)

Posteriormente, el fallo reitera que el drama humanitario que causa el desplazamiento forzado es un hecho notorio que produce un daño antijurídico de dimensión desproporcionada. Por ello califica este delito como

(i) una vulneración múltiple, masiva, sistemática y continua de los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento; (iii) [sic] una pérdida o afectación grave de todos los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos y materiales de esta población, que produce desarraigo, pérdida de la pertenencia, de la autonomía personal, y por tanto dependencia, marginalidad, exclusión social y discriminación de esta población; y (iv) por consiguiente como una situación de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta, de inusual y gravísima desprotección e indefensión de las víctimas de este delito.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte ha concebido el proceso de restablecimiento y de reparación integral a las víctimas de desplazamiento forzado como un derecho fundamental y como una cuestión de justicia restaurativa y distributiva que no puede tener un carácter asistencialista.

Por ello cita la jurisprudencia del Consejo de Estado, el cual ha establecido que aunque se produzca el retorno de la población desplazada a su lugar de origen, no por ello se debe modificar el valor de la indemnización a reconocer en los componentes de daño moral, por el dolor causado a las víctimas de desplazamiento forzado al verse obligados a salir de sus viviendas o sitios habituales de trabajo, por la violencia que los afectó y la imposibilidad de retornar al sitio. De

igual manera por la afectación a las condiciones de existencia y a los perjuicios materiales causados.

Existe una extensa jurisprudencia desarrollada por la corporación de lo contencioso-administrativo en relación con la reparación económica para la población desplazada, tema del cual no nos ocuparemos aquí, dado que el tema central es el aspecto de la cosa juzgada internacional⁶¹.

Ahora bien, si analizamos las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado referidas a la reparación económica de las víctimas de desplazamiento forzado, sin duda alguna son más coherentes, comprensivas y garantistas que la posición de la Corte Interamericana, la cual ha sido confusa la mayoría de las veces y en casos como el de las *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica* ha aceptado que las medidas de reparación administrativa adoptadas por el Estado colombiano mediante la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras son una reparación suficiente en el marco de este tipo de violaciones masivas.

Esta posición es criticable desde todo punto de vista, pues si el Estado resulta condenado internacionalmente es porque ha incumplido sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Para la aplicación de las normas de justicia transicional, en este caso la Ley 1448 de 2011, no se requiere ningún tipo de imputación al Estado, pues las reparaciones económicas se habilitan por el solo hecho de ser víctima en el marco del conflicto armado interno, aunque la violación sea ocasionada por los grupos armados al margen de la ley. Entonces, ¿qué efecto diferenciador tiene declarar la responsabilidad del Estado?

No se entendería cómo en el caso *Masacres de Ituango*, en el que se produjo el desplazamiento de la población de El Aro, tras el asesinato de diecisiete campesinos, el hurto de ganado e incendio del 60% del pueblo, la medida de reparación para la población desplazada sea simplemente que puedan volver a sus hogares, cuando hubo participación activa de miembros de la Fuerza Pública.

61 Puede consultarse especialmente el fallo en el radicado 25000 2326 000 2001 00213 01 de enero 26 de 2006, M.P. Ruth Estella Palacio, en la acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma paramilitar del corregimiento La Gábarra del municipio de Tibú (Norte de Santander), en la cual se reconoció una suma ponderada de 13.250 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales para las víctimas de desplazamiento, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los integrantes del grupo que se identificó en la sentencia. También las Sentencias, ambas del 15 de agosto de 2007, en el radicado 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG), M.P. Ruth Estella Correa Palacio, y la del radicado 190012331000200300385-01, con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez. En ambas se ordenó indemnizar a los afectados por los perjuicios morales y por alteración grave de condiciones de existencia a las personas que resultaron desplazadas, en el primer caso por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento Filo Gringo, zona del Catatumbo, por la incursión paramilitar realizada entre el 29 de febrero y el 3 de marzo de 2000 y en el segundo con motivo de una incursión paramilitar ocurrida el 12 de Abril de 2001 en varias veredas del municipio de Buenos Aires (Cauca).

Recordemos que el Juez Diego García-Sayán, en su voto concurrente a la Sentencia de la Corte en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, resaltó que los tribunales internos y órganos estatales tienen el deber de asegurar la implementación de la Convención Americana a nivel nacional, pero también recalcó:

5. La Corte ha desarrollado este principio, al sostener que “[l]a regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta ‘coadyuvante o complementaria’ de la interna”. La Corte ha establecido que la responsabilidad estatal solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido oportunidad de examinarla y declararla a través de los recursos de la jurisdicción interna y de reparar el daño ocasionado. La jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario.

(Énfasis fuera de texto)

Creemos que en sana lógica, cuando un caso ha sido sometido a la Corte y su decisión en materia de reparación integral es inferior a los estándares nacionales, debe declararse la reparación plena y ordenarse el descuento de lo pagado a instancias de la Corte, tal y como lo ha hecho dicho Tribunal con relación a los procesos contenciosos, ello evitaría la conformación de víctimas de diferentes clases por unos mismos hechos.

CONCLUSIONES

146

Los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, en sentido lato, de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, han adquirido una importancia especial en la última década, gracias a la conceptualización jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del desarrollo ulterior del Consejo de Estado.

Gracias a ello, hoy es posible reabrir investigaciones penales que antes estaban cobijadas por la intangibilidad de la cosa juzgada; es posible acceder a rubros indemnizatorios que antes estaban vedados por la jurisprudencia nacional; y es posible acceder a medidas de satisfacción, garantías de no repetición y en general a medidas de restablecimiento de los derechos.

El desarrollo del recurso contencioso-administrativo en los últimos años nos cuestiona sobre la posibilidad de que este se convierta en un mecanismo supletorio del sistema interamericano de derechos humanos, aunque en nuestro concepto existen limitaciones insalvables de tipo legal y constitucional para ello.

Las sentencias del contencioso administrativo no han sido valoradas de una forma muy consistente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a su vez la jurisdicción contenciosa ha valorado las sentencias de la Corte dándoles plenos efectos y carácter de cosa juzgada internacional.

No obstante, existen muchos vacíos, dudas e incongruencias que se presentan cuando se cruzan las sentencias de la Corte con las del Consejo de Estado, las cuales hay que resolver con una adecuada hermenéutica que no pierda de vista la finalidad y objeto del sistema de protección de los derechos humanos.

En materia de indemnizaciones por el desplazamiento forzado se está dando la vuelta de tuerca, pues la Corte ha dejado en ocasiones sin posibilidad de indemnización a las víctimas (*Operación Génesis*); a veces ha sido confusa (*Ituango*) y en otras ha dejado viva la acción contenciosa (*Santo Domingo y Pueblo Bello*).

Los absurdos que ya se han presentado cuando se ha decretado la cosa juzgada internacional en procesos internos son de tal magnitud que desnaturalizan la esencia misma del sistema de protección a los derechos humanos y a la postre se convierte en una nueva forma de revictimizar a las personas que ya de hecho han sufrido demasiadas vejaciones a sus derechos. Por todo esto se suscita la necesidad de establecer los verdaderos límites y alcances de una y otra jurisdicción, mirar hacia dónde va el derecho a la reparación de las víctimas y, en especial, una adecuada valoración mutua entre ambos sistemas, principalmente cuando los estándares de reparación de la Corte son inferiores a los estándares nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Cifuentes Smolko, N.E. (2013). Institución de la cosa juzgada virtual frente al derecho de defensa. Tesis de grado en Derecho. Universidad Austral de Chile. Disponible en: <http://cybertesis.uach.cl>

Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011 (2014). *Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014*. Bogotá, agosto de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (1978). Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Henao, J.C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, 28, 277-366. Disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri>.

Uprimny, R. (2005). *La naturaleza jurídica, reglamentación, alcances y limitaciones del proceso contencioso administrativo en Colombia*. Peritaje rendido en audiencia pública de septiembre en el caso *Masacres de Ituango*.

148

Jurisprudencia

Consejo de Estado. Auto 26036. M.P. Ramiro Saavedra Becerra. 22 de febrero de 2007. Disponible en: http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol_75992042333af034eo430ao10151fo34

Consejo de Estado. Auto Expediente 32793. M.P. Mauricio Fajardo. 26 de abril de 2007 (2000-00925).

Consejo de Estado. Sentencia de unificación del 28 de agosto. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Expediente 05001-23-25-000-1999-00163-01(32988). Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/boletin151.pdf>

Consejo de Estado. Sentencia Expediente 11001-03-15-000-2006-00318-00(rev). M.P. Jorge Octavio Ramírez. 7 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/boletin165.pdf>

Consejo de Estado. Sentencia Expediente 16011. M.P. Ramiro Saavedra Becerra
24 de abril de 2008. Disponible en: [https://www.redjurista.com/documents/68001-23-31-000-1996-01611-01\(16011\).aspx](https://www.redjurista.com/documents/68001-23-31-000-1996-01611-01(16011).aspx)

Consejo de Estado. Sentencia Expediente 16996, M.P. Enrique Gil Botero.
20 de febrero de 2008. Disponible en: <https://www.restitucion-deterras.gov.co/documents/10184/239249/doc30.pdf/095d6d2c3820-4567-9eab-a261131b223b>

Consejo de Estado. Sentencia Expediente 29.273. M.P. Enrique Gil Botero. 19
de octubre de 2007. Disponible en: [https://www.redjurista.com/Documents/05001-23-31-000-1998-02290-01\(29273\).aspx](https://www.redjurista.com/Documents/05001-23-31-000-1998-02290-01(29273).aspx)

Consejo de Estado. Sentencia Expediente 30340 (R-200300158-01). M.P. Enrique
Gil Botero, fecha 28 de enero de 2009. Disponible en: <http://portal.uxternado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/REV.%20DER%20PRIVADO%2017.pdf>

Consejo de Estado. Sentencia Expediente 52001 2331 000 1998 00352 01 (31250).
M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 20 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/boletin155.pdf>

Consejo de Estado. Sentencias Expedientes 19031 y 38222. M.P. Enrique Gil
Botero. 14 de septiembre de 2011. Disponible en: http://www.arlsura.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1852:sentencia-38222-de-2011&catid=83:jurisprudencias-&Itemid=34 (01-10-2014)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-014/2004. M.P. Jaime Córdoba
Triviño. 20 de enero de 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-014-04.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228/2002. M.P. Manuel José
Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet. 3 de abril de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm>)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-254/2013. M.P. Luis Ernesto
Vargas Silva. 24 de abril de 2013. Disponible en: http://escuela.unidad-victimas.gov.co/cartillas/Sentencia_Unificada_254_2013.pdf

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025/2004. M.P. Manuel José
Cepeda Espinosa. 22 de enero de 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam.* Sentencia de Reparaciones y Costas del 10 de septiembre de 1993. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.* Sentencia de Fondo del 8 de diciembre de 1995. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.* Sentencia de Reparaciones y Costas del 29 de enero de 1997. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia.* Sentencia de Reparaciones y Costas del 29 de enero de 1997. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia.* Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 20 de noviembre. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras.* Sentencia de Reparaciones y Costas del 21 de julio de 1989. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia.* Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 12 de septiembre. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Las Palmeras vs. Colombia.* Sentencia de Fondo del 6 de diciembre. Disponible en: www.corteidh.or.cr.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Las Palmeras vs. Colombia.* Sentencia de Reparaciones y Costas del 26 de noviembre. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia.* Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones de mayo 26. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mapiripán vs. Colombia.* Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de septiembre 15. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia.* Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 30 de noviembre. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia.* Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del primero de julio. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Bello vs. Colombia.* Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de enero 31. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia vs. Colombia).* Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 14 de noviembre. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Sentencia de Fondo del 29 de julio de 1988. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Sentencia de Reparaciones y Costas del 21 de julio de 1989. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Restrepo vs. Colombia.* Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas del 3 de septiembre. Disponible en: www.corteidh.or.cr

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aprobado por la Corte en su XLIX periodo ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente por la Corte en su LXI periodo ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/2003.pdf>

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
46

152

ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

AFFIRMATIVE ACTIONS FOR PUBLIC CONTRACTING IN COLOMBIA

Juan Pablo Vallejo Molina*

Fecha de recepción: 4 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 13 de febrero de 2016

El derecho es lo justo ajustado a otro conforme cierta clase de igualdad.

Tomás de Aquino

RESUMEN

En este artículo se abordan todas aquellas acciones que, encaminadas a zanjar las brechas notoriamente existentes en la sociedad por atentar contra el principio-derecho fundamental de la igualdad, tienen cabida en la actividad contractual del Estado en Colombia; su origen y desarrollo histórico, evolución normativa a la luz de la Constitución de 1991, pero principalmente el desarrollo jurisprudencial de la mano de la Corte Constitucional y algunas medidas y casos puntuales en torno a esta discriminación positiva, son la motivación del presente trabajo investigativo.

Palabras claves: Contratación estatal, Ley 80 de 1993, Constitución Política de 1991, Corte Constitucional, jurisprudencia constitucional.

ABSTRACT

All those actions focused to finish the big differences found in the society, which crash with the principle – fundamental right of equality, have place in the contracting activity of the Colombian State; their historic origin, the normative evolution in the Colombian Constitution of 1991, but principally the jurisprudential development with the Constitutional Court and some of these significant measures and actions around this positive discrimination, are the motivation of the present investigative work.

Key words: Public contracting, Law 80 of 1993, Politic Constitution of 1991, Constitutional Court, Constitutional jurisprudence.

* Abogado Universidad Nacional de Colombia. Estudiante especialización Derecho Administrativo Universidad Javeriana. Abogado asesor Superintendencia de Puertos y Transporte. Correo electrónico: juan.pablo.vallejo@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Las acciones afirmativas, entendidas en su aproximación conceptual como todas aquellas medidas de hecho o intervenciones positivas que el Estado realiza a favor de grupos tradicional o históricamente desfavorecidos o desprotegidos por diversas causas, irrumpen en la actividad contractual de la administración como herramienta clave para solventar y mejorar las condiciones materiales de aminoramiento frente al resto de la sociedad de estos grupos o individuos. Esto presupone en primer momento una valoración, un juicio a la luz del principio de igualdad consagrado y desarrollado en toda la normatividad del ordenamiento jurídico colombiano, dando prevalencia a la Constitución Política de 1991 como norma fundamental, que fijó un rumbo materializador de los derechos bajo el modelo del Estado social de derecho. Luego, presupone también una escogencia de la medida apropiada, que esta se adopte al ordenamiento jurídico en su interpretación más sistemática, y finalmente su aplicación; la asertividad de la acción afirmativa y su eficacia para solucionar el estatus inicial de desfavorecido o desprotegido del grupo social o incluso individuo, que se aprecia únicamente en la praxis de la ejecución de la actividad contractual en este caso.

El presente trabajo, fruto de una ardua labor de investigación documental, estudio de las distintas sentencias de las altas Cortes colombianas (principalmente la Corte Constitucional) habidas en la materia, y análisis dinámico de precedentes, toma como objeto de dissertación las medidas de discriminación positiva en la actividad contractual del Estado, para lo cual y en aras de la justificación y pertinencia del documento, debe decirse que estas presentan cierto vacío normativo en el ordenamiento jurídico colombiano: no existe en concreto una ley “por medio de la cual se implementen medidas de acciones afirmativas en la contratación estatal” en el Estado; más bien, existe un acumulado de normas importantes pero y sobre todo una evolución jurisprudencial (principalmente constitucional) de avanzada, que en la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ha preferido por otorgar validez a la existencia de estas medidas, que al no estar prohibidas por el legislador tienen cabida en la contratación administrativa. El aparente vacío normativo de las acciones objeto de estudio, su reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano por parte de las altas Cortes y su proyección en el análisis aplicativo son la razón de ser del presente trabajo.

Así, en aras de la organización expositiva del artículo, abordo el problema de la desigualdad en la actividad contractual del Estado colombiano, pero más específicamente en la etapa de escogencia del contratista; este fenómeno, la desigualdad material en la selección del oferente o contratista, es la cuestión principal a analizar y desarrollar en el transcurso del documento. Desigualdad

que se evidencia en consideraciones de sexo, raza, orientación ideológica, edad, situaciones de desplazamiento, marginación social, poca capacidad adquisitiva, falta de experiencia (estos dos últimos eventos en relación con empresas y sociedades jóvenes principalmente) y demás, que para el caso de estudio y análisis necesario de delimitación, se concreta específicamente en desigualdad de tipo socioeconómico.

En ese sentido, a partir de una aproximación hipotética, para la continuación de la investigación planteo en primer momento la irrupción de la Constitución de 1991 y el desarrollo jurisprudencial principalmente en cabeza de la Corte Constitucional, como referente hito del desarrollo e importación de la teoría de discriminación positiva y las acciones afirmativas de la contratación estatal; resolver la veracidad de este punto será objetivo primordial en el artículo. Planteo también un desarrollo propio y autónomo de la normatividad en general, Constitución, ley y a la vez actividad jurisprudencial de las altas Cortes (principalmente Corte Constitucional), en sustentos, fundamentos y herramientas puntuales que permiten el ejercicio de acciones afirmativas en la contratación estatal (medidas y casos); determinar tal desarrollo y tales acciones puntuales será objetivo secundario en el desarrollo del documento.

Finalmente y a través de un ejercicio recopilatorio y propositivo, a modo de conclusión pretendo incentivar y plantear algunas medidas importantes, que posiblemente faciliten la actividad contractual del Estado colombiano en el ejercicio y aplicación de acciones afirmativas.

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA: LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Definición y concepto general

Se entiende por acciones afirmativas todas aquellas medidas encaminadas a zanjar las brechas notoriamente existentes en la sociedad que atentan contra el principio-derecho fundamental de la igualdad, por diversos factores, teniendo su razón de ser principalmente la desigualdad socioeconómica. Así lo define la Corte Constitucional en su acepción más amplia:

Con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado

tado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. [...] La discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, [...] lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Origen, historia e irrupción en el ordenamiento jurídico colombiano

En cuanto a su origen e historia existen dos referentes, a saber: en primer lugar las famosas medidas de discriminación inversa que surgieron en Estados Unidos a inicios del siglo XX, y cuyo propósito principal era mejorar las condiciones de existencia, trabajo y demás de los afrodescendientes, en pro de la consecución de la igualdad material. Las enmiendas decimotercera y decimocuarta a la Constitución de 1776 y principalmente la denominada “cláusula de igual protección”, fueron claras medidas que propendieron por la realización de tratos diferenciales para beneficio de esta comunidad en Estados Unidos. En segundo lugar y como desarrollo posterior al caso estadounidense, viene consigo la adopción de medidas de discriminación positiva en Europa en las décadas de los sesenta y setenta, que tenían como propósito favorecer a grupos sociales tradicionalmente excluidos o desfavorecidos; se empezó por establecer medidas a favor de las mujeres como conjunto históricamente desfavorecido en materias de acceso a la educación y al campo laboral principalmente (Ziliani, 2011).

Ahora, en lo referente a los supuestos fáctico-normativos a través de los cuales dicha teoría ingresó en el ordenamiento jurídico colombiano, tiene también dos claros supuestos: en primer momento, el nuevo modelo de Estado social de derecho que irrumpió con la Constitución de 1991, donde existe un deber de supragarantía por parte del Estado, como cumplidor de deberes y obligaciones, a fin de permitir a todo el conjunto social el acceso a los derechos consagrados en su normatividad constitucional. Y segundo, la consagración de la igualdad como principio-derecho fundamental en el ordenamiento jurídico, que compromete al Estado también, en la ejecución de todo tipo de medidas a fin de lograr su consecución material; ahí reside el ingreso de las acciones afirmativas en el sistema jurídico de Colombia, principalmente de la batuta de la Corte Constitucional.

En concreto para la Corte, una acción afirmativa tiene cabida en el ordenamiento jurídico colombiano cuando además de obedecer a dicha razón histórico-teleológica analizada, heredera de la influencia estadounidense y europea, cumple

con los requisitos de constitucionalidad que se han establecido a través del precedente jurisprudencial a saber:

Una medida afirmativa o de discriminación positiva se ajusta a la Constitución si se logra demostrar que: (i) tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades; (ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio; (iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta; (iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicio; (v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de persona, por lo que no resultan válidas medidas in generi o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichoso. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Igualdad entre oferentes: doctrina constitucional y su aplicación en Colombia

Ahora, concretamente en relación con el principio-derecho de igualdad que debe regir la contratación pública en Colombia, la misma Corte Constitucional se ha valido de la interpretación no solo histórica y teleológica de las acciones afirmativas, sino también de la construcción doctrinaria, para justificar la vigencia del derecho de igualdad entre los oferentes en un proceso de selección de contratista.

Así, a través de académicos tales como Marienhoff, Dromi, Fiorini y Mata, la Corte ha adoptado por dar un sustento doctrinario a la igualdad en el proceso de selección de oferentes:

En relación con la igualdad entre los oferentes, Marienhoff precisó: "La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de 'igualdad'. [...] La referida 'igualdad' exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de este, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas". (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-887 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Y concretamente en torno al fundamento constitucional y legal de la igualdad en el proceso de selección del oferente, se hace mención expresa prevalente del artículo 13 constitucional pero también del articulado (arts. 24, 29 y 30) del Estatuto General de Contratación Pública en cuanto a los principios que deben regirle, para garantizar la correcta escogencia del contratista bajo tales supuestos; mismidad de condiciones de postulación y optación por el mejor de estos:

[...] A propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la administración está obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (arts. 24, 29 y 30, Ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores. [...] Por virtud de esta garantía, [...] (1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores y (2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-887 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, punto 3)

Igualdad de acceso a la contratación estatal

Finalmente, y antes de pasar al siguiente capítulo, además del artículo 1º, 13 y Preámbulo de la Constitución Política, es necesario también hacer una alusión al artículo 209 de la Carta Magna, donde se establece también, entre otros, la aplicación de la igualdad como principio rector de la función y actuación administrativa. Concretamente, y en relación con tal punto, la Corte Constitucional ha determinado ciertas subreglas que son dignas de mención, por orientar y guiar estas la contratación estatal bajo tal principio-derecho de la igualdad:

(i) Todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, (ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, (iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, (iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, (v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

II. ACCIONES AFIRMATIVAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA: MEDIDAS

Una interpretación sistemática y extensiva

Hago alusión en primer lugar a la interpretación sistemática, extensiva y amplia que de la normativa de la contratación pública en Colombia y más específicamente del Estatuto General de Contratación Administrativa, hace la Corte Constitucional para determinar ajustadas a la Constitución todas aquellas medidas de discriminación positiva existentes directamente en la legislación, o aplicadas por la administración a través de la convalidación que otorga la jurisprudencia constitucional en reiterativos pronunciamientos. En Colombia es el mismo Tribunal Constitucional el que se opone a ver la carencia de tales medidas explícita o taxativamente enumeradas en la normatividad como omisiones legislativas relativas, y lejos de fijar una prohibición de establecimiento de las mismas, las promueve por mandato constitucional-legal:

La Corte encuentra que el establecimiento del deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado no configura una omisión legislativa relativa, pues si bien es cierto que en desarrollo de su potestad de configuración, el legislador no estableció en forma expresa acciones afirmativas, no lo es menos que no solo no las prohíbe, sino que las ha autorizado en otras normas que son exigibles en el proceso de selección y adjudicación de contratos estatales mediante licitación y concurso. En efecto, el hecho de que el Estatuto de la Contratación hubiere exigido al administrador la escogencia de las propuestas más favorables o del mejor ofrecimiento al Estado no niega la existencia de acciones afirmativas en la contratación. O dicho de otro modo, la omisión en la regulación de medidas de discriminación positiva en el estatuto de la contratación administrativa no puede entenderse como una prohibición de regulación. (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.)

Luego, en términos amplios, es este el argumento general que ha establecido la Corte para determinar a través de qué medidas la administración puede o debe activar la discriminación positiva o acciones afirmativas en su actividad contractual; antes de pasar a los casos puntuales (siguiente capítulo), expongo dos medidas icónicas en la materia para efectos ilustrativos:

Contratación administrativa entre las micro-, pequeñas y medianas empresas

En Sentencia de Constitucionalidad C-862 de 2008, corresponde a la Corte a modo de problema jurídico estudiar si la diferencia de trato para efectos de acceder a algunos beneficios en la contratación administrativa entre las micro-, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera es, como lo afirman los demandantes, un trato discriminatorio o, como lo sostienen demás intervenientes, una diferencia constitucionalmente admisible.

En la providencia objeto de análisis, la Corte estudia específicamente el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, que autorizó a las entidades estatales sometidas al Estatuto de la Contratación Administrativa, a incluir en los pliegos de condiciones beneficios a favor de las micro-, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), de acuerdo con el reglamento. Tales privilegios estarían destinados a fomentar la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra local o departamental, cuyo valor no excediera de 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dentro de las ventajas establecidas por esa norma a favor de las Mipymes se encuentran, entre otras, la subcontratación preferente y la consagración de líneas de crédito blando.

Así y en lo referente a la *ratio* del asunto objeto de estudio, para la Corte fue clara la intención del legislador de autorizar al reglamento a fijar condiciones concretas para facilitar las acciones afirmativas en la contratación pública con micro-, pequeñas y medianas empresas, con el fin de fomentar su desarrollo y promover la creación de empresa como instrumento adecuado para generar empleo, pero excluyó de esos beneficios a las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera: “Contrario a lo sucedido con la consagración de las medidas de discriminación positiva autorizadas en las que hubo motivación expresa, el legislador no fue claro al describir cuál fue el motivo o cuáles fueron los argumentos en que se apoyó para excluir del beneficio a dichas empresas” (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-862 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

La Corte, concluye que la diferencia de trato para efectos de acceder a algunos beneficios en la contratación administrativa entre las micro-, pequeñas y medianas empresas en general y las vigiladas por la Superintendencia Financiera es discriminatoria y, por lo tanto, contraria al artículo 13 de la Constitución, por lo que será declarada inexistente.

Contratación laboral administrativa y participación efectiva de la mujer

Como medida relevante de estudio, a través de Sentencia C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte Constitucional estudia el proyecto de ley estatutaria 62/98 Senado y 158/98 Cámara por medio de la cual se reglamenta la efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.

Especificamente el artículo 4 de dicho proyecto establecía una regla de selección según la cual, a partir del primero de septiembre de 1999, las autoridades nominadoras, *obligatoriamente*, deberían asegurar que mínimo el 30 % de los cargos de “máximo nivel decisivo” y de “otros niveles decisivos” sean desempeñados por mujeres. El incumplimiento de tal obligación, de acuerdo con lo establecido en el párrafo, era causal de mala conducta, que sería sancionada con suspensión hasta de treinta días en el ejercicio del cargo, y con la destitución del mismo, en caso de persistir la conducta.

Para la Corte, el artículo 4 estudiado consagra una medida de acción afirmativa —de discriminación inversa—, que pretende beneficiar a las mujeres, como grupo, para remediar la baja participación que hoy en día tienen en los cargos directivos y de decisión del Estado (*ratio*), y luego de realizar un juicio de proporcionalidad, declara exequible en forma condicionada el artículo 4 del mencionado proyecto de ley, esto es, siempre que se entienda que la regla de selección que en él se consagra, se deberá aplicar en forma paulatina, es decir, en la medida en que los cargos del máximo nivel decisivo y de otros niveles decisivos vayan quedando vacantes. Y que cuando el nombramiento de las personas que han de ocupar dichos cargos dependa de varias personas o entidades, se procurará que las mujeres tengan una adecuada representación conforme a la regla de selección allí prevista, sin que este sea un imperativo ineludible.

III. ACCIONES AFIRMATIVAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA: CASOS

Finalmente en lo referente a casos puntuales, estos existentes a través de pronunciamientos de Tutela por parte de la Corte Constitucional, son dos los que han fijado en el ordenamiento jurídico colombiano el norte a seguir en lo referente a la aplicación puntual de las acciones de discriminación positiva en la contratación estatal a saber:

Caso discapacitados

En Sentencia de tutela T-684 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo) la Corte determinó la naturaleza jurídica del literal (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, la obligatoriedad por parte de las entidades estatales de implementar dicha normativa en un proceso de selección contractual, y la posible violación de los derechos al trabajo y a la igualdad constitucional, en contra de las personas discapacitadas al no aplicar la disposición por parte de estas entidades (problemas jurídicos resueltos).

Reza el literal (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997:

Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías: (a) a que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación.

En el caso concreto, la Sala pudo determinar que la negativa del ICBF de aplicar el numeral (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, implicó no implementar una acción afirmativa que tiene el propósito de crear un incentivo para integración de la población con discapacidad en el mercado laboral. Este hecho, constituye una vulneración del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

Para la Corte, en torno a la medida concreta y como *ratio central* del asunto estudiado, se considera necesario declarar que la acción afirmativa establecida por el legislador a favor de la población trabajadora discapacitada, contenida en el literal (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, es de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas. Igualmente se considera necesario vincular a los organismos de control para que, en desarrollo de sus deberes y facultades, inicien las actuaciones encaminadas a hacer efectivas las disposiciones del literal (a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997, a la vez que se les insta a que vigilen su apropiado cumplimiento y difundan el contenido de las mismas, como mecanismo para garantizar la realización de los principios constitucionales que se desarrollan en la norma aludida.

Caso recicladores Bogotá

En Sentencia de Tutela T-724 de 2003 la Corte Constitucional determinó si el Distrito Capital de Bogotá – Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, desconoció los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la actuación de buena fe de los actores, al establecer requisitos en la Licitación Pública No. 001 de 2002, que no pueden cumplir la Asociación de Recicladores de Bogotá, como grupo discriminado y marginado, que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio (problema jurídico).

Así, y en el caso concreto, la Corte encontró que la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá no observó el mandato constitucional que la constriñe a adoptar medidas a favor de grupos marginados o discriminados, como lo son los recicladores:

No se incluyó por parte de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital ninguna medida efectiva que permita la participación de la Asociación de Recicladores de Bogotá, como grupo marginado de la sociedad, tendiente al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad que han venido desarrollando a través del tiempo, como medio de subsistencia. [...] Es más, con el tratamiento otorgado por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito de Bogotá, se acentúa las condiciones de marginamiento y discriminación social de la población de recicladores, toda vez, que el reciclaje de los materiales sólidos reutilizables quedará en manos de los operadores del sistema, del cual se excluyó a la Asociación de Recicladores de Bogotá. (Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-724 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería)

Así y a manera de *ratio*, la Corte reitera su jurisprudencia constitucional en el entendido que las diferentes autoridades del Estado están obligadas, cuando se encuentran en presencia de grupos en condiciones de marginalidad y discriminación, a adoptar todas aquellas medidas necesarias para lograr una mayor igualdad sustantiva, incluyendo en sus decisiones tratamientos acordes con tales situaciones. Pasar por alto ese mandato, no contemplando medidas afirmativas a favor de grupos que pueden verse afectados por las decisiones adoptadas, significa quebrantar el derecho a la igualdad, que impone, precisamente, su adopción.

CONCLUSIONES

Se entiende por acciones afirmativas todas aquellas medidas encaminadas a zanjar las brechas notoriamente existentes en la sociedad, que atentan contra el

principio-derecho fundamental de la igualdad, por diversos factores, teniendo su razón de ser principalmente la desigualdad socioeconómica.

La irrupción de la Constitución de 1991 y el desarrollo jurisprudencial principalmente en cabeza de la Corte Constitucional, son el referente hito del desarrollo e importación de la teoría de discriminación positiva y las acciones afirmativas de la contratación estatal, a partir de su evolución originaria en Norteamérica a principios del siglo XX y en Europa hacia los sesenta.

Existe un acumulado de normas importantes pero y sobre todo una evolución jurisprudencial (principalmente constitucional) de avanzada, que en la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ha preferido por otorgar validez a la existencia de acciones afirmativas que al no estar prohibidas por el legislador tienen cabida en la contratación administrativa.

Son representativas y varias (aunque aún incipientes) las medidas, así como los casos, donde la jurisprudencia constitucional colombiana ha posibilitado las acciones afirmativas en la contratación estatal: medidas en relación con pequeñas y medianas empresas, participación efectiva de la mujer, y casos de discapacitados y recicladores, como grupos que se encuentran en situaciones de desventaja o minoración frente al resto del conglomerado social, y que por tal razón son dignos de proteger o beneficiar con tratos diferenciados.

Posibles acciones afirmativas en la contratación estatal: una propuesta

164

Finalmente y como corolario del trabajo investigativo, propongo algunas medidas que llevadas al campo de la contratación administrativa representarían claras acciones afirmativas, en pro de la mejora de las condiciones de grupos o individuos que tradicional, histórica o incluso circunstancialmente se encuentran en situaciones de desfavorecimiento o desigualdad en relación con los demás sujetos participantes de un posible proceso contractual público.

Así por ejemplo, la posibilidad de existencia de leyes de cuotas en materia laboral administrativa, que posibiliten la inclusión de grupos desfavorecidos: raizales, indígenas, desplazados, reinsertados, exconvictos y estratos bajos, bajo criterios objetivos, sería un factor decisivo en la eliminación de las brechas de desigualdad existentes en la sociedad colombiana.

También la promoción legislativa de pequeñas, medianas y principalmente jóvenes empresas sería una acción de discriminación positiva importantísima,

que permitiría a nuevos grupos empresariales surgir y ser más competitivos en igualdad de condiciones en el mercado de oferentes contractuales.

Por último, y para involucrar también a los actores privados en la actividad contractual, activar todo tipo de medidas ya sea de carácter de exención tributaria u otro tipo, para que este, el actor contratante privado, sea partícipe claro del interés estatal de solventar la desigualdad de la sociedad colombiana a través de las diversas acciones afirmativas en la contratación.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- López Medina, D.E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Pardo Posada, N. (2011). Los principios de igualdad y reciprocidad en ofertas extranjeras vs. las Mipymes en contratación estatal: un límite a la globalización. *Saber, Ciencia y Libertad*, s.d., 76-87. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3997346.pdf>
- Pérez Llorca, J. (s.f.). La contratación pública instrumento de política social. Disponible en: <http://www.famp.es/famp/varios/equal/equal-andalucia/insercion/docsinsercion/perezllorca.pdf>
- Ziliani, E. (2011). La acción afirmativa en el derecho norteamericano. *Revista electrónica del instituto de investigaciones Ambrosio L. Gioja*, V(número especial).

Normativa

- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%2opolitica%2ode%2oColombia%20-%202015.pdf>
- Congreso de la República. Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/07/Acto-Legislativo-01-de-2012.pdf>
- Congreso de la República. Acto Legislativo 03 del 1 de julio de 2011. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=43214>
- Congreso de la República. Ley 1150 de 2007. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Congreso de la República. Ley 1618 de 2013. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201618%20DEL%2027%20DE%20FEBRERO%20DE%202013.pdf>
- Congreso de la República. Ley 361 de 1997. Disponible en: http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0361_1997.html

Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Disponible en: <http://www.contratacionestatal.com/estatuto-general-de-contratacion-de-la-administracion-publica-contratacion-estatal/>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2170 de 2002. 30 de septiembre de 2002. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5798>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2473 de 2010. 9 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40002>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2474 de 2008. 7 de julio de 2008. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31185>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 3740 de 2004. 11 de noviembre de 2004. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15185>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 679 de 1994. 28 de marzo de 1994. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1347>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 734 de 2012. 13 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46940>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 959 de 2006. 30 de marzo de 2006. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19853>

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371/2000. M.P. Carlos Gavira Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-371-00.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-887/2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20043077>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-724/2003. M.P. Jaime Araujo Rentería. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-724-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-932/2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20044504>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-862/2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Disponible en: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/sentencia/2008/C-862-2008//C-862-2008_ORIGINAL.doc

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-684/2011. M.P. Mauricio González Cuervo. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-684-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-387/2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-387-12.htm>

EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL. REGULACIÓN COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

DIGITAL RIGHT TO OBLIVION. COMMUNITY AND SPANISH REGULATIONS

Alejandro Platero Alcón*

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2015

Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2015

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura del derecho al olvido en internet. Esta figura será analizada desde sus orígenes, como meras solicitudes de tutelas de derechos presentadas ante las agencias de protección de datos de los países europeos, hasta su aplicación actual, configurado tal derecho como un derecho cuasifundamental, enmarcado dentro de la esfera del derecho fundamental a la protección de datos.

También será objeto de análisis la labor desarrollada por la Agencia Española de Protección de Datos, la primera agencia europea que decidió condenar a los motores de búsqueda por el mal tratamiento de datos producido en su funcionamiento. Fruto de su labor, estos casos llegaron a la Audiencia Nacional, la cual realizó una brillantísima (desde un punto de vista técnico) cuestión prejudicial acerca de la actitud de los motores de búsqueda en relación con el establecimiento del derecho al olvido.

Cómo no, también se expondrá la enorme labor del Tribunal de Justicia Europeo para configurar este derecho, y para ter-

minar, se expone la situación actual del denominado derecho al olvido.

Palabras claves: Peculado, comisión por omisión, posición de garante, corrupción.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the figure of the Right to Digital Oblivion. This figure will be analyzed, from its origins as a simple request for guardianship of Rights submitted to the agency data protection of the European countries, to its current application, set this right as a quasi-fundamental right, framed within the sphere the fundamental right to data protection.

Also, it will be analyzed the work of the Spanish Data Protection Agency, the first European Agency, which decided to condemn the search engines for the bad treatment data produced in its operation. The result of their work, these cases went to the Audiencia Nacional, which made a brilliant, from a technical standpoint, question, about the attitude of the search engines with regard to the establishment of the right to forget.

* Becario de Investigación del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (España). Correo electrónico : alejandropilateroal@gmail.com

Of course, the huge work of the European Court of Justice will also expose to set this law to end, exposing the current state of law called the Digital Oblivion.

Key words: oblivion, opposition, cancellation, search engine.

I. EL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET

i Qué es el derecho al olvido? Para poder realizar una correcta definición de esta importante figura en el mundo del derecho actual se debe, en primer lugar, poner de manifiesto la realidad de la sociedad, la realidad de la sociedad de la información. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (de sigla LSSI) define a los servicios de la sociedad de la información, como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario” (anexo, lit. (a), Ley 34 de 2002).

Este concepto engloba “las actividades típicas de los prestadores de servicios de internet y de los suministradores de servicios y contenidos en línea, incluida la actividad de los prestadores de servicios de redes sociales y la organización de subastas” (Asensio, 2015, p. 1 -6). Así lo establece también el artículo 4 LSSI cuando dicta que los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español “quedarán sujetos a las obligaciones previstas en esta ley, siempre que ellos no contravengan lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables”.

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones, se puede y se debe enmarcar a las temidas redes sociales y a los motores de búsqueda dentro de los servicios de la sociedad de información (conceptos que posteriormente serán objeto de un análisis pormenorizado). A su vez, se debe enmarcar a las redes sociales y a los motores de búsqueda dentro del concepto de web 2.0, concepto que es definido como “una nueva tendencia en el uso de las páginas webs, en la cual el usuario es el centro de la información y se convierte en generador de contenidos. Supone un cambio en la filosofía, una actitud, una forma de hacer las cosas que identifica el uso actual de internet que hacen tanto los internautas como las empresas, pasando de ser meros consumidores a productores y creadores de contenido” (Heredero, 2012, p. 1 -40).

Otros autores centran sus esfuerzos en diferenciar esta nueva etapa tecnológica de la anterior, así “en los medios tradicionales y en la web 1.0 los dueños de las webs tienen pleno control sobre ellas, tanto sobre la información que exponen como sobre el acceso y nivel de interactividad que quieren fomentar. Sin embargo, en la web 2.0 el control pasa directamente a todos los usuarios en igualdad de condiciones. El control está en los propios usuarios de la red social” (Cebrián, 2015, p. 345-361).

Internet, sin lugar a dudas, ha incrementado el auge de derechos como la libertad de información y la libertad de expresión, pero, al mismo tiempo, ha creado de una manera demoledora riesgos para derechos fundamentales tan importantes

como el de la protección de datos o el derecho a la intimidad, entre otros. La población vive actualmente con una demanda de información constante y con una necesidad, a veces incomprensible, de narrar sus acontecimientos vitales a través de las redes sociales, de suerte tal que “la web 2.0 no existiría si el ego de todos nosotros no fuera tan potente y necesario de expansión. El ego mueve el mundo y, sin duda, mueve las redes sociales, y en esta expresión continua de nuestro yo dejamos al paro su parte más íntima, sin ser conscientes, mientras lo hacemos, de cuánto de nosotros exponemos ni del peso que esa exposición tendrá en el futuro” (Llaneza, 2015, p. 56 – 59).

Las redes sociales son armas de doble filo, ya que, por una parte, el funcionamiento intrínseco de las mismas permite al ciudadano electrónico poder comunicarse con amigos o personas que viven a una distancia que no permite su contacto directo, o permiten observar las fotos o videos que sus “amigos” deciden compartir, fotos o videos que, en ocasiones, se suben de forma inconsciente. ¿Qué ocurre si alguien decide utilizar esas fotos para publicarlas con alguna información que puede ser dañina, o si decide utilizar los comentarios vertidos en redes sociales con el mismo fin? La respuesta a la anterior cuestión es muy importante, ya que, el daño producido puede ser irreversible, y además, en ocasiones, las fotos subidas, los comentarios expuestos y el estilo de vida que una persona ha querido describir a través de estas redes sociales puede ser contraproducente en un futuro. De esta manera, como publicó el *Huffington Post* en el proceso de contratación americano, más del 35% de las empresas no contrataban a empleados por aspectos que habían descubierto investigando su pasado en redes sociales (Adsuar, 2013). Este fue el caso de Stacy Snyder, quien no fue acreditada para dar clases como profesora por la Conestoga Valley High School por subir a una red social una foto de ella tomando bebidas alcohólicas (Caso Drunken Pirate).

Pero no solo son las redes sociales el pilar fundamental de la sociedad de la información, sino que antes se hacía referencia a los denominados motores de búsqueda. Los motores de búsqueda son robots que desprenden sus tentáculos a toda la información existente en el universo web, con el objeto de facilitar al ciudadano información acerca de cualquier dato que resulte de su interés, sin que el ciudadano tenga que realizar más esfuerzo que hacer clic con el ratón de su ordenador, o desde su móvil tumbado en el sofá de su casa mientras, aburrido, hace zapping. Técnicamente, los motores de búsqueda pueden ser examinados como un “proveedor de contenidos, que consiste en hallar información publicada o puesto en internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado” (STJUE, apartado 21).

A priori, a través de esta definición, parece que la actividad de estos motores de búsqueda es totalmente positiva pero, ¿qué ocurre cuando el nombre que se introduce para buscar información es el suyo, y la información que se obtiene es del todo falsa, antigua o dolorosa?

En el presente trabajo se expondrán numerosos supuestos donde, efectivamente, los ciudadanos han comprobado en su propia persona cómo su imagen se ha visto perjudicada por las “ventajas” de la nueva sociedad de la información. La importancia de estas nuevas tecnologías es tan grande, hasta el punto que algunos autores escriben y de manera bastante acertada cosas como la siguiente: “*quod non est in Google, non est in mundo*” (Martínez, 2013, p. 1 -3).

En relación con el funcionamiento de los motores de búsqueda también surgen otras polémicas, que en ocasiones deben ser respondidas por el derecho. Así, la AEPD, resolvió en el caso que lleva por denominación TD/01105/2012, un supuesto donde un sujeto con iniciales BBB interponía demanda contra Google, debido a que cuando se introducía su nombre en el famoso buscador inmediatamente surgía la famosa función de autocompletar, apareciendo el término “gay”. Del relato de hechos del proceso se obtiene, concretamente del punto tercero, que “Google Inc. en su página web informa que cuando un usuario teclea los términos de una consulta en el cuadro de búsqueda del buscador, el algoritmo de la función autocompletar predice los términos de búsqueda que el usuario podría estar introduciendo para que el usuario pueda seleccionarlos y facilitar su búsqueda. Para determinar dichas predicciones, se usa un procedimiento basado en algoritmos sin intervención manual ni humana”. De lo anterior se puede extraer que Google alega que la función de autocompletar se realiza sin intervención humana alguna y que, por tanto, no existe responsabilidad por su parte, ausencia de culpabilidad que ha sido criterio utilizado por Google también en todos los procesos abiertos relativos al derecho al olvido. De forma tal que, a juicio del presente autor, se desprende de la actitud del citado motor de búsqueda que concibe su actuación como semidivina y que siempre queda impune. En este caso, en concreto la Agencia Española de Protección de Datos obligó al motor de búsqueda a eliminar esta disociación de conceptos perjudiciales para el reclamante.

Una vez realizada esta consideración acerca de la enorme relevancia de las redes sociales o los motores de búsqueda dentro de esta nueva sociedad de la información, es el momento de abordar una respuesta para la pregunta realizada en la primera parte de este apartado, ¿qué es el derecho al olvido? El derecho al olvido es una “forma poética de referirse principalmente al derecho de cancelación, y eventualmente también al de oposición, en el marco del derecho

fundamental de la protección de datos” (Simón Castellano, 2015, p. 97 - 102). Este derecho, en la práctica, es utilizado por los ciudadanos que observan que las nuevas tecnologías no le son afines y descubren que circulan por las redes sociales o por los motores de búsqueda información sobre ellos, información perjudicial para sus propios intereses, y desean hacer desaparecer esos datos en ocasiones inexactos, en ocasiones falsos o en ocasiones irrelevantes, todas estas consideraciones siempre realizadas desde el punto de vista del eventual reclamante. Aun así, la doctrina no es pacífica respecto al auge de esta figura, quizás porque todo lo novedoso asusta, y más al mundo del derecho que, en ocasiones, parece querer anclarse en figuras pasadas y seguir viviendo de las mismas; hay autores reticentes a la figura que consideran, por ejemplo, que este derecho de cancelación de los resultados de la búsqueda de una persona puede provocar perjuicios para el resto de la humanidad, pudiendo borrarse información que puede pertenecer a personas distintas. Así, “si quien ejerce el derecho se llama José García acabamos de excluir a media humanidad” (Martínez, 2013, p. 1-3), o comentarios como “Google no tiene porqué saber si alguien es realmente o no un estafador, o si lo fue en su momento y en el presente se ha reformado en un ciudadano modélico” (Grauer, 2015, p. 1-8).

Sin embargo, el presente autor es más acorde a otras voces que escriben sin miedo a equivocarse que “el debate sobre el derecho al olvido en internet nada tiene que ver con el fin de la memoria, con prescindir del pasado, con el falseamiento de la historia, o con la supuesta instauración de un filtro censor universal al ejercicio del derecho a la información” (Artemi, 2014, p. 17 - 35).

Otras voces consideran que “el derecho al olvido, también llamado derecho a ser olvidado, es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre la información sobre ellas después de un periodo de tiempo determinado” (Terwangne, 2010, p. 4), aunque a juicio del autor esta última acepción se queda corta, ya que, como después se expondrá con mayor detalle, este derecho al olvido no tiene que ir de la mano con la necesidad de que una información caduque o resulte antigua, también puede tratarse de una información reciente, pero inexacta o falsa.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS

A. Regulación comunitaria

La preocupación de regular instrumentos jurídicos referidos al derecho al olvido procede de lo aducido anteriormente, y en síntesis se puede resumir en que “la universalización de la informática, unida a la masiva, imparable y vertiginosa

propagación del uso de internet, con sus inagotables recursos, pero también con los más variados instrumentos que permiten, casi al alcance de cualquiera, la invasión de la privacidad de los ciudadanos, ha derivado en una preocupación general por este fenómeno y puesto de manifiesto la necesidad de su regulación jurídica” (Acedo, 2012, p. 191 – 221).

Como se vio anteriormente, el derecho al olvido se encuentra en una relación directa con el derecho fundamental a la protección de datos, derecho consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución Española (CE). Dicho precepto dicta: “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Además, el Tribunal Constitucional diferencia este derecho de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 18.1 CE, de modo que “el constituyente quiso garantizar mediante el actual artículo 18.4 CE no solo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales de honor, intimidad y propia imagen”. En lo referente al contenido del derecho fundamental a la protección de datos, este consiste “en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona. Esta potestad incluye poder decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, así como permitir al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso” (Hernández, 2013).

El carácter fundamental del derecho a la protección de datos también se consagra en la normativa comunitaria, concretamente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000. Es el artículo 8 de la Carta el que se establece que “toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”. La regulación instrumental de este derecho fundamental se encuentra recogida a nivel comunitario en la Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Así, el artículo 1º de la Directiva 95/46 regula el objeto de la misma, siendo “la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”.

B. La Ley Orgánica de Protección de Datos. Derechos de oposición y cancelación

La regulación jurídica del derecho fundamental a la protección de datos se encuentra en el ordenamiento jurídico español en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (de sigla LOPD), ley que fue dictada como consecuencia de la necesidad de trasponer la Directiva 95/46 aludida anteriormente y su Reglamento de Desarrollo aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (de sigla RLOPD). Así, en el primer artículo de la LOPD se encuentra el objeto de la ley, el cual es “garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

La plasmación jurídica del derecho al olvido en la Ley Orgánica de Protección de Datos, aparece recogida en el título tercero de la ley. Dicho título lleva por rúbrica “Derechos de las personas”, y se encuentra formado desde el artículo 13 hasta el 19, pero los artículos que deben ser destacados, ya que constituyen el núcleo esencial del objeto del presente proyecto de investigación, son el artículo 16 “Derecho de rectificación y cancelación” y el artículo 17 “Procedimiento de oposición, acceso, rectificación o cancelación”. Por tanto, como se avanzaba anteriormente y se expondrá a continuación, el derecho al olvido en internet se encuentra basado en el derecho que tienen los ciudadanos de solicitar que se ejerzan sus derechos de rectificación, cancelación y oposición previstos en el caso español en la LOPD, aunque se debe anunciar que el ejercicio de este derecho es complejo y en ocasiones choca con la normativa comunitaria (analizada posteriormente), confrontación tan importante que ha dado lugar a un pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sentando este Tribunal las bases del ejercicio del derecho a ser olvidado de las redes sociales y los motores de búsqueda por parte de los ciudadanos europeos.

El derecho de rectificación y cancelación de datos e informaciones aparece regulado en el artículo 16 LOPD. Dicho precepto establece que “serán rectificados o cancelados, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos” (art. 16.2). El ejercicio del derecho de rectificación y cancelación aparece regulado en los artículos 31, 32 y 33 RLOPD; de dichos preceptos se obtiene que el marco jurídico existente para ejercerlos es el que sigue:

Concepto: El derecho de rectificación puede ser definido como el derecho del afectado a que se modifiquen los datos inexactos o incompletos, mientras

que el ejercicio del derecho de cancelación dará lugar a que se supriman los datos inadecuados o excesivos. (Art. 31 del Real Decreto 1720/2007).

Procedimiento: En lo referente al derecho de rectificación, el afectado debe solicitar la corrección que desea, acompañando la misma de los documentos justificativos en los que funde sus argumentos. En el caso de que el ciudadano quiera obtener una cancelación de unos datos personales suyos publicados, el reclamante debe indicar claramente los datos referidos, y aportar al igual que en el caso anterior la documentación en que fundamente su derecho. El plazo para contestar por parte del responsable de los datos será de diez días, en el caso que este no conteste el ciudadano podrá presentar una reclamación ante la AEPD. (Art. 32, ROLPD)

El derecho de cancelación o rectificación no es absoluto, sino que puede ser denegado cuando por imperativo legal (incluidos los de derecho comunitario) los datos deban estar publicados o aparezca una relación contractual entre la entidad responsable del tratamiento de los datos y el ciudadano que justifique el tratamiento de los datos. Además,

[...] proyectar genéricamente este derecho en internet y, en particular, en la actividad de los motores de búsqueda resulta altamente conflictivo pues la inexactitud, su carácter incompleto o la retirada o inexistencia de una autorización para el tratamiento de datos, comportaría una facultad habilitante para todo usuarios que pondría ciertamente en cuestión la naturaleza misma y utilidad de los buscadores como herramientas esenciales de la sociedad de la información. (Artemi, 2014, p. 176)

El derecho de oposición se encuentra desarrollado reglamentariamente, así lo marca la LOPD: “los procedimientos para ejercitar el derecho de oposición, acceso, así como los de rectificación y cancelación serán establecidos reglamentariamente” (art. 17.1, LOPD). Son los artículos 34 y 35 del ROLPD los que articulan el procedimiento de oposición, del análisis conjunto de dichos preceptos, se obtiene que el derecho de oposición posee los siguientes puntos claves:

Definición: El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo, siempre que se den alguno de los supuestos regulados en el cuerpo legal. Los cuales son:

a. Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario. (Art. 34, apartado a), ROLPD)

b. Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación. (Art. 34, apartado b), ROLPD)

c. Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este reglamento. (Art. 34, apartado c), ROLPD)

Procedimiento: Para ejercitar el derecho de oposición frente al tratamiento de datos personales, se debe en primer lugar realizar una solicitud al responsable del tratamiento. El responsable del tratamiento debe responder en diez días desde la solicitud, denegando motivadamente la solicitud presentada, o por el contrario proceder a eliminar los datos personales del reclamante. En el caso de que transcurrido el plazo el responsable del tratamiento de datos no responde a la solicitud, el afectado puede presentar una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos.

No todos los derechos son absolutos, incluso los derechos fundamentales tienen límites, así lo expresó el Tribunal Constitucional, “aunque la Constitución no imponga expresamente límites específicos a un derecho fundamental determinado, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales, pues si lo exige el principio de unidad de la constitución” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7). Así, “el respeto por el principio de finalidad y el respeto por el principio de proporcionalidad constituyen importantes criterios que, efectivamente, pueden contribuir a la resolución de casos conflictos relacionados con el derecho al olvido” (Gomes, 2012).

El principio de consentimiento aparece recogido en el artículo 6 de la LOPD, el cual lleva por título “Consentimiento del afectado”. Así, “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa” (art. 6.1., LOPD). El consentimiento también aparece definido en la LOPD, como “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica, e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le concierne” (art. 3.h, LOPD). En último lugar se debe destacar el artículo 6.3 del citado cuerpo legal, que dicta: “el consentimiento podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos”. El principio de consentimiento es aplicable en el terreno del derecho al olvido en un supuesto doble. En primer lugar, en el supuesto de que un ciudadano publique algún dato suyo o comparta algo en una red social, pudiendo en este caso retirar dicha información propia, y en

segundo lugar, el ciudadano puede oponerse a las publicaciones realizadas sobre él sin su permiso, siempre que dicha retirada de información o publicación no altere el derecho fundamental a la libertad de información y expresión (Simón Castellano, 2012). En último lugar se debe destacar el contenido del artículo 11.2.b) LOPD, que considera irrelevante el consentimiento del interesado para la publicación de sus datos personales “cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público”, es decir, cuando la información aparezca publicada en diarios y boletines oficiales.

El segundo principio enunciado anteriormente es el principio de finalidad, el cual se encuentra en una situación de correlación perfecta con el principio de consentimiento. La Ley Orgánica de Protección de Datos establece que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario previo consentimiento del interesado” (art. 11.1, Ley Orgánica 15/1999). Además, el artículo 4.5 del mismo cuerpo legal establece que “los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados”. Este principio tal y como se encuentra configurado “podría constituir una base sólida para el derecho al olvido digital, al establecer que los datos personales serán eliminados o borrados una vez que estos hayan dejado de ser útiles a la finalidad con la que se registraron” (Simón Castellano, 2012, p. 2). En vista de lo anterior este principio, en consonancia con el principio del consentimiento, obliga a realizar en cada caso concreto donde se reclame por parte de algún ciudadano alguna solicitud de derecho de cancelación u oposición, la existencia de información inexacta, desactualizada o innecesaria, con la finalidad de dicha información, ya que la misma puede encontrarse anticuada pero su conservación puede ser importante para el resto de la población, este es el caso TD/01041/2012 llevado a cabo frente a la Agencia Española de Protección de Datos. En el procedimiento no se accede a la solicitud de derecho al olvido por parte del reclamante, produciéndose una “desestimación frente al buscador al considerarse un hecho no obsoleto y de relevancia pública. Se trata de noticias de 1998 en el diario *El País* y un blog de 2011 referentes a una condena de 24 años a unos narcotraficantes por el secuestro con posibles implicaciones con un gobierno latinoamericano y relevancia del reclamante como jefe de cártel de droga en tal país” (AEPD, 2012, p. 27).

Para terminar la información referida a los anteriores principios, cabe sumarse a la opinión de otros autores que consideran que “de la regulación de los derecho de cancelación y de oposición expuesta anteriormente, se deduce, a nuestro

juicio, el carácter instrumental que tienen respecto al derecho al olvido” (Noval, 2012, p. 29).

III. EL PAPEL DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Después de proceder a definir al derecho al olvido, es preciso afinar aún más sobre los orígenes, contenido y límites de esta importante figura. Para realizar esta tarea resulta conveniente buscar los orígenes de este derecho, orígenes que según muchos autores son bastante antiguos, así:

Como antecedente más remoto, podemos encontrar que, ya en 1931, en la Corte de California se resolvió el caso denominado Melvin v. Reid. Se trataba de un asunto en el que la víctima, tras un pasado como prostituta y haber sido acusada de homicidio, había conseguido rehacer su vida, hasta que una película, realizada y exhibida por el demandado bajo el título The Red Kimono desveló su pasado, con su nombre real y le arruinó la vida. La Corte consideró que se había producido una lesión en su privacidad al traer de nuevo a la actualidad aspectos de la vida de la demandante que ya habían quedado olvidados. (Ruiz & Orza, 2011)

En realidad, los orígenes de esta figura, como una facultad de ejercer derechos de oposición y cancelación sobre noticias publicadas en internet, son más recientes. Concretamente esta problemática empieza a surgir en la anterior década, fruto de las reclamaciones de tutela de derechos que los ciudadanos ejercían a los órganos encargados de la tutela del derecho de protección de datos. Este órgano en España es la AEPD¹, agencia que fue creada por el mandato establecido en la LOPD: “la Agencia de Protección de Datos es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones” (art. 35, LOPD). La Agencia Española de Protección de datos como se observará en el análisis de sus memorias anuales publicadas, empieza a partir del año 2007 a preocuparse por el continuo aumento de las solicitudes por parte de los ciudadanos de ejercitar sus derechos de oposición o rectificación explicados con anterioridad. Pero en este punto se debe hacer mención a que en el año 2004 el Garante per la Protezione dei Dati Personal, el órgano italiano encargado de la tutela del derecho a la protección de datos, ya resolvió en el mes de noviembre un caso sobre el “diritto all’oblio” (Simón Castellano, 2015,

- 1 La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) es la autoridad estatal de control independiente encargada de velar por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos. Garantiza y tutela el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los ciudadanos. La Agencia es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones. Se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

p. 228), siendo considerado este órgano como auténtico pionero en la resolución de un caso de esta envergadura; sin embargo, todos los autores sobre esta materia resaltan con una mayor importancia el papel desarrollado por la AEPD: “es obligado reivindicar el papel de las autoridades españolas, en particular de la Agencia Española de Protección de Datos. La Agencia se condujo con rigor e imparcialidad en unos expedientes que se remontan al año 2007” (Silva, 2014).

Todo comenzó un 24 de mayo del 2007 cuando un ciudadano interpuso una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, tras no haber sido atendido su derecho de oposición por Google Spain en primer término, que originó el primer caso de derecho al olvido español. De la lectura del proceso se obtiene que el demandante, al introducir su propio nombre en el motor de búsqueda citado con anterioridad, encontraba como resultado un enlace al boletín oficial de la Provincia de Valladolid, donde aparecía recogida una sanción administrativa hacia su persona. El afectado ejerció su derecho de oposición ante Google alegando el perjuicio que le ocasionaba a su persona esa información, pero Google consideró que la solución a su problema no dependía de su plataforma, sino que dependía de la fuente primaria de información, el BOP de la provincia de Valladolid. El 20 de noviembre de 2007 se dictó Resolución 1046/2007 (de 20 de noviembre, donde se encuentra el primer caso de derecho al olvido) donde se procede a estimar la reclamación formulada y el derecho de oposición ejercido por el reclamante contra Google Spain, S.L., instando a Google a que adopte las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos.

En los fundamentos de derecho esgrimidos por la agencia se deduce una brillantez y razonamiento jurídico innovador, realizando conclusiones que no han sido realizadas por el TJUE hasta siete años después: así, introduce a los motores de búsqueda dentro del ámbito de aplicación de la LSSI, objetivo y territorial, e incluso les atribuye responsabilidad en caso de que vulneren el artículo 8 de la citada de la ley², y en último lugar, hizo mención en su resolución en la necesidad de ponderar la información publicada y el transcurso del tiempo de la misma. En definitiva, “la AEPD entendió que los datos indexados por Google afectaban a la dignidad del reclamante y que lesionaban su derecho fundamental a la protección de datos por lo que, como órgano competente, requirió a Google Spain, como responsable del tratamiento de datos, la adopción de medidas necesarias para adecuar su actuación a la legislación española” (Artemi, 2014, p. 73). Google nunca aceptó estos pronunciamientos, dando siempre las tres mismas respuestas negativas a facilitar el derecho de oposición y cancelación

2 Artículo 8, LSSI: “en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran”.

de los datos, respuestas que equivalen con los tres bloques de dudas planteados por la Audiencia Nacional al TJUE, analizados (posterior o anteriormente), así “Google Spain S.L. ha recurrido estas resoluciones ante la Audiencia Nacional por cuanto considera que la responsabilidad de mantener esos datos accesibles al público es de terceros ajenos” (Ruiz & Orza, 2011, p. 376).

IV. EL ESTABLECIMIENTO DE UN VERDADERO DERECHO AL OLVIDO

A. Análisis de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional el 27 de febrero de 2012

El ejercicio del derecho al olvido ante los motores de búsqueda en internet supone poner en marcha por parte del solicitante un mecanismo complejo y lleno de trabas, complejidad que trasciende de la lectura de los artículos expresados en los apartados anteriores, referidos al derecho de cancelación y al derecho de oposición al tratamiento de datos personales. El ejemplo más ilustrativo de esta dificultad se encuentra en el acontecimiento de hechos narrados en la sentencia TJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, sentencia que ha venido a consagrar la existencia de un auténtico derecho al olvido de los ciudadanos contra la actividad de los motores de búsqueda, y ha supuesto “un gran avance en la seguridad jurídica para los ciudadanos europeos ya que, hasta el momento de publicación de la misma, no estaban definidas las responsabilidades de los editores de sitios webs y buscadores” (Muñoz, 2014, p. 1-7). El pronunciamiento del TJUE tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional Española, a través de su Auto de 27 de febrero de 2012, donde decidió plantear al Tribunal de Justicia de la Unión una cuestión prejudicial de interpretación al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de sigla TFUE).

El caso que se planteaba ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, como no podría ser de otra forma, era un caso referido al ejercicio por parte de un ciudadano de los derechos de cancelación y oposición que la Ley Orgánica de Protección de Datos le facultaba interponer, es decir, la Audiencia Nacional se disponía a resolver un caso de derecho al olvido ante un motor de búsqueda, en concreto Google. De los antecedentes de hecho del Auto de 27 de febrero de 2012, se obtiene la explicación de la contienda, la cual puede ser resumida en los siguientes extremos:

Inicio. El proceso comienza por el ejercicio por parte de D. Carlos José (en adelante el afectado) de su derecho de oposición al tratamiento de sus datos personales ante La Vanguardia Ediciones, S.L., e interponiendo la misma acción contra el motor de búsqueda Google Spain S.L., debido a que cuando

introducía su nombre en el citado buscador, aparecía un enlace a una dirección del citado periódico, donde se mostraba una información relacionada con un embargo derivado de deudas a la seguridad social, deudas que ya no existían en la actualidad. Así, en palabras del propio afectado, “según Google sigo siendo deudor y casado”.

Como consecuencia de la desestimación de su solicitud tanto por La Vanguardia Ediciones, S.L., como por Google Spain S.L, tal y como se explicó anteriormente en el estudio pormenorizado de la normativa sobre el derecho de oposición, el afectado interpuso una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos el 5 de noviembre de 2010 con el objeto de que se obligara tanto al periódico como al motor de búsqueda a eliminar estos datos desactualizados.

Actuación de la AEPD: El Director de la Agencia Española de Protección de Datos en su resolución de 30 de julio de 2010 (TD/650/2010), estimó parcialmente la solicitud interpuesta por el afectado, ya que concedió este derecho de oposición en lo referido a las reclamación contra Google Spain, instando al motor de búsqueda para que eliminara de sus resultados dicha información, pero sin embargo, no estimó la solicitud referida a La Vanguardia Ediciones, S.L., ya que la publicación en este diario tenía una justificación legal, la de generar una mayor publicidad a la subasta al objeto de conseguir una mayor concurrencia de licitadores a la misma.

Contra la resolución del Director de la Agencia de AEPD, se interpuso recurso por parte de Google Spain, en el que se solicitaba la nulidad de la resolución administrativa anterior.

Procedimiento judicial: En el análisis del caso en cuestión, la Audiencia Nacional considera que se debe elevar una cuestión prejudicial para resolverlo, ya que existen varias dudas en la aplicación de los preceptos de la Directiva 95/46. Las preguntas planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se dividen en tres bloques diferenciados:

El primer bloque se encuentra formado por las dudas acerca de la aplicación territorial de la Directiva 95/46 CE, y por consiguiente la aplicación de la normativa española traspuesta. Esta Directiva establece en su cuerpo que

Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando: a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá

adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable. (Art. 4.1 (a) de la Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995)

La duda que asalta al Tribunal consiste en saber si se puede incluir a Google Spain, S.L., al ser un filial de Google Inc., dentro del término “establecimiento” usado por la Directiva citada, y por tanto poder aplicar la normativa estatal al supuesto.

El segundo bloque consistiría en determinar “si la actividad del buscador de contenidos, Google, encaja en el concepto de tratamiento de datos contenido en el artículo 2 Directiva 95/46 CE, es decir el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la misma” (Muñoz, 2014, p. 2).

El concepto de tratamiento de datos aparece recogido en la Directiva 95/46 CE, en los siguientes términos:

Cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción. (Art. 2 (b) de la Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995)

La respuesta de Google en este sentido siempre ha sido la negación de que su actividad se correspondiera con el concepto de tratamiento de datos, existiendo autores conformes a este argumento antirresponsabilidad del buscador: “en un símil bastante acertado, diríase que la información disponible en la red se asemeja a colocar libros para consulta de cualquiera que se aproxime a la vivienda, dedicándose únicamente Google a lanzar robots que transitan las calles y elaboran índices acerca de lo que contienen todos libros ubicados en estanterías de acceso público” (Grauer, 2014, p. 1 - 12).

El tercer bloque de la cuestión prejudicial emitida se centra en averiguar el alcance de los derechos de oposición y suspensión regulados en Directiva 95/46 CE, concretamente en averiguar si los afectados pueden dirigirse directamente a los motores de búsqueda sus reclamaciones o deben acudir siempre a la fuente original de la información que Google indexa en su sistema de búsqueda. El derecho de oposición se encuentra regulado en la Directiva 95/46 CE en los

mismos términos en los que anteriormente se expusieron en el apartado correspondiente al análisis de la normativa de LOPD y el RLOPD.

Hasta aquí se ha procedido al análisis de la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de suerte tal que “el auto de 27 de febrero de 2012 ha sido valorado en toda Europa por su rigor, su precisión y su calidad técnica” (Silva, 2014, p. 9), pues ha introducido incluso “una definición del derecho al olvido, según la cual este derecho ampara el deseo o voluntad de una persona a que una determinada noticia o información que aparece vinculada a ella y que permite identificarla no pueda ser indexada, mantenida indefinidamente y difundida por los buscadores de internet” (Noval, 2012, p. 29).

B. Análisis de Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014

Corresponde ahora proceder al análisis de la sentencia del TJUE, sentencia que ha supuesto el reconocimiento de un derecho a ser olvidado en internet cuando concurren ciertos requisitos que serán objeto de análisis. “El Tribunal de Luxemburgo, en el caso Google vs. AEPD, ha sido, ante todo, un juez garante de derechos que ha confirmado la alta condición jurídica que ya venía atribuyéndose al derecho a la protección de datos personales tanto en su jurisprudencia como en el marco legal y constitucional europeo” (Artemi, 2014, p. 70). El TJUE se dedica a responder la cuestión prejudicial en función de los bloques enumerados anteriormente, por tanto y siguiendo con la anterior estructura, se desglosará la respuesta del tribunal en tres bloques:

En primer lugar, el tribunal aborda la cuestión relacionada con el segundo bloque, es decir, con el ámbito de aplicación material de la Directiva 95/46 CE, respondiendo a la cuestión sobre si los motores de búsqueda realizan en el marco de su actividad un tratamiento de datos personales, estableciendo que “debe declararse que al explorar en internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda recoge tales datos que extrae, registra y organiza posteriormente en el marco de sus programas de indexación, conserva en sus servidores y, en su caso, comunica y facilita el acceso a sus usuarios en forma de lista de resultados de sus búsquedas” (Sentencia TJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, apartado 28). En función de lo anterior, el Tribunal considera que la actividad de los motores de búsqueda debe sentirse incluida dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva en cuestión recogido en el artículo 2 desarrollado anteriormente. De

este modo, el TJUE niega el principal argumento esgrimido por Google en este apartado, ya que a juicio del Tribunal el automatismo propio de las funciones del motor de búsqueda no le constituye como un sujeto neutral ante el proceso del tratamiento de datos.

Parte de los estudiosos del denominado derecho al olvido consideran que no se realiza por parte de los motores de búsqueda un verdadero tratamiento de datos, porque “los datos personales en origen, quien puede utilizar, los códigos de exclusión, como son las etiquetas meta, para limitar el funcionamiento de los motores de búsqueda en internet, evitando total o parcialmente, e incluso a partir de una determinada fecha, la indexación o rastreo por parte del buscador” (Simón Castellano, 2015, p. 257). Sin embargo, esta cuestión también ha sido objeto de análisis en la Sentencia en cuestión, estableciendo el Tribunal que “la falta de indicación por parte de estos editores no libera al gestor de un motor de búsqueda de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales que lleva a cabo en el marco de la actividad de dicho motor” (Sentencia TJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, apartado 39).

En segundo lugar, el TJUE procedió al análisis de la primera cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, relativa al ámbito de aplicación territorial de la Directiva 95/46 CE, previsto en el artículo 4, desarrollado anteriormente. Google siempre ha mantenido la inaplicabilidad de dicha directiva, debido a que las funciones de buscador las realiza Google Search, compañía con sede en Estados Unidos de América, mientras que Google Spain realizaba funciones comerciales, pues bien, en palabras del propio Tribunal “la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google Search” (Sentencia TJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, apartado 46). En el análisis de este bloque, el Tribunal llega a la conclusión de que la actividad desarrollada por Google Spain se enmarca dentro del término establecimiento utilizado por la Directiva, ayudado en este razonamiento por lo establecido en el Considerando 19 de la Directiva que añade dos requisitos para catalogar una actividad desarrollada por una organización como un establecimiento, que son, en primer lugar, el ejercicio efectivo y real de una actividad mediante una instalación estable, y en segundo lugar, la no importancia de la forma jurídica del establecimiento en cuestión. Para llegar a esta conclusión, el TJUE además “consideró que la protección eficaz y completa perseguida por la Directiva 95/46 obliga a prescindir de una interpretación restrictiva del término marco de actividades reducida a que el tratamiento deba realizarse por el establecimiento” (Artemi, 2014, p. 274).

Para concluir con este bloque, el Tribunal establece que

[...] las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisociablemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades. (Sentencia TJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, apartado 56)

En último lugar, el Tribunal analiza la tercera cuestión prejudicial relativa al alcance de los derechos de oposición y cancelación de los ciudadanos, anclados en los artículos 12.b) y 14.1.a) de la Directiva. El Tribunal considera que estos artículos deben interpretarse de forma que se permite a los eventuales reclamantes solicitar la eliminación de datos personales contenidos en la red, aunque estos datos no sean falsos, ya que pueden ser verdaderos, pero aun así su tratamiento puede ser ilegítimo. El tratamiento será considerado ilegítimo “cuando los datos personales son inadecuados, no pertinentes o ya no pertinentes o son excesivos en relación con estos fines y el tiempo transcurrido” (Sentencia TJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, apartado 93). El Tribunal “resume magníficamente cómo el tratamiento de datos personales por los buscadores puede afectar significativamente a los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos” (Artemi, 2014, p. 279), ya que en sus propias palabras, la actividad del motor de búsqueda “permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado” (Sentencia TJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, apartado 8o).

En vista de lo anterior, se puede afirmar que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el transcurso de los segundos, minutos, días, años, afectan al tratamiento de la información, y por lo tanto, información que hace cinco años era considerada como pertinente, por el transcurso del inagotable paso del tiempo se ha convertido en candidata de ser borrada de internet. Otros de los argumentos que desmonta el TJUE a Google se basa en la necesidad de que los ciudadanos reclamen en primer lugar a la fuente principal de la que el buscador recaba la información, así, se “puede solicitar la desindexación sin que sea necesario haber acudido previamente a solicitar la retirada de contenidos en la página web de origen, puesto que la información puede ser legítima en esa página fuente por la existencia de intereses legítimos” (Simón Castellano, 2015, p. 261).

Para concluir con el análisis de la sentencia, cabe destacar dos conclusiones extraídas del último punto desarrollado por el Tribunal. Cuando solicitan al motor de búsqueda la desindexación de la información, los ciudadanos no deben alegar perjuicio económico ninguno, sino simplemente la existencia de una información que no respeta su derecho fundamental a la protección de datos personales. Y en segundo lugar, el TJUE estableció el derecho fundamental al ejercicio del derecho al olvido por parte de los ciudadanos, este límite radica en el tratamiento de los denominados datos personales públicos. Respecto a este límite, su existencia conllevará que se deba realizar en cada caso concreto una ponderación entre el derecho a que se borre ese contenido o el derecho de información pública, así “serán en cada caso los tribunales ordinarios los que deban realizar una ponderación detallada de modo que, sobre la base de la prevalencia de los derechos de rectificación y supresión que amparan al titular de los datos, prevalencia que se reconoce no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda sino también sobre el interés del público de acceder a dicha información” (Guerrero, 2014). En relación con esta ponderación surgen dudas:

[...] entre las dificultades que el encargado de dar respuesta a las solicitudes de ejercicio del derecho al olvido de los ciudadanos se encontrará podemos citar, a modo de ejemplo, la determinación del tiempo que debe transcurrir para que una información deje de tener pertinencia, actualidad o vigencia pública, y las circunstancias en las que el regreso al anonimato de una persona que en su día pudo desempeñar un cargo o papel en la vida pública reduzca el interés público en disponer de esa información y haga prevalecer los derechos de protección de los datos personales y la vida privada de esa persona. (Minero, 2014)

Además, en este sentido el Tribunal establece que tampoco cabrá el ejercicio del derecho al olvido en los casos en que el tratamiento de los datos se realice con fines periodísticos, en función de lo establecido en el artículo 9 de la Directiva 95/46³; ahora bien, esta limitación solo beneficia a los webmaster o fuentes primarias, nunca a los motores de búsqueda que no podrán ampararse en ella.

C. Las consecuencias del pronunciamiento europeo

Una vez que se hizo público este pronunciamiento, la vida del derecho al olvido cambió radicalmente, de tal modo que, los tribunales europeos, nada más

3 Artículo 9 de la Directiva 95/46 CE: “En lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones solo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión”

proceder a analizar la sentencia del TJUE, empiezan a reconocer en sus pronunciamientos la existencia de un derecho al olvido en internet. En el caso de los tribunales españoles, el primero en reconocerlo es la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia número 364/2014, proceso que empezó con una solicitud de tutela por parte del reclamante para eliminar una información accesible a través de los buscadores de Google relativa a actos cometidos en el pasado, más de doce años atrás. La Audiencia dedica el octavo fundamento de derecho de su pronunciamiento, a analizar las conclusiones obtenidas por el TJUE, haciendo un importante énfasis en los tres bloques de cuestiones prejuiciales interpuestas por la Audiencia Nacional y resueltas. Esta sentencia da la razón al actor y obliga a Google a eliminar los enlaces que se encontraban relacionados con ese hecho del pasado, pero lo novedoso de esta sentencia es que reconoce que el daño ocasionado por Google es indemnizable, extremo que no había sido del todo precisado por el TJUE, y tampoco se encuentra previsto en la normativa, como indica el propio Tribunal: “el incumplimiento de la normativa de protección de datos no implica automáticamente un daño o lesión indemnizable del afectado”⁴. La Audiencia condenó a Google a indemnizar al reclamante con la cantidad de 8.000 euros por daños morales a su persona.

En septiembre de 2014, dos meses después del pronunciamiento de la Audiencia Provincial, el Tribunal de Gran Instancia de París dictó sentencia referida a un caso de derecho al olvido en internet. El proceso surgió debido a una reclamación interpuesta por una pareja para que se eliminara información difamatoria de ellas de la red. Google eliminó los enlaces a la misma solo en territorio francés, pero no en el resto del mundo. Ante este comportamiento, y acogiendo los pronunciamientos del TJUE, el Tribunal condenó a Google a pagar una indemnización de 1.500 euros, más otra de 1.000 euros por cada día en el que siguieran disponible los enlaces hacia esa información.

Pero no solo los tribunales de justicia europeos han alterado su funcionamiento a través del famoso pronunciamiento, sino que también se ha visto alterada la actividad de los motores de búsqueda. La más afectada, no podía ser de otra forma, ha sido Google. En efecto, Google estableció un enlace propio, tras conocer la sentencia, para que los ciudadanos que quisieran que alguna información suya privada fuera olvidada en la red, lo pudieran solicitar. Desde la fecha de la sentencia hasta el 23 de enero de 2015, Google se ha enfrentado a 743.250 solicitudes de borrado de URL en toda la Unión Europea, y han sido aceptadas directamente por el buscador, sin necesidad de recurrir a ninguna contienda judicial, más del 33% de las solicitudes.

4 Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia número 364/2014, FJ 27.

V. LA REGULACIÓN COMUNITARIA ACTUAL DEL DERECHO AL OLVIDO

A. Antecedentes legislativos. Motores del cambio

Anteriormente se expuso el trabajo de las agencias de protección de datos europeas, haciendo más énfasis en el brillante trabajo desarrollado en este sentido por parte de la AEPD, mostrando siempre su preocupación por permitir a los ciudadanos tener un verdadero derecho fundamental a la protección de datos, derecho que debe amparar dentro de su esfera al derecho al olvido. Las múltiples referencias realizadas en las resoluciones de estas agencias a la necesidad de avanzar en la regulación de este derecho en la normativa comunitaria, poco a poco fueron creando un terreno proclive a la reforma de las normas que regulaban esta cuestión, debido a que la Directiva de Protección de Datos 95/46, estudiada con anterioridad, se quedaba con el paso del tiempo obsoleta, de tal modo que “casi dos décadas después de su adopción, resulta obligado constatar que la rapidez de la evolución tecnológica y la globalización plantean inmensos retos especialmente vinculados a los riesgos para la protección de la intimidad y los datos personales provocados por las actividades online” (Artemi, 2014, p. 34). En este sentido también se pronunció el Dictamen de 1º de diciembre de 2009 emitido por las Autoridades Europeas de Protección de Datos, considerando que era necesario un nuevo marco legal que permitiera el ejercicio de los derechos de los ciudadanos de una forma más correcta que el ejercicio que permitía desarrollar la Directiva 95/46 CE⁵.

A partir del 2010 los órganos oficiales de la Unión Europea empiezan a considerar la necesidad de reformar la normativa actual para crear un marco que favorezca la aplicación del derecho al olvido en Europa. Muestra de lo anterior es la Comunicación de la Comisión Europea de 4 de noviembre de 2010 titulada “Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea”⁶. En esta comunicación, la Comisión se centra en primer lugar en centrar el problema existente, problema referido al avance de las nuevas tecnologías:

[...] las respuestas recibidas a las consultas, tanto de particulares como de organizaciones, confirman la necesidad de clarificar y precisar la aplicación de los principios de la protección de datos a las nuevas tecnologías, con el fin de garantizar una protección real y efectiva de los datos personales, cualquiera que sea la tecnología utilizada para tratar estos datos, y que los responsables del tratamiento de los datos tengan plena conciencia de las implicaciones de las nuevas tecnologías en la protección de datos. (Comunicación de la Comisión Europea de 4 de noviembre de 2010, p. 3)

5 Dictamen de 1º de diciembre de 2009 emitido por las Autoridades Europeas de Protección de Datos, en http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp168_en.pdf

6 Comisión Europea de 4 de noviembre de 2010, en http://ec.europa.eu/health/data_colle

Uno de los objetivos que se encuentran dentro de la citada comunicación es el de reforzar el control sobre los datos propios. La Comisión cita en este apartado el contenido del artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, explicado anteriormente, y llega a la conclusión de que los órganos comunitarios deben esforzarse para que el responsable del tratamiento de datos personales no realice un tratamiento distinto del necesario con los datos en cuestión, y en segundo lugar los interesados siempre puedan tener un control efectivo sobre sus datos. Es en este apartado donde se encuentra una primera definición del derecho al olvido introducida por las instituciones comunitarias, siendo considerado “el derecho de las personas a que sus datos no se traten y se supriman cuando dejan de ser necesarios con fines legítimos. Se trata, por ejemplo, del caso en que la persona retira su consentimiento al tratamiento de datos, o del caso en que haya expirado el plazo de conservación de los datos” (Comunicación de la Comisión Europea de 4 de noviembre de 2010, p. 8). La anterior definición “cita el principio de consentimiento y el principio de finalidad, al exigir la existencia de finalidades legítimas, y que hace hincapié en el derecho a cancelar, retirar o suprimir los datos personales cuando estos han sido divulgados sin consentimiento” (Simón Castellano, 2015, p. 233).

Fruto de la comunicación de la Comisión de noviembre de 2010, se creó una consulta cívica desde la fecha anterior hasta el día 15 de enero de 2011, en relación con la propuesta de reformar el marco vigente europeo de protección de datos⁷. Entre todas las contribuciones realizadas destaca especialmente la reproducida por la AEDP⁸, donde la Agencia realiza a lo largo de la misma, dos alusiones concretas al problema existente sobre el derecho al olvido. En primer lugar, relata a tal efecto que

[...] acoge con satisfacción la preocupación manifestada por la Comisión sobre la necesidad de clarificar el llamado “derecho al olvido”, en especial en internet. Esta Agencia aprecia que aparecer en buscadores o redes sociales plantea, para muchos usuarios, problemas personales, sociales y laborales; y que muchos de ellos desearían que dicha información personal dejase de estar disponible en la Red, borrándose el rastro creado durante el tiempo que utilizaron internet. (AEDP, sf)

En segundo lugar, la Agencia reflexiona sobre el actual marco legal en materia de protección de datos, considerando que el sistema vigente debe garantizar el ejercicio del derecho al olvido por cuatro motivos:

7 Todas las contribuciones realizadas se encuentran en <http://ec.europa.eu/justice/news/cons>

8 Contribución de la AEDP, en <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/cana>

- En primer lugar, establece que la característica fundamental de todo consentimiento es que puede ser revocado.
- Por otro lado, realiza una mención al artículo 6.1.c) de la Directiva 95/46, donde se establece expresamente que los datos objeto de tratamiento no podrán ser excesivos. Del mismo modo, hace alusión al artículo 6.1.d), cual recoge que “deben tomarse todas las medidas razonables para que aquellos datos inexactos e incompletos [...] sean suprimidos o rectificados”.
- En tercer lugar, analiza el artículo 12.b) donde se garantiza el derecho del interesado a obtener del responsable del tratamiento, “en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos”.
- Finalmente, alude al artículo 14, donde se establece el marco fundamental del denominado derecho de oposición.

En vista de lo anterior, parecería que la AEPD no es favorable a cambiar la normativa comunitaria de protección de datos, sobre todo en lo referente al desarrollo del derecho al olvido, pero esto no es del todo cierto, ya que de las propias palabras de la Agencia se obtiene que

[...] no obstante, el marco comunitario debe clarificar las posibilidades del ejercicio de dicho derecho a través de medidas de obligado cumplimiento para los responsables del tratamiento, que garanticen mecanismos sencillos para su ejercicio, la adopción de tecnologías que impidan la indexación de datos de carácter personal por motores de búsqueda y su aplicación efectiva en plazos perentorios. (Contribución de la AEDP, p. 4)

B. Propuesta de reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos

Una vez analizadas todas las contribuciones cívicas realizadas, la Comisión Europea presentó con fecha de 25 de enero de 2012 una propuesta de Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁹ (de sigla RDPG). Esta propuesta de Reglamento ha sido objeto de numerosas enmiendas, pero en su

9 Propuesta de Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, consultado en <http://ec.europa.eu/justice/data-prot>

primera versión el derecho al olvido se encontraba regulado en el artículo 17, el cual llevaba por rúbrica “Derecho al olvido y a la supresión”. Este artículo establece lo siguiente respecto al ejercicio del derecho al olvido:

[...] el interesado tendrá derecho a que el responsable del tratamiento suprima los datos personales que le conciernen y se abstenga de darles más difusión, especialmente en lo que respecta a los datos personales proporcionados por el interesado siendo niño, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (a) los datos ya no son necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados; (b) el interesado retira el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra a), o ha expirado el plazo de conservación autorizado y no existe otro fundamento jurídico para el tratamiento de los datos; (c) el interesado se opone al tratamiento de datos personales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19; (d) el tratamiento de datos no es conforme con el presente Reglamento por otros motivos.

Cuando el responsable del tratamiento contemplado en el apartado 1 haya hecho públicos los datos personales, adoptará todas las medidas razonables, incluidas medidas técnicas, en lo que respecta a los datos de cuya publicación sea responsable, con miras a informar a los terceros que estén tratando dichos datos de que un interesado les solicita que supriman cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos. Cuando el responsable del tratamiento haya autorizado a un tercero a publicar datos personales, será considerado responsable de esa publicación. (Art. 17.2. Propuesta de Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos)

Del apartado tercero del citado artículo se extrae que el responsable del tratamiento debe proceder a la supresión de los datos solicitados sin demora, salvo en el caso que la conservación de los datos personales sea necesaria, en los cuatro supuestos contemplados a continuación:

- Para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.
- Por motivos de interés público en el ámbito de la salud pública.
- Con fines de investigación histórica, estadística y científica.
- Para el cumplimiento de una obligación legal de conservar los datos personales impuesta por el Derecho de la Unión o por la legislación de un Estado miembro a la que esté sujeto el responsable del tratamiento.

El Ministerio de Justicia español el 27 de noviembre de 2012 publicó la posición española favorable a una regulación expresa del derecho al olvido. Esta posición

[...] pretendía una visión posibilista del derecho al olvido delimitadora de la obligación de informar a terceros cuando se hubiera permitido, expresa o tácitamente, el acceso de estos a los datos, y sustentada sobre la proporcionalidad entre las medidas para preservar el olvido y sus efectos. Con ello, España proponía una evaluación de la responsabilidad exigible a los operadores de internet centrada en cada caso concreto sin que cupiese a priori atribuirle al responsable origina una especie de responsabilidad objetiva por los actos de terceros. (Artemi, 2014, p. 34)

El Parlamento Europeo aprobó en primer lectura, en una votación que se desarrolló el 12 de marzo de 2014, la resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁰.

La propuesta en lo referente al derecho al olvido sufre una serie de modificaciones, algunas de ellas pocos trascendentales, pero otras poseen una mayor importancia. En primer lugar, se produce una alteración en el título del artículo, así el artículo 17 pasa a denominarse “Derecho a la supresión”, frente al título anterior que correspondía a “Derecho al olvido y a la supresión”. Esta modificación no carece de mucha importancia, aunque la no denominación al artículo incluyendo el término “olvido”, hacía presagiar al juicio del que escribe, alguna modificación más importante a lo largo del articulado, como efectivamente se produjo. La principal modificación se encuentra en el artículo 17.2, cuyo texto fue reproducido anteriormente antes de producirse su enmienda, actualmente queda configurado en los siguientes términos:

Cuando el responsable del tratamiento contemplado en el apartado 1 haya hecho públicos los datos personales sin una justificación basada en el artículo 6, apartado 1, adoptará todas las medidas razonables para que los datos sean suprimidos, también por terceros, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77. Cuando sea posible, el responsable del tratamiento informará al interesado de las medidas tomadas por los terceros en cuestión.

Tras este cambio, “la posibilidad de que los motores de búsqueda sean destinatarios, también, del derecho al olvido, no es del todo factible tras las enmiendas incorporadas al artículo 17, en la medida que se ha eliminado la mención del

10 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/g>

derecho a obtener de los terceros la supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o replica de los mismos" (Simón Castellano, 2015, p. 239). En consecuencia de lo anterior, parece que de las enmiendas introducidas en el presente artículo, el legislador europeo quiere proteger la función de los grandes lobbies de motores de búsqueda, creando una mayor responsabilidad en la fuente principal de la información. A juicio del que escribe, no es admisible este blindaje a los motores de búsqueda, y con la exposición anterior de la STJUE de 13 de mayo de 2014, se puede observar que el Tribunal y el que escribe se encuentran en la misma posición jurídica.

Estos acontecimientos han narrado el origen del cambio en la legislación europea en lo referido al derecho al olvido, derecho cuyo perfilamiento por parte del TJUE, ha logrado unos extremos que como se desprende de su regulación, los legisladores europeos no querían o no imaginaban.

CONCLUSIONES

El presente autor ha llegado a una serie de conclusiones:

1. El derecho al olvido fue, es y será, un proyecto dentro del que se enmarca una mayor preocupación por parte de las autoridades europeas y nacionales, de proteger y aumentar el marco de acción del derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho como se estableció en el presente artículo, se encuentra consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre del 2000, concretamente en el artículo 8, y su carácter fundamental en el ordenamiento jurídico español lo establece el artículo 18.4 de la Constitución Española.
2. La configuración actual del derecho al olvido ha soportado un camino largo y cargado de trabas que se han puesto de manifiesto en los diferentes apartados del trabajo. En estas etapas, las solicitudes de tutela de derecho de oposición y cancelación emitidas por los ciudadanos españoles ante la Agencia Española de Protección de Datos han resultado fundamentales, como también los esfuerzos de los órganos de la Unión Europea para establecer un marco jurídico distinto e innovador a este derecho.
3. La pequeña investigación realizada por el presente autor ha permitido averiguar el número de solicitudes de derecho al olvido registradas durante el periodo 2007-2013 en España. Los resultados de la misma proporcionaban el dato que Madrid, es la "provincia menos olvidada" de España, y por el contrario, Huesca es la "provincia más olvidada de España". Analizando los resultados, parece lógico que las provincias con mayor número de habitantes

son las que han registrado mayor número de solicitudes, afirmación que se demuestra incluso analizando la Comunidad Autónoma donde se ubica la Universidad de Extremadura, ya que en la provincia de Badajoz se ubican más solicitudes que en la provincia del norte.

4. El autor aprovecha este momento para resaltar la labor brillante no solo de la Agencia Española de Protección de Datos, actuación resaltada anteriormente, sino también de los tribunales y abogacía españoles. La cuestión prejudicial emitida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en febrero de 2012, ha sido tachada de elogios por parte de la crítica internacional, y ha conseguido delimitar y perfilar un auténtico derecho al olvido en Europa.
5. En el texto del artículo se ha mencionado en bastantes ocasiones a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, y esta reiteración no es por capricho del autor. La sentencia citada es el último impulso que necesitaba el derecho al olvido para poder consagrarse como un auténtico derecho, derecho que debe entenderse como fundamental por desprenderse del derecho fundamental a la protección de datos. Es el Tribunal el que determina cuáles serán los requisitos de acceso a este derecho y cuál es la ponderación que se debe realizar por parte del buscador para eliminar dicho URL, estableciendo cuestiones tan importantes como la no necesidad de acudir a la fuente original en primer lugar para pedir la eliminación de dicha información, antes que proceder a reclamar al buscador. Es, en conclusión, una sentencia atrevida, donde se demuestra que los jueces de la Unión Europea actúan sin tener en cuenta el poder de grandes grupos empresariales, como es el caso de Google.
6. El presente autor se considera crítico con las funciones de los motores de búsqueda, pero no porque él mismo posea ningún enlace que desee eliminar de sus pulpos de tentáculos que todo lo encuentran, sino porque los argumentos esgrimidos, fundamentalmente por Google, cada vez que se le planteaba una petición de eliminación de URL, eran muy pobres y su único objetivo era librarse de una responsabilidad inherente a su actuación, hasta tal punto que como el que escribe ha hecho constar en el trabajo, quieren desprender de sus contestaciones que su actuación es "semidivina". Tras la sentencia Google facilitó un enlace para que los ciudadanos que quisieran eliminar alguna información suya en la red lo pudieran realizar, esta compañía sigue aconsejando a los reclamantes que se dirijan en primer lugar a la fuente primaria para reclamar, aunque, cierto es, esto es una simple recomendación.

7. Para concluir, el presente autor quiere permitirse el lujo de definir de forma propia este derecho. El derecho al olvido en internet es un proceso complejo, que empieza con una solicitud por parte de un reclamante dirigida a un determinado sitio web o a un motor de búsqueda, cuando observa que se encuentra publicada en internet una información suya desactualizada, falsa o difamatoria, que quiere que se excluya de ese sitio web, y en consecuencia deje de ser accesible a través de los motores de búsqueda, solicitud que resultará estimada siempre y cuando no resulte de interés público la continuidad de la información en la red, o posea la misma fines periodísticos o investigativos.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo, A. (2012). El derecho al olvido en internet como componente esencial del derecho al honor en el siglo XX. En Savaris , Jose Antonio: *Dirieitos Fundamentais da Pessoa Humana*. Curitiba: Editorial Alteridade.
- Adsuar, Y. (2013). La elección de ser olvidado en la red: derecho o privilegio. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 864. pp 5 - 20
- AEPD (2012). Memorias del año 2012. Disponible en <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/can>
- Artemi, (2014). *El derecho al olvido en internet. Google versus España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Asensio, M. (2015). *Derecho privado en Internet. Estudios y comentarios legislativos*. Editorial Aranzadi, SA, Madrid: Editorial Aranzadi.
- Cebrián, M., (2008). La web 2.0 como red social de comunicación e información. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 14. Pp 345-362
- Garriga, A. (2009). *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Gomes De Andrade, N. (2012). El olvido: el derecho a ser diferente de uno mismo. Una reconsideración del derecho a ser olvidado. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 13 pp 67-83
- Grauer, I. (2014). Bases para una jurisprudencia unificada sobre desindexación de contenidos en internet. *Diario la Ley*, 8374.pp 1 - 12
- Guerrero, J. (2014). La sentencia del asunto Google: configuración del derecho al olvido realizada por el TJUE. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4. Pp 135 - 146
- Heredero, M. (2012). Web 2.0: Afectación de derechos en los nuevos desarrollos de la web corporativa. *Cuadernos Red de Cátedras Telefónica*, 6. pp 1 - 40
- Hernández, M. (2013). El derecho al olvido en la web 2.0. *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, 11. Madrid. Universidad de Salamanca
- Llaneza, P. (2010). Derechos fundamentales e internet. *Cuadernos de Comunicación e Innovación*. Fundación telefonica

Martínez, R. (2013). ¿Quién debería olvidarnos en Internet?. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 864/2013.

Minero, G. (2014). A vueltas con el derecho al olvido: Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital. *RJUAM*, 30(II) pp 129 - 159

Muñoz, J. (2014). El llamado derecho al olvido y la responsabilidad de los buscadores. *Diario La Ley*, 8317 pp 1 - 13

Noval, J. (2012). Algunas consideraciones sobre la futura regulación del derecho al olvido. *RCE*, 120 pp 30m- 31

Ruiz, S. & Orza, R. (2011). El derecho al olvido en internet. En Cerrillo Martinez et al: *Neutralidad de la red y otros retos de futuros para internet*. Editorial Huygens pp 243 - 260

Silva, M. (2014). El derecho al olvido como aportación Española y el papel de la abogacía del Estado, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Octubre, 2014.

Simón Castellano, P. (2012). El derecho al olvido en el universo 2.0. *Textos Universitarios de Biblioteconomía i Documentació*, 28. <<http://bid.ub.edu/28/simon2.htm>>. DOI: <http://dx.doi.org/10.1344/105.000001808>

Simón Castellano, P. (2015). *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*. Barcelona: Editorial Bosch.

Terwagne, C. (S.F.). Privacidad en internet y el derecho a ser olvidado. VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. En <http://idp.uoc.edu/articles/10.7238/idp.voi13.1020/galley/1117/download/>.

Fuentes legislativas

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de Diciembre del año 2000 (2000/ C 364/ 01).

Constitución Española de 28 de Diciembre de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de Octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al

tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Nº L 281/31.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos. BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008.

Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, de 12 de Marzo de 2014.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 16 de Septiembre de 2014.

En esta sentencia el Tribunal condenó a Google a pagar una indemnización de 1500 euros, más otra de 1000 euros por cada día en el que siguieran disponible los enlaces relativos a una solicitud de borrado por parte de una pareja francesa.

Sentencia TJUE (Gran Sala) de 13 de Mayo de 2014. Este fallo judicial ha sentado las bases para la existencia de un auténtico derecho al olvido y la necesidad de regularlo jurídicamente.

STC 11/1981, de 8 de Abril. En esta sentencia se establece que el primer límite de ejercicio de un derecho fundamental, debe ser el respeto a los demás derechos fundamentales.

STC 292/2000 de 30 de Noviembre. Este pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución Española, establece el núcleo básico de protección del derecho fundamental a la protección de datos.

LOS MINISTROS DE CULTO EN EL SISTEMA ELECTORAL MEXICANO: RÉQUIEM O RESUCITACIÓN DE SUS DERECHOS POLÍTICOS

THE MINISTERS OF CULT IN THE MEXICAN ELECTORAL SYSTEM: REQUIEM OR RESUME THEIR POLITICAL RIGHTS

*Carlos Manuel Rosales**

Fecha de recepción: 10 de febrero de 2017

Fecha de aceptación: 6 de marzo de 2017

RESUMEN

Este escrito tiene como finalidad mostrar cómo la limitación constitucional y legal que impide que los ministros de culto puedan participar como candidatos a cargos de elección popular lesionan la posibilidad de participación libre que permite la construcción de una verdadera democracia.

Palabras claves: limitación al ejercicio de la democracia, separación de funciones, ministros de culto, cargos de representación popular.

ABSTRACT

This paper aims to show how the constitutional and legal limitation that prevents the ministers of worship from participating as candidates for elected positions, damages the possibility of free participation that allows the construction of a true democracy.

Key words: limitation to the exercise of democracy, separation of functions, ministers of worship, positions of popular representation.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Magíster y Doctorado en la Universidad de Chile. Docente Universidad Autónoma de México y Centro de Investigación y Docencia Económica.

INTRODUCCIÓN

Los derechos políticos permiten la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Y si esta participación es deliberada y robusta, se obtiene una democracia más sólida. El presente trabajo tiene por objeto exhibir una realidad que sucede en México, la imposibilidad jurídica para que los ministros de culto puedan participar como candidatos a los cargos de representación popular y de poder asociarse para constituirse como instituto político.

Esta limitación constitucional y legal se basa en el esquema de separación de funciones. Este muro de separación nació en el gobierno de Benito Juárez, con las leyes de Reforma y la Constitución de 1857, con el objetivo de limitar la omnipresencia e intervención de la Iglesia.

Hoy se debe reconsiderar si tiene vigencia el discurso que limita a los ministros de culto para participar de manera integral en los asuntos democráticos del país, donde se justifica intrínsecamente la separación de lo religioso y los temas de Estado.

Actualmente se tiene que observar, reflexionar y ponderar que los ministros de culto son ciudadanos que contribuyen al Estado y que son parte de nuestra sociedad. Que sus derechos de participación política están limitados por la normatividad, empero esos mismos derechos políticos son reconocidos y protegidos en tratados internacionales. En este plano convencional se advierten sus derechos de poder concursar como candidatos de elección y de poder asociarse políticamente, además de sufragar, expresar su preferencia política, criticar al gobierno y opinar de los asuntos públicos.

Este trabajo analizará la vigencia de la separación de los ministros de culto y su prohibición (imposibilidad por su oficio) para ser candidatos a cargos de representación popular y el impedimento jurídico para asociarse y constituirse como partido político, y por otro lado, la justificación para distinguir los temas de Estado de los credos religiosos, y con esto fundamentar por qué no deberían participar en los asuntos públicos.

Se comenzará mostrando un análisis conceptual de la democracia y los principios que la rigen. Se continuará con el tema de los derechos políticos, en particular erigirse como candidato a un cargo de representación y para conformar una asociación política. Con esta construcción se examinará el caso mexicano, en que la Constitución y las leyes orgánicas han impuesto una segregación normativa a los derechos políticos de los ministros de culto (normatividad que conculca sus derechos humanos). Se finalizará colocando a la vista varios temas que deben considerarse para resolver esta compleja situación jurídico-política.

Para lo anterior se harán dos aproximaciones, la primera tratando de igualar los derechos de los ministros de culto para postularse a cargos elección popular y asociarse políticamente como cualquier ciudadano. Posteriormente, se expondrán los motivos que han justificado el muro de separación entre los asuntos divinos y los de Estado en México, lo que ha establecido una desigualdad de oportunidades entre la ciudadanía por el oficio que profesan.

Esta aporía se exhibirá y estudiará, dejando varias preguntas e inquietudes en el lector¹. Este artículo no es una apología democrática, no está a favor a de ninguna causa, no apoya ningún dogma, ni postula a ultranza la defensa sin límite de derechos morales universales; sino el reconocimiento de una situación atávica dentro del sistema democrático mexicano.

La democracia es un sistema político que permite a todos los ciudadanos ejercer sus derechos para que puedan participar en los asuntos públicos; pero también es cierto que no es lo óptimo que en una república se diseñen, elaboren y cabildeen leyes desde el púlpito, pues como lo menciona Pedro Salazar: “La democracia tiene que edificarse sobre las bases de la laicidad” (Salazar, 2007, p. 9).

También podría llegar a plantearse un cierto enfrentamiento entre quienes estuvieran “con Dios o contra Dios”, totalmente ajeno a lo que ha de ser la convivencia pluralista propia de una sociedad democrática. Pero por la misma razón se debe rechazar la opinión de quienes, aun creyentes, pensaran que por el mero hecho de que la Iglesia (o cualquier credo) tratara de anunciar su verdad, la que ella es referida y conocida desde su fe en Dios, la hicieran responsable de una abusiva e injusta imposición, propia de una política confesional o de un clericalismo intolerante y antidemocrático (Sarten, 2008, p. 54).

Por ello se vuelve muy difícil dibujar una línea, para saber si estos discursos y participaciones deben ser regulados propiamente o si cualquier discurso y participación política debe ser tolerado en una sociedad liberal y democrática (Barendt, 2005, pp. 18, 21). En consecuencia, se comenzará este trabajo definiendo el concepto, contenido y objetivos de la democracia.

DEMOCRACIA

La democracia es un término muy amplio, que cuenta con acepciones descriptivas, funcionales, referenciales, entre otras, por lo que se llega a perder su sentido dada la diversidad de sus significados, que van desde una generalidad hasta una ambigüedad de lo que representa (Sunstein, 1998, p. 352).

1 En el caso *Whitney v. California*, el juez Brandeis de la Suprema Corte norteamericana consideró que la discusión pública es un deber político.

Hay que recordar que “la democracia nació sin Constitución. Su identidad como proyecto partía del reconocimiento de un valor, la dignidad de todos los ciudadanos; del abanderamiento de un principio, la autonomía política y la defensa de una forma de acción concreta, la participación generalizada” (Cossío, 2007, p. 95)².

Esto ha convertido a este sistema político en el único medio de legitimación del poder con una aceptación general, lo que ha conllevado que la democracia se transforme en un concepto “ideal”, que todo gobierno usufructúa para autocalificarse. Esto ha producido un sinfín de acepciones de la democracia (Serrano, 1996, p. 60).

La definición más reconocida de la voz democracia es acorde con su origen etimológico, “gobierno del pueblo” (Gómez de Silva, 2001, p. 213). El otro significado más utilizado es el que ofrece la Real Academia de Lengua (RAE): “Doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno o predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado” (RAE, 2001, p. 744). Sin embargo, para Luigi Ferrajoli (2008, p. 87) esta acepción es incompleta desde el punto de vista que no se dejan claros los conceptos de qué se debe entender por poder, o quiénes conforman al pueblo, entre otras cosas. Por su parte, para Michael Walzer (2004, p. 313), la democracia es entendida como una manera de asignar el poder y legitimar su uso o mejor dicho, es la manera política de asignar el poder.

Norberto Bobbio (1988, pp. 21-24) definió a la democracia con base en tres principios institucionales: (1) como un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) de procedimiento para la formación de decisiones colectivas, (2) que establecen quién está autorizado a tomar las decisiones y (3) mediante qué procedimientos. Por lo mismo, Bobbio considera que un régimen es democrático en cuanto sea mayor la cantidad de personas, que participan directa o indirectamente en la toma de decisiones.

Michelangelo Bovero (1997) estima que un régimen político puede ser definido como democrático —cualquiera que sea su forma— “cuando a todos los sujetos a que se dirigen las decisiones colectivas tienen el derecho-poder de participar, con igual peso con respecto de cualquier otro, en el proceso que conduce a la asunción de dichas decisiones” (p. 16).

Robert Dahl (1993, pp. 14-15) ofrece una definición descriptiva de la democracia, pues un régimen es democrático cuando reúne por lo menos las siguientes características: la renovación de las élites; la decisión de qué élite gobernará,

2 “Esta es la paradoja de nuestro tiempo: para que la democracia se realice, es necesaria la Constitución, y para que esta se realice plenamente, es necesario un órgano que, actuando con una racionalidad distinta a la política, garantice su observancia” (Cossío, 2007, p. 95).

tomada mediante elecciones libres abiertas, competitivas, transparentes; y la tutela y la protección de los derechos fundamentales.

En cuanto su ideal, algunas definiciones destacan los elementos que debe contener el sistema democrático:

La democracia es aquel sistema en el que el pueblo, en ejercicio de su soberanía, participa en la toma de las decisiones públicas, principalmente mediante la elección de sus gobernantes lo que asegura y garantiza el respeto a sus derechos fundamentales, un mínimo de seguridad económica y la no concentración del poder en una persona o grupo, además de permitir el pluralismo ideológico. (Solorio, 2002, p. 174)

La democracia afirma la autonomía del sistema político, de manera que en último análisis sea la sociedad civil la que legitime al Estado. “Solo el sistema político tiene como tarea hacer funcionar a la sociedad en su conjunto, combinando la pluralidad de los intereses con la unidad de la ley y estableciendo relaciones entre la sociedad civil y el Estado” (Touraine, 2004, p. 65).

En un sentido más amplio, la democracia es el régimen que permite libertad política, que necesita de la participación ciudadana; en el que los gobernados seleccionan a sus autoridades, delegándoles el poder público; así, la autoridad se funda en la voluntad de aquellos a quienes obliga, vigila la economía y permite a sus habitantes cumplir sus metas (Agresto, 1984, pp. 53-54).

De esta manera, se observa que la democracia es un sistema político que puede adquirir diferentes tonalidades, o sea, puede tener diversas orientaciones políticas y alternativas entre sí³. Esto origina la relación de la democracia con los valores políticos —y con adjetivos de valor—, lo que tiene dos efectos:

En primer lugar, la democracia se basa en un cierto núcleo de valores, en el sentido de que se hace posible solamente mediante la garantía institucional de algunos principios de valor determinados que constituyen sus precondiciones; en segundo, la democracia como tal, precisamente en cuanto consiste en un conjunto de reglas del juego, contiene en si la afirmación de otro núcleo de valores. (Bovero, 1997, p. 28)

La participación de la ciudadanía es otro de los mecanismos que se utilizan para clasificar a la democracia, esto significa, el acceso que tiene su influencia con

3 Jacques Maritain (1997, p. 129) señala que la auténtica democracia entraña el acuerdo de voluntades para construir una vida en común. Y si consideramos que es digno respetar dichas convenciones, entonces debemos afirmar que para ello es preciso construir instituciones capaces de hacer valer la opinión libre y consciente de los ciudadanos.

las decisiones de su desarrollo, ya sea de manera directa (formal) o indirecta (vía representativa) (Woll, 1993, pp. 319-326).

La democracia representativa es el sistema que la mayoría de los sistemas actuales ha adoptado. Esta versión de la democracia tiene como principio justificativo que “el igual derecho para todos al autodesarrollo solo puede alcanzarse en una sociedad participativa” (Cienfuegos, 2008, p. 187. Ver Ojesto, 2003, pp. 466-467).

De esta forma, la democracia indirecta es identificada con una particular atención al contenido de las decisiones colectivas, *“per le peuple*, mediante el pueblo, o mejor aún, a través de los ciudadanos en el proceso de las decisiones colectivas” (Bovero, 1997, p. 23).

Una democracia es representativa o sustancial, acaece cuando los ciudadanos eligen a sus representantes por medio de elecciones reales (Böckenforde, 2000, pp. 145-150). Estos representantes serán delegados de la voluntad ciudadana, por lo mismo tendrán el deber de cumplir sus compromisos y ofertas de campaña (Rosenthal, 2003, p. 1).

Sobre la democracia sustancial, el magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) Constancio Carrasco considera que esta delegación se relaciona con “la representatividad de los gobernados; esto es, la existencia de actores sociales que se erigen como instrumentos políticos al asumir la función pública” (Carrasco, 2007, p. 31). En esta definición se delega el poder a otros para representarlos y que, a través de ellos, se realicen las exigencias de una comunidad⁴.

La democracia indirecta se sustrae de todo poder decisional, tanto público como privado, ofrece la disponibilidad no solo de los derechos políticos y del método democrático en la formación de las decisiones, sino del entero conjunto de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionales, como la división de poderes, la independencia de la jurisdicción —tanto ordinaria como constitucional— y las varias figuras de incompatibilidad dirigidas a impedir excesos de poder y conflictos de intereses (Garganella, 2002, p. 82. Ver De Cabo, 1997, pp. 127-172).

Luigi Ferrajoli considera que la democracia formal coincide con el planteamiento de Bobbio, en cuanto a que la democracia es un procedimiento que establece el quién y el cómo de las decisiones y que la democracia sustancial es el límite de lo decible. Ello implica que existen ciertas cuestiones que ninguna mayoría bajo ninguna circunstancia puede decidir. Este límite a la voluntad de las mayorías

4 Sobre los actuales problemas de la representatividad democrática, se puede consultar a Gargarella (2002, pp. 95-97).

son los derechos fundamentales, tanto individuales como sociales, pues ninguna mayoría puede decidir vulnerar un derecho individual, y tampoco ninguna mayoría en ningún supuesto puede decidir dejar de satisfacer un derecho social (ver Ferrajoli, 1999, Cap. I).

Joseph Schumpeter considera a la democracia en el sentido clásico (minimalista), o sea, como el conjunto de arreglos institucionales que permite arribar a decisiones políticas, mediante las cuales se realiza el bien común, ello al dejar a los individuos decidir las cuestiones comunes a través de la elección de las personas que han de realizar su voluntad (Schumpeter, 1942, p. 250). Ver Held, 2006, pp. 11-28). Este autor define a la democracia como: “la ordenación institucional establecida para llegar a la adopción de decisiones políticas, por la cual algunos individuos, adquieren el poder decidir a través de una lucha competitiva, por el voto del pueblo” (Schumpeter, 1942, p. 269).

Una opinión que se adhiere a la denominada democracia procedural es la de Adam Przeworsky. Este autor se adscribe al trabajo de Schumpeter, considerando a la democracia como un sistema de reglas mediante las cuales los gobernantes se seleccionan a través de comicios competitivos; pero al mismo tiempo, retoma la opinión de Karl Popper, de que la democracia sirve como instrumento de la sociedad para remover a las autoridades sin necesidad de violencia (Przeworsky, 1999, pp. 23-55; Shapiro, 2003, p. 88).

Sobre este tipo de democracia, Bovero estima que la democracia mínima consiste esencialmente “en un conjunto de procedimientos —las reglas del juego— que permiten la participación de los ciudadanos en los procesos decisional-políticos” (Bovero, 1997, p. 20). Por lo mismo, este tipo de democracia es esencialmente formal (Dahl, 1989, p. 130).

Para José Ramón Cossío la democracia minimalista contiene dos ámbitos:

El que se refiere a las elecciones, llamado democracia, y el que alude al contexto institucional en el que el primero (y otras funciones estatales) se desarrollan. Lo que implica darle una importancia vital al procedimiento electoral con un sufragio efectivo y elecciones justas. Lo que significa, reducir a los interesados a solo participar en las elecciones, pues no se les contempla, en ningún otro acto público. (Cossío, 2002, p. 35)

Esta opinión sobre la democracia mínima considera que la representación del pueblo es más que un procedimiento por el que se expresa el poder soberano, es la materialización de ese poder (Shapiro, 2003, pp. 58-64). Esta representación tiende a autorizar a los órganos estatales que indiquen lo que quiere la Nación,

a ser su voluntad y su voz: “El pueblo no realiza una transmisión, sino una declaración de voluntad con esa delegación popular” (Przeworsky, 1999, p. 43).

En síntesis, la democracia procedimental significa: contiendas electorales equitativas, legales y transparentes. Pero esto no es suficiente para garantizar a todo gobernado el estatus de ciudadano, con los mismos derechos y libertades frente al poder (Ansolabehere, 2007, p. 115). Por su parte, Jorge Carpizo (2006, p. 111) considera que cuando se relacionan la democracia y su procedimiento, se habla de democracia electoral.

Los elementos esenciales para considerar a un régimen como democrático son (ver también Águila, 2000, p. 156):

1. *El control de decisiones de gobierno sobre la política es la Constitución —el aliado concedido en funcionarios públicos—.*
2. *Los representantes elegidos son seleccionados en elecciones frecuentes y conducidas de manera limpia, en las que la coacción no es común.*
3. *Prácticamente todos los adultos tienen el derecho de votar en la elección de funcionarios.*
4. *Prácticamente todos los adultos tienen el derecho de participar para cargos en el gobierno.*
5. *Los ciudadanos tienen el derecho de expresarse sin peligro de castigo severo, sobre asuntos políticos ampliamente definidos.*
6. *Los ciudadanos tienen el derecho de buscar fuentes alternativas de información. Además, las fuentes alternativas de información existen y rara vez se protegen por la ley.*
7. *Los ciudadanos tienen el derecho de formar asociaciones u organizaciones relativamente independientes, incluyendo partidos políticos independientes y grupos de interés.*
8. *Los representantes elegidos popularmente deben ser capaces de ejercer su poder de constitucional, sin oposición legal de los candidatos no elegidos.*
9. *El régimen debe ser autónomo; debe ser capaz de interpretar y aplicar las normas, de manera independiente, sin coacciones impuestas. (Whitehead, 2003, pp. 10-11)*

El Estado democrático se basa en dos principios de formación contrapuestos: el de la identidad del pueblo consigo mismo, que configura la unidad política, y el de la representación, en virtud del cual la unidad política es representada por el gobierno⁵. Por lo tanto se puede afirmar que el denominador común del sistema democrático es la participación de los ciudadanos por medio de sus derechos políticos y las elecciones (Linz, 1996, p. 5).

De tal forma, se puede notar que los derechos ciudadanos en un sistema democrático no excluyen a ninguna persona por su oficio, preferencia, raza, credo, ideología, etcétera, sino al contrario se necesita que haya más ciudadanos interesados en los asuntos públicos.

Si se vetara o conculcará la participación de algún ciudadano de participar activa o pasivamente en los temas públicos y de elección, se atentaría contra la misma democracia. Por lo mismo se debe propugnar que todos los ciudadanos se encuentren facultados igualmente para ejercer plenamente sus derechos políticos.

DERECHOS POLÍTICOS

La afirmación de que la democracia y la representación están relacionadas supone que bajo la democracia los gobiernos serán representativos solo si son elegidos en una competencia electoral honesta, en la que haya una participación ciudadana amplia (Gómez, 2000, p. 17).

Los derechos políticos (también llamados derechos ciudadanos) permiten participar en la expresión de la soberanía nacional: derecho de voto en las elecciones, derecho de elegibilidad, es decir, de representación de candidatura, derecho de adhesión a un partido político, entre otros (Shapiro, 2003, p. 20). Estos derechos proceden a la vez de la idea de la libertad política y de la libertad individual, y por este carácter mixto no pueden ser concedidos a todos los individuos, sino solamente a los que están en edad y capacidad de ejercerlos, los ciudadanos (Hauriou, 1980, pp. 227-228).

Lo primero que se debe aclarar es que los derechos políticos son de ejercicio exclusivo de los ciudadanos (Santos de la Garza, 1996, p. 123). Esta calidad es comprendida como la relación de la persona con el Estado: “el habitante de las ciudades antiguas o de Estados modernos como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejercitándolos, en el gobierno del país. La ciudadanía tiene el enorme valor de servir de sustento condicionante para el goce y el ejercicio de los derechos políticos” (Enciclopedia Omeba, 1976, p. 1038).

5 “La historia de las democracias está ligada con las luchas del pueblo en contra de los abusos del poder” Serrano (1996, p. 65).

La pertenencia a la comunidad política del pueblo se determina formal y jurídicamente por la condición de ciudadano. Esta categoría constituye el pueblo político, que se delimita hacia afuera como unidad frente a otros hombres y grupos de hombres, se organiza hacia dentro a través del Estado y se gobierna, asimismo, sobre la base de igualdad de derechos políticos de participación (Böckenforde, 2000, p. 84).

Este derecho establece una relación política entre el hombre y el Estado, y engendra el nacimiento de derechos y deberes políticos (Ackerman, 1980, p. 164). Asimismo, la ciudadanía implica la capacidad, mediante la instrumentación normativa atinente, de participar e influir de forma más continua y efectiva en la toma de decisiones estatales, sin que esto signifique la sustitución del origen popular de los principales órganos del gobierno, ni que su inclusión traiga aparejada la distorsión del escenario político democrático (Ojesto, 2003, p. 469; Castillo, 2006, p. 39). Por lo anterior, se puede decir que somos ciudadanos porque participamos en la adopción de las decisiones fundamentales, porque decidimos las reglas de nuestra convivencia (Salazar, 2007, p. 39).

De esta forma, los derechos democráticos consisten en la facultad de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, de votar libremente y ser elegidos en elecciones auténticas, en condiciones de igualdad (Santos, 1996, p. 127).

Los derechos político-electORALES que se deben tutelar en un régimen democrático son:

- *Votar en las elecciones populares;*
- *Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;*
- *Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica de los asuntos políticos del país;*
- *Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición;*
- *Libertad para manifestar sus ideas políticas. (Castillo, 2006, p. 166)⁶*

Con base en estas prerrogativas, se garantiza la participación ciudadana mediante los derechos de comunicación, de asociación y de selección. De la

6 Estos derechos promueven la inclusión y participación de la sociedad en los asuntos públicos (Fix-Fierro, 2006, pp. 22, 63).

combinación de estos derechos se crean las posibilidades de adquirir influencia real sobre el proceso político y sobre el control del mismo.

El mecanismo para conocer la preferencia política de los ciudadanos es por medio del sufragio⁷. Este derecho se ejerce a través del voto, con el que el ciudadano podrá seleccionar entre el mercado de ofertas políticas, y de donde surgirá la voluntad soberana.

El voto es un derecho electoral que se puede ejercer en asambleas o en comicios. Este parecer se puede manifestar de palabra o por medio de papeletas, boletas o actitudes (levantarse o levantar el brazo), para aprobar o rechazar alguna propuesta, para elegir a alguna persona o a varias para determinados cargos, para juzgar la conducta de alguien o para mostrar la adhesión o discrepancia con respecto a una o más personas (Canabelas, 2006, p. 469).

El voto debe estar sustentado en diversos atributos para que sea real. Las características del voto efectivo son:

- *Universalidad del voto: significa que en principio tienen derecho a ejercerlo todos los ciudadanos que no tengan sus derechos políticos suspendidos, sin restricciones de sexo, raza, nivel de educación o riqueza.*
- *Libertad del voto: significa que el ciudadano pueda decidir en conciencia la emisión del voto y, sobre todo, ejercerlo el día de la jornada electoral sin estar sometido a ninguna clase presión o coacción.*
- *El secreto del voto, significa que la emisión del mismo debe ser en condiciones tales, que ningún otro ciudadano pueda identificar su uso o preferencia, es una condición de su libertad.*
- *Voto directo: quiere decir que los candidatos reciben los votos de los ciudadanos sin intermediación de ningún órgano o cuerpo de electores.*
- *Voto personal e intransferible significa que solo la persona que es titular de tal derecho puede ejercerlo. No se permite la emisión del voto por medio distinto a la emisión personal, aunque si excepcionalmente de correo en algunos países.*

7 El sufragio es el derecho de poder participar en las elecciones. Aquí cabe hacer una aclaración el sufragio es el derecho de los ciudadanos para manifestarse políticamente en los comicios, mientras que el voto es la materialización de ese derecho. En esta monografía no haremos distinción entre ambos términos, citándolos indistintamente (Levinson, 2006, p. 28).

- *La igualdad en el voto tiene un doble significado: por un lado, que los individuos tienen igual número de votos; por el otro, que el valor y el peso de cada voto es aproximadamente el mismo, esto es, cuando existe una proporción similar entre el número de votantes y el número de representantes electos.*
(Fix-Fierro, 2006, pp. 45-46)

La principal clasificación del voto es: activo y pasivo (Aragón, 2007). El voto activo es el derecho de participación política por excelencia y consiste en la facultad que tiene el ciudadano de manifestar su voluntad a favor de los candidatos a ocupar cargos de elección popular de todo tipo, es decir, le permite actuar como miembro del órgano encargado de la designación (Fix-Fierro, 2006, p. 44; Covarrubias, 1998, pp. 40-41). Por su parte, el voto pasivo es la capacidad para ser elegido a un cargo de elección popular, de acuerdo con los requisitos constitucionales y legales (Fix-Fierro, 2006, p. 56; Castillo, 2006, pp. 96, 101-103). Aparte del derecho de votar y ser votado a los cargos de elección popular, se cuenta con otros derechos para intervenir en los asuntos públicos, como el derecho de asociarse para participar en la vida pública nacional (Cooter, 2000, pp. 20-25).

El derecho de asociación es definido como “el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico-colectivas para crear un nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de los asociados” (Fix-Fierro, 2006, p. 74)⁸.

La asociación política es una de las principales libertades que debe proteger un sistema democrático. Se puede deducir que este derecho es una continuación de la manifestación de las ideas, pero con un mayor alcance e impacto (Amar, 2009, p. 209).

El ejemplo por excelencia de asociación son los partidos políticos. A través de estas instituciones, el Estado democrático ha establecido las bases para la participación colectiva de los ciudadanos en la lucha política, de tal suerte que los partidos políticos existen y funcionan dentro de un marco jurídico (Canabelas, 2006, p. 469).

Para Georges Bourdeau un partido político es un “grupo de individuos que profesan los mismos puntos de vista políticos y se esfuerzan por hacerlos prevalecer, afiliando a ellos el mayor número de ciudadanos y buscando conquistar el poder o, por lo menos, influenciar sus decisiones” (Silva, 1986, p. 145).

Los requisitos más usuales para la conformación de un partido son:

8 También la doctrina incluye, el derecho de los integrantes de las asociaciones a renunciar y el derecho de los ciudadanos de no asociarse a ninguna agrupación política (Castillo, 2006, pp. 96, 104, 106).

[...] un número amplio de ciudadanos; agrupación voluntaria, es decir, libre y, al mismo tiempo, ha de serlo la formación misma del partido al cual se afilia; Cierta unidad o coincidencia de puntos de vista en relación al bien general, o sea, una comunidad de ideas; Procurar que el mayor número de personas de personas participen de sus puntos de vista y colaboren en la prosecución de las actividades encaminadas a concretarlos; Proponerse conquistar el poder del Estado como instrumento eficaz para realizar las aspiraciones proclamadas; en tanto se prepara para obtener el poder político hace la crítica del gobierno existente y busca intensificar su influencia ante la opinión pública. (Silva, 1986, p. 146)

Las funciones de los partidos políticos son agrupar a los ciudadanos, conquistando adhesión en el mayor número; informar a la ciudadanía, tanto sobre los ideales y propósitos del partido como sobre los problemas políticos; animar y proyectar en la vida política y en su lucha los propósitos del partido; formar el personal político que va a ser llamado a integrar la vida pública, por lo que se le necesita instruir de vocación y experiencia.

En la preparación del proceso electoral se requieren de los partidos políticos declaraciones de candidaturas, explicación de las alternativas que se juegan en la consulta, difusión de los nombres y de la personalidad de los candidatos, vigilancia de la pureza y rectitud del proceso cívico y defensa del resultado efectivo del escrutinio de las urnas. Sin partidos políticos las consultas al electorado no podrían organizarse ni alcanzar sentido alguno.

En el Parlamento, los partidos políticos son indispensables para que en la legislación hagan prevalecer sus ideas de bien común a través de sus representantes y para apoyar o fiscalizar, consecuentemente con el ejercicio de las atribuciones, los actos del poder (Cooter, 2000, p. 63). En el Gobierno, los partidos dan apoyo al poder imponiendo el respeto y estimulando el cumplimiento de lo que se ordena, para que cristalicen la razón y objetivos del mando (Silva, 1986, p. 148). Se puede deducir que las elecciones y los parlamentos son instrumentos de representación y que los partidos lo son de movilización (Huntington, 1990, p. 353).

La libertad de manifestación de ideas es fundamental para el debate democrático (Chafee en Amar, 2009, pp. 34, 63). Estas opiniones no tienen sentido si son solitarias, su importancia radica en que los individuos se concentren en torno a cualquier tema público y puedan discutirlo libremente. Esto brinda la oportunidad de conocer personas afines a sus ideas o principios y poderse organizar o elucidar conceptos, para los fines que a ellos convengan.

Un Estado democrático, al mismo tiempo que permite la libertad de participar en los asuntos públicos, debe garantizar la libertad de expresión. La idea fun-

damental es que las opiniones ciudadanas descansen en la libre comunicación de ideas; la ley debe defender el derecho de todo ente social a exponer su punto de vista ante la población, por cualquier medio que no afecte al orden público y el deber de proteger a los individuos contra cualquier malicioso ataque personal (Mackenzie, 1972, p. 175).

Otro derecho político que permite la consolidación del sistema democrático es el de libertad de imprenta (o de prensa). Esta libertad permite a la población conocer los acontecimientos y problemas que se suscitan en la esfera pública del Estado; presentar un criterio o un hecho en la actuación de las autoridades estatales o publicar las diferentes conductas de los servidores públicos, produciendo diversos juicios en la ciudadanía sobre los actores políticos (Rawls, 2005, pp. 335-367, 423 y ss.).

La comunicación con el gobierno está garantizada por el derecho de petición. Esta facultad consiste en que todos los habitantes pueden dirigirse a las autoridades públicas a fin de reclamar u observar la actividad de las mismas. Este derecho constituye, junto a los derechos de reunión e imprenta, los medios de que se vale el pueblo para controlar y orientar la conducta de los gobiernos.

Para Alberto P. Bertoli, el derecho de petición es:

Es inherente al hombre y no nace solo de la forma republicana representativa, sino del mismo sistema social, cualquiera que sea el régimen político que lo informa. No significa, por lo tanto, este derecho la concesión de un favor a los particulares sino, el reconocimiento a un derecho natural que hoy forma parte de las garantías políticas contenidas en las instituciones de todos los pueblos libres. (Enciclopedia Omeba, 1976, tomo VIII, p. 110)

Los derechos políticos hacen posible la alternancia pacífica en el ejercicio del poder, a través de la competencia electoral (Ruiz-Tagle, en Malem, Orozco & Vásquez, 2003, p. 276)⁹.

Con estos elementos podemos observar que todos los ciudadanos de un Estado pueden participar de manera pasiva o activa en la selección de representantes o de las propuestas políticas. Lo primordial es fomentar el interés en los asuntos comunes de la nación, no apartarlos ni discriminarnos por su ideología, trabajo, religión, etcétera.

Sin embargo, la normatividad mexicana produce una desigualdad de oportunidades hacia los ministros de culto para su inclusión total en el espacio público

9 Sin embargo, el afán de conquistar más votos por los actores políticos ha generado la captación de votos tanto de manera correcta como ilegal.

como el resto de los ciudadanos. ¿Hay que revisar y replantear ese ostracismo legal o debemos continuar con la negación a su derecho a ser votado y poder asociarse políticamente, aunque se violen derechos humanos?

El apartado a considerar es el tema de la separación de la Iglesia y del Estado. Este muro divide lo divino y los asuntos de Estado, y permite limitar el poder de influencia de la Iglesia en las decisiones del país.

EL MURO DE SEPARACIÓN

La desvinculación de lo religioso en los temas de Estado sucedió principalmente en el periodo conocido como la Ilustración. Se buscaban respuestas, pero ya no basadas en la fe sino en la ciencia y la racionalidad (Taylor, 2007, p. 27). Se originó entonces una sustracción de los temas y espacios religiosos de la esfera pública; se buscaba la desvinculación de lo religioso en temas de gobierno.

Antes de la Ilustración existía una simbiosis entre Iglesia y Estado, lo que se llamó el Estado confesional, porque la Iglesia católica y el Estado vivían estrechamente unidos por lazos que parecían indisolubles (Debeyre, 2010, p. 204).

Pufendorf (1991) fue quien por primera vez separó lo divino de lo humano: “Esta ley natural es congruente con la racional y naturaleza social del hombre, pues sin esta no habría bien y una sociedad pacífica para la raza humana. Esto puede ser expuesto y conocido a la original luz de la razón del hombre y por la reflexión en la naturaleza humana en general” (p. 32).

Asimismo, Pufendorf (1991, p. 56) señaló como máxima premisa entre los deberes del hombre el de no lastimar a otros; pues, aunque lo considera el deber más difícil de alcanzar, este se debía extender sobre los otros hombres, con el fin de que quedaran fuera las pasiones y todo estuviera ordenado y restringido por la razón.

La separación de Iglesia y Estado surge en el contexto del movimiento de Reforma del siglo XVIII, y se acentúa con el advenimiento de los gobiernos democráticos surgidos del movimiento filosófico y político de las ideas enciclopedistas en el Siglo de las Luces (Hauriou, 2010, p. 19).

La Reforma significó la democratización y secularización de la religión misma. Fue un acto democrático, pues abolió la autoridad del Papa y de la jerarquía eclesiástica. Estableció lo que se llama la libertad del hombre cristiano y basó la administración de la vida religiosa en la parroquia (Kahler, 1979, p. 321). Este movimiento repercutió gravemente en la vida política de los diversos Estados

occidentales, al mismo tiempo que iniciaba un principio de laicización de las relaciones internacionales y de la vida pública (Hauriou, 2010, p. 18).

La emancipación del poder político civil ante el poder religioso implicó, entre otras cosas, que el Estado moderno se constituyera como un Estado legislador. Al declarar su autonomía frente a las iglesias, el gobierno civil tuvo que producir sus mismas normas, su propio derecho, que habría de contar con fuentes de legitimidad propias, *autónomas*. De esta manera, la fuente de legitimidad del derecho cambió radicalmente: ya no provenía desde lo alto, como mandato divino interpretable por los jerarcas del clero, sino que emanaba de la voluntad del legislador humano (Salazar, 2007, p. 21-22).

La separación constitucional establecida ya en el siglo XVIII entre la Iglesia y el Estado no tendría como finalidad la laicización del Estado, sino la defensa del pluralismo y la libertad religiosa ante el peligro de una posible Iglesia de Estado (Sarten, 2008, p. 15), pues cuando se imponen verdades trascendentes, sean filosóficas o específicamente religiosas, no queda espacio para la pluralidad, y sin esta la democracia no es posible. Baste recordar que la democracia contemporánea se edifica sobre los cimientos de las libertades fundamentales, que permiten la expresión de las diferencias. Además, es la única forma de gobierno en la que la legitimidad de las normas colectivas proviene de abajo, de los ciudadanos. Es decir, se opone a cualquier proyecto que intente imponer una verdad (revelada o inventada) desde arriba, autocráticamente (Salazar, 2007, p. 40).

La separación de los asuntos del Estado en manos de la Iglesia tuvo diferentes motivos, principalmente el poder e influencia que ejercía en actividades propias del Estado. Otros factores fueron el desencantamiento y la inconformidad por la forma en que la Iglesia manejaba e imponía su ideología con entera discreción en asuntos públicos. El resultado fue una sustracción de los temas y espacios religiosos de la esfera pública.

El régimen de separación entre el Estado y la Iglesia es un fenómeno característico de las sociedades modernas: ha prevalecido desde fines del siglo XVII en gran número de Estados en América y en Europa, pero no se identifica en sí con la laicización de estas sociedades; por una parte, ha sido erigido de modo natural en principio constitucional en países donde no existía la preocupación por librar al Estado de lazos anteriores con la Iglesia católica, por ejemplo, los Estados Unidos; por otra parte, puede suceder que, en países tipo concordatorio en los que el Estado está unido por un pacto solemne a la Iglesia, exista el no confesionalismo del Estado y se desarrolle un cierta laicidad: este fue el caso de Francia de 1801 a 1905 (Latrelle, 2010, p. 52).

Toda sociedad que no deseé permanecer en estado de teocracia pura estará obligada muy pronto a construir los tres poderes, es decir, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, como fuerzas distintas de la Iglesia, o al menos independientes y soberanas. Entonces, un proceso de laicización se encuentra en obra. Empero, este no deja de ser un poco relativo, cuando en uno de estos poderes, y sobre todo en el conjunto de la vida pública y privada, el clero conserva un derecho de intromisión, de vigilancia, de control o de voto. (Baubérot, 2005, p. 16)

El Estado moderno, al menos en el mundo occidental, fue concebido en buena medida para dar solución a los problemas generados por la diversidad religiosa y por concepciones religiosas y espirituales diferentes. A dicho Estado, que ha garantizado la libertad y la igualdad formal entre todas las religiones, se le denomina laico o secular (Blancarte, 2008, p. 10).

La división de Estado-Iglesia se relaciona entonces con surgimiento de los Estados burocráticos seculares-racionales y los gobiernos representativos, que derogan las normas de los líderes espirituales, instituciones eclesiásticas y de los herederos de los beneficios de esas normas que reclamaban la autoridad de Dios (Norris, 2005, p. 8).

La religión tuvo que renunciar a esta pretensión de monopolio interpretativo y de total estructuración de la vida a medida que la secularización del conocimiento, la neutralización del poder estatal y la generalizada libertad religiosa fueron imponiéndose (Habermas & Ratzinger, 2006, p. 44). El Estado republicano estableció como norma la voluntad popular como criterio de la definición última del poder soberano, en tanto la Iglesia se negó a aceptar una soberanía que no tuviera como fuente lo sagrado y que no estuviera avalada por el poder religioso (Blancarte, 2008, p. 130).

Existe la necesidad de mantener separados, al menos para propósitos analíticos, dos grandes fenómenos: en una mano, hay que considerar el aparato constitucional que existe en cada país, y en la otra, la continua cadena de eventos políticos que toma lugar con esto. En la práctica, por supuesto, cada una es reforzada por la otra, la Constitución implementa los mecanismos en que los asuntos políticos serán conducidos; las decisiones políticas confirman a la Constitución. La vida real, como siempre, es inherentemente desordenada y más amplia cada vez, por lo que la Constitución trata de ordenarla, permitiendo, entre otras cosas, un grado de contradicción entre las dos (Berger, 1999, p. 72).

El gobernante civil, además de no hacer uso político de las religiones, debe crear las condiciones para que la pluralidad de creencias se expresamente libremente.

Es decir, el Estado debe ofrecer un trato igual a los diferentes credos y a todas las iglesias (Salazar, 2007, p. 19).

Este movimiento no se identifica en sí con la laicización de las sociedades; por una parte, ha sido erigido de modo natural como principio constitucional en países donde no existe la preocupación por librar al Estado de lazos con la Iglesia católica, por ejemplo, los Estados Unidos; por otra parte, puede suceder que en países tipo concordatorio, en los que el Estado está unido por un pacto solemne a la Iglesia, existe el no confesionalismo del Estado y se desarrolle cierta laicidad: este fue el caso de Francia de 1801 a 1905 (Latreille, 2010, p. 52).

La separación de los asuntos del Estado en manos de la Iglesia tuvo diferentes motivos, pero sobre todo separar su poder e influencia que ejercía en las actividades del Estado (Patiño, 1985, p. 11). Otro factor fue el desencantamiento y la inconformidad por la forma en que la Iglesia manejaba e imponía su ideología.

Hay que considerar que uno de los puntos fundamentales en la doctrina liberal es la tolerancia religiosa. En este apartado, se debe acotar la injerencia de la religión en los asuntos públicos (Tavera, 1957, pp. 47, 158). La tolerancia contiene un componente relativista e historicista del pensamiento liberal. Su naturaleza es pluralista y conduce al reconocimiento de posiciones contrastantes dentro de un sistema de problemas disciplinado por las reglas del juego (Bobbio, 1983, pp. 1245-47). Esto a través del reconocimiento de la libertad de culto, el no reconocimiento de una religión oficial y retirar la complicidad religiosa con las autoridades, pues como señaló Hamilton: “debe haber un límite saludable entre el poder y los fueros” (Hamilton & Madison, 2002, p. 103).

A continuación se analizará el caso mexicano, en el que el contexto histórico originó una marcada y motivada separación de los asuntos de la Iglesia y del Estado; pero esto también generó una limitación constitucional a los ministros de culto para postularse a cargos representativos, así como su derecho a constituirse como asociación política.

CONSTITUCIÓN MEXICANA

En el caso de México, después del reconocimiento de la independencia del yugo español se tuvo la oportunidad y el derecho para poder elegir un destino. Sin embargo, en esta primera etapa nacional existieron varias instituciones y facciones que no permitieron la participación política del pueblo¹⁰.

10 Terratenientes, militares, gobierno y clero (Lasalle, 2001).

El escenario en materia económica era de una quiebra financiera originada por diversos motivos como el poder financiero de algunos grupos privilegiados (beneficios a los militares; exenciones y concesiones a ciertos grupos económicos, etc.); discrecionalidad del poder ejecutivo en asuntos fiscales; falta de control de las arcas públicas; además de un ineficiente sistema impositivo; y por otro lado, la injusta distribución de los bienes materiales (la concentración latifundista de la Iglesia y el poder de la aristocracia) (Rabasa, 2006, p. 14). También el país se encontraba en bancarrota por el alto costo de la guerra contra los Estados Unidos y el pago de los empréstitos pactados (González, 1989, p. 315).

En el ámbito social, la ubicación de cada individuo se basaba en su posición económica, es decir, la división social entre ricos y pobres surgió a partir de sus privilegios o fortunas. Pero la acumulación de la riqueza trajo como consecuencia una pobreza endémica y esta división derivó en una escasa movilidad social y en una miseria generalizada.

En este periodo surgió una nueva clase media, egresada de las universidades; ellos trabajaban tanto en el sector público como en el privado, y fueron una de las fuentes de los actores del Constituyente de 1857. En la esfera política, el poder se concentraba en una lucha entre conservadores y liberales¹¹. El primer grupo detentaba la hegemonía política por medio de sus privilegios y propiedades (Rabasa, 2006, p. 120); por lo que deseaban la “conservación” del sistema y, lógicamente, la inmutabilidad del orden anquilosado (Rabasa, 2006, p. 7). Por el otro lado, los liberales buscaban un cambio en la situación del país (Valadés, 2005, p. 76; Rabasa, 2006, p. 26). Ellos se encontraban divididos en moderados y radicales (Tena, 1991, p. 489)¹².

La doctrina de los moderados sostenía que los cambios debían ser graduales en el sistema político. Buscaban la atracción de la sociedad, con base en restablecer un modelo republicano, soberano, federal y democrático.¹³ Como grupo político protagonizaron y trataron de enmendar la incertidumbre de aquella época. La postura de los radicales, a su vez, era la transformación absoluta del andamiaje político-institucional, demostrando la necesidad del cambio social (Huntington, 1990, p. 16); lógicamente estas facciones contaban con el apoyo de las clases desfavorecidas.

11 El término facción es definido como: “cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o minoría, que actúen movidos por el impulso de una pasión común o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto”. (Hamilton & Madison, 2002, p. 36).

12 Cfr. Huntington (1990, p. 304). Este autor destaca las diferencias entre conservadores y liberales.

13 Metas que se concentraron en la Constitución de 1857. De hecho, la corriente principal que adoptó este Constituyente fue el liberalismo.

Esto provocó inestabilidad en todos los ámbitos, que se tradujo en una excesiva ventaja para la minoría astuta, atrevida y adinerada sobre la masa laboriosa e ignorante del pueblo (Hamilton & Madison, 2002, p. 265): el proletariado y sus movimientos políticos fueron mantenidos alejados de los asuntos públicos (Zagrebelsky, 2007, p. 32). En general, la situación de México hasta mediados del siglo XIX puede ser apreciada como estrambótica (Rabasa, 2006, pp. 3, 58; Sayeg, 1996, pp. 173-242; Patiño, 1985, pp. 3, 11).

El Constituyente de 1856 discutió las bases para construir una mayor participación de la sociedad en la vida pública y desterrar los instrumentos excluyentes y perjudiciales para la naciente democracia mexicana, i.e. el voto censado, la religión oficial, los privilegios a los grupos de poder, entre otros (Sayeg, 1996, p. 266; Patiño, 1985, p. 4).

La Constitución de 1857 fue la consecuencia y salida a la crisis económica, política y social que padeció México bajo el régimen de Antonio López de Santa Anna (Tavera, 1957, p. 10). Este documento contribuyó para la creación de un nuevo pacto político, tratando de implantar un sistema de gobierno que proporcionara seguridad al país (Patiño, 1985, p. 15)¹⁴.

Es indubitable el papel que ejerció el liberalismo en el Constituyente de 1856 para discutir y decidir sobre los asuntos públicos, pues esta doctrina influyó en las discusiones de este Constituyente y sus pensamientos se utilizaron para otorgar derechos políticos a toda la población adulta del país.

Pero había un asunto que era trascendental resolver y delinear, la intervención de la Iglesia en los asuntos públicos, pues su poder le permitía contar con influencia, interviniendo directamente en la economía, la política y en general en todos los asuntos de Estado. Por ello, uno de los temas fundamentales de este Constituyente fue el régimen de separación entre el Estado y la Iglesia.

Esta separación institucional se realizó por medio de un conjunto de reformas en el siglo XIX¹⁵. Se originó un cambio que contrarrestaba el poder de grupos religiosos, buscando mejorar la situación económica del país y las prerrogativas de los grupos que carecían de recursos (Reyes, 1974). El movimiento de reforma

14 Se puede considerar que “la evolución de las instituciones se puede ver en reciprocidad a la lucha contra las privaciones impuestas por el régimen en turno, y esto es lo que las distingue y las excita, para conseguir cualquier cambio” (Bobbio, 1993, p. 130).

15 La normatividad expedida durante esta época fueron: la ley de nacionalización de los bienes eclesiásticos; ley de matrimonio civil; ley sobre el estado civil de las personas; Decreto que cesó de toda intervención del clero en los cementerios y camposantos; Decreto que declaró los días festivos y la prohibición de la asistencia oficial a las funciones de la Iglesia; Ley sobre libertad de cultos; Decreto por el que quedaban secularizados los hospitales y los establecimientos de beneficencia y el Decreto por el que se extinguieron las comunidades religiosas (Tena, 1991, pp. 630-667).

proponía una mayor igualdad social, económica y política. Ante este proyecto se opusieron los intereses creados, que se beneficiaban de las desigualdades existentes. También se buscaba restringir la actuación de la Iglesia en los asuntos de participación activa en la vida política del país.

José Luis Mora estaba en contra de una religión estatal (que provenía de la Constitución de 1824), porque contenía el reconocimiento de la fe católica como la religión oficial del Estado mexicano (Gargarella, 2009, p. 200). En el Constituyente de 1856, Francisco Zarco también rechazó el establecimiento de la religión católica como la única reconocida por el Estado, alegando que más allá de sus convicciones personales, existía la necesidad de separar a la Iglesia del poder temporal, distinguiendo entre la religión y el clero:

[...] porque ha desnaturalizado la religión de Cristo; porque se ha declarado enemigo de la libertad; porque ha acumulado tesoros empobreciendo al país; porque ha engañado a los pueblos; porque lanza excomuniones traidoras; porque defiende el privilegio y el dinero, desentendiéndose de la verdad católica, profanando sacrilegio la cátedra del espíritu santo. (Gargarella, 2009, p. 201)

De esta forma, el Constituyente de 1856 se abstuvo de instaurar a la religión católica como el único credo reconocido por el Estado (Blancarte, 2008, p. 31).

Actualmente, la Constitución Política (art. 4o) señala que México es una república representativa, democrática, laica y federal, lo que advierte que no hay una religión de Estado y que la actuación de las autoridades será fundada y motivada en la norma y nunca bajo algún dogma religioso.

La laicidad apunta, como la misma palabra indica, al *laós*, es decir, al pueblo, configurado como una sociedad organizada. Sin esa organización la convivencia social, nacida de la natural socialidad humana, sería imposible. De la misma necesidad del ser humano de vivir en una sociedad estable nace también la necesidad de que esa sociedad tenga un principio de organización y de cohesión o, lo que es lo mismo, alguna forma de autoridad. Desde el ser humano, sin otra dependencia o añadido desde fuera de sí mismo, nace su condición social, y de esta la necesidad de vivir en un pueblo y de disponer en él de una autoridad (Sarten, 2008, p. 26).

La definición de laicidad se relaciona también con un régimen social de convivencia cuyas instituciones políticas están legitimadas principalmente por la soberanía popular y ya no por elementos religiosos (Blancarte, 2000, p. 13). La laicidad consiste en el descentramiento de lo social con respecto de cualquier

eje religioso y en el reconocimiento de que es la única garantía para que haya un respeto a esa pluralidad (Hernández, 2003, p. 102).

El pensamiento laico reivindica dos cosas: (a) la capacidad y el derecho de cada persona para elaborar o adherirse a valores y creencias propias, para “darse leyes a sí misma” en el ejercicio precisamente de su autonomía moral; (b) la capacidad y el derecho para pensar por cuenta propia, sin limitaciones dogmáticas ni imposiciones heterónomas (Salazar, 2007, p. 13).

El principio de laicidad del Estado tiene por objeto no solamente proteger su independencia política, sino también las libertades de los ciudadanos —entre ellas la libertad fundamental de conciencia— contra las presiones eclesiásticas (Mejan, 2010, p. 126). La laicidad de las sociedades modernas se basa en: (1) el reconocimiento del no confesionalismo del Estado; (2) la laicización (neutralidad) de los servicios públicos; (3) Igualdad de cultos; (4) La separación del Estado y de las Iglesias (Latrelle, 2010, pp. 38, 55).

El laicismo es la expresión del principio histórico de separación del Estado y las iglesias, así como de un conjunto de normas que, por un lado, impiden al Estado establecer preferencias o privilegios a favor o en contra de religión alguna y, por otro, de la garantía de libertad de creencias, de la cual se derivan derechos específicos de todo individuo, a saber: tener o adoptar la creencia religiosa de su preferencia o bien no profesar creencia religiosa alguna y no ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de tales creencias religiosas, ni ser obligado a declarar sobre ellas (Blancarte, 2000, p. 24).

222

La laicidad no impone una visión del mundo: crea las condiciones para que cada quien libremente construya la propia. El laicismo significa neutralidad en materia religiosa, pero no neutralidad valorativa o moral (Blancarte, 2000, p. 27). Así, la laicidad es sumamente importante, porque es la garantía de que podremos expresar nuestras diferencias para alcanzar acuerdos provisionales que nos permitan convivir sin que nadie imponga su verdad a los demás (Salazar, 2007, p. 47).

En cuanto al tema que se analiza, el Código Político nacional (art. 130) advierte lo siguiente en cuanto al tema de la separación Iglesia-Estado:

El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley. [...].

(d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar,

pero no a ser votados. *Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.*

(e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos *ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.*

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político. (Énfasis fuera de texto)

A partir del texto anterior se denota el papel institucional y privado que debe guardar la Iglesia. Asimismo, se determina la imposibilidad para que los ministros de culto participen íntegramente en los asuntos públicos. Esta distinción por el oficio que profesan genera una incapacidad para gozar de todos sus derechos ciudadanos. Esta conciliación no les permite las mismas oportunidades de participar en igualdad de circunstancias como al resto de los ciudadanos, pues aunque sean ciudadanos, su ministerio religioso no les permite gozar plenamente sus derechos político-electORALES en el sistema democrático nacional.

DERECHOS POLÍTICOS CONVENCIONALES

En un sistema democrático el Estado debe respetar de igual manera los derechos de todos los ciudadanos. En esto incluimos los derechos de las minorías, quienes tienen el mismo derecho a participar en el debate público, aun cuando se formen mayorías políticas temporales. El derecho de libertad de expresión es fundamental y no puede estar sujeto a los poderes de la mayoría elegida, pues esta puede estar equivocada al suprimir los derechos de una minoría que intenta expresar su disentimiento. El Estado no es libre para determinar las limitaciones del discurso público (Barendt, 2005, pp. 19-20).

En México, los requisitos para ser ciudadano se instituyen en la Constitución:

Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:
I. Haber cumplido 18 años, y II. Tener un modo honesto de vivir.

En la norma anterior, no existe limitación para que una persona pueda ser reconocida como ciudadano. Este reconocimiento le da el derecho de intervenir en los asuntos públicos del país.

También la Constitución establece en el artículo 35 los derechos de participación activa o pasiva del ciudadano:

I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación; III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país [...]. (Énfasis fuera de texto)

La determinación constitucional es directa y simple, se es ciudadano se puede intervenir en los asuntos públicos, con derechos de ser candidato o poder asociarse para constituir un partido político, cumpliendo las determinaciones legales.

Ahora, en el contexto del Sistema Internacional de Derechos Humanos, a partir de la reforma constitucional de 2011, los DD.HH. ratificados en tratados internacionales son norma suprema en México:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Artículo 1º Constitucional)

Con esto se amplía el conjunto de derechos fundamentales de las personas y el deber de protección de los mismos por parte del Estado. En particular, deseo exponer un apartado de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH), que advierte la obligación de respetar los derechos por parte de los Estados en su artículo primero:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación

alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Sobre la participación de las personas en los asuntos públicos, y en particular en el tema de la libertad de asociación, la CADH en su numeral décimo sexto reconoce esta asociación con fines políticos. Pero encontramos una limitación en su fracción segunda misma que se transcribe para su análisis:

1. *Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.*
2. *El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás.*

La restricción que se hace al derecho de asociación deja un amplio espacio para su interpretación y la discreción de cada Estado para decidir si esa organización es acorde a una sociedad democrática, indicando los temas que limitan la asociación de las personas.

En el tema de los derechos políticos como un derecho humano en el mismo instrumento internacional, la CADH en su artículo vigesimotercero garantiza la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos:

1. *Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:*
 - a. *De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
 - b. *De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y*
 - c. *De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*
2. *La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad,*

nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Aquí se encuentra uno de los puntos sensibles de este trabajo. Se establece que todos los ciudadanos gozan de los mismos derechos y oportunidades, por lo que no se puede limitar su ejercicio y tampoco se debe limitar la participación solo a votar, sino que como ciudadano se tiene el derecho de ser votado. Con esto se garantiza que todos los ciudadanos tengan las mismas condiciones de igualdad de oportunidades para participar como candidatos a un cargo de representación popular.

En la fracción segunda, otorga a los Estados la limitación a quienes pueden ejercer su derecho de participación política. Pero en nuestro caso, no se limita por cuestiones de la profesión, como es el caso de los ministros de culto.

El reconocimiento de estos derechos humanos crea condiciones para que los ciudadanos participen activa o pasivamente en los asuntos públicos, en que haya igualdad para tener acceso a las funciones públicas. En México se limitan estos derechos ciudadanos a los ministros de culto, produciendo una desigualdad de oportunidades.

IGUALDAD DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La igualdad es entendida por la RAE como: “Conformidad de algo contra otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad; correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen todo; equivalencia de dos cantidades o expresiones”. También la RAE define el término “igualdad ante la ley” como: “el principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”.

Para Luigi Ferrajoli, la igualdad es un término normativo: quiere decir que los “diferentes” deben ser respetados y tratados como iguales y que, siendo esta una norma, no basta enunciarla, sino que es necesario observarla y sancionarla. Para este autor, el concepto “diferencias” es un término descriptivo: se refiere a que, de hecho, entre las personas hay contrastes, que la identidad de cada persona está dada precisamente por sus diferencias, y que son pues sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en observancia del principio de igualdad (en Salazar, 2007, p. 43). Hay igualdad cuando no existen desventajas naturales o contingentes. Como principio establecido en la ley, esto atiende a la calidad jurídica de las personas o de las entidades (Quiñones, 2002, p. 58).

El principio de igualdad electoral adquiere diferentes sentidos dependiendo del contexto del cual se trate; por ejemplo, se tiene la igualdad ciudadana para acceder a los cargos públicos (Castillo, 2006, pp. 59, 73). Asimismo, se puede valorar cuantitativamente en la igualdad del voto (Dahl, 1989, pp. 109-118). Otro campo donde encontramos el manejo de la igualdad es en el acceso a la justicia electoral. También este principio se utiliza para la igualdad de recursos, cuando se estudia el financiamiento electoral (Woldenberg, 2006, p. 21)¹⁶.

Podemos plantear que la base para obtener una competencia justa es la igualdad en los recursos financieros que podrán erogar los competidores a los cargos públicos. Esta equidad se origina y se conforma al fijar un tope máximo de gastos, un máximo posible de erogaciones que determina la autoridad electoral con base en la normatividad, donde se tiene en consideración diversos factores como el número de ciudadanos inscritos en cierto distrito o circunscripción electoral, monto del salario mínimo vigente, etcétera¹⁷.

Las normas que apuntalan el principio de igualdad tienen el objetivo de que no se produzca una contienda electoral desleal y desequilibrada, al igual que limitar a los contendientes políticos cuyos bienes materiales sean superiores, o bien, de los que gozan del respaldo del gobierno o de la cúpula de un partido político y puedan contar con recursos del partido.

Desde el punto de vista democrático, el principio de igualdad debe generar una competencia justa que permita a todos los ciudadanos participar libremente en las elecciones bajo normas que conlleven a la igualdad entre candidatos y partidos.

Como se mencionó, una de las características de una república es que todas las personas sean iguales ante la ley. Esta igualdad social permite que todos los ciudadanos gocen de los mismos derechos y libertades y, por tanto, puedan desempeñar cargos públicos, votar o ser votado, asociarse, entre otros. Tal igualdad política permite la intervención en los asuntos públicos, ya sea manera activa o pasiva. Si se demeritan o conculan los derechos ciudadanos de una persona, sin una justificación legal (como los sentenciados a pena corporal), se ataca uno de los fundamentos de la democracia (Dworkin, 2000).

En particular, se puede observar que la Constitución mexicana contiene una discriminación hacia los ministros de culto al impedírseles que sean candidatos

16 Así como lo expresa Giovanni Sartori: “Más que ningún otro factor es la competencia entre partidos con recursos equilibrados (políticos, económicos y humanos) la que genera democracia” (en Zovatto, 2003, p. 89). Cfr. Clyde (1993, p. 119).

17 El límite a los gastos es una fórmula eficiente que se ha encontrado, para contribuir a la construcción de condiciones medianamente equitativas, para la competencia electoral. Woldenberg (2006, p. 27).

datos a cargos de representación y de poder asociarse con fines políticos. Esta normatividad los coloca en un escenario en el que no se les trata por igual que los demás ciudadanos, lo que genera que no haya la misma oportunidad de participación en los asuntos públicos (Moia, 2007).

Esta limitación constitucional es contraria a los diversos tratados internacionales signados y ratificados por el Estado mexicano. Por ejemplo, la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 29 refiere:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

Considerando lo anterior, se tiene una contradicción en el sistema positivo jurídico nacional. Por un lado, se impone y exige constitucionalmente la obligación a las autoridades de cumplir los tratados en materia de derechos humanos (arts. 1º y 133), y por otro lado, se reconoce la imposición de no poder ejercer todos los derechos políticos a los ministros de culto, fundamentado por el tema de la separación Iglesia-Estado (art. 130 constitucional).

En lo que hay que ser muy puntuales es que la CADH señala en su artículo 24 que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Entender esta igualdad es un punto fundamental si es la que coloca a todos en el mismo piso, para que no haya ninguna ventaja legal para nadie; es la que frena el abuso, la que permite la no discriminación por medio de la autoridad judicial o la que faculta ejercer a todos los ciudadanos sus derechos humanos.

Es menester y preciso mencionar el criterio de la autoridad jurisdiccional. En caso que, si se encuentra un derecho derivado de un tratado internacional y un conflicto con la Constitución, se ha distinguido la prevalencia del Código Político¹⁸:

En atención a los artículos 1 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el control difuso que realizan los Jueces ordinarios, en el ámbito de sus competencias, constituye una herramienta en su labor de decir el derecho conforme a la Ley Suprema. Esta facultad se ha entendido en el sentido de que el órgano judicial puede ejercerla ex officio, esto es, en razón de su función jurisdiccional y sin que medie petición alguna de las partes; sin embargo, es factible que en un juicio contencioso el actor solicite que el juzgador ejerza control difuso respecto de alguna norma. En este caso, al existir un argumento de nulidad expreso, se dan dos posibilidades: (1) que el órgano jurisdiccional coincida con lo expuesto por el actor y considere que debe desaplicar la norma; y, (2) que no convenga con lo solicitado. En este último supuesto, si el órgano del conocimiento considera que la norma no es contraria a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, bastará con que mencione en una frase expresa que no advirtió que la norma fuese violatoria de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias, sin que sea necesaria una justificación jurídica exhaustiva en ese sentido, pues la norma no le generó convicción que pusiera en entredicho la presunción de constitucionalidad de la que gozan las disposiciones jurídicas de nuestro sistema; ello, porque no puede imponerse al juzgador natural la obligación de contestar de fondo los argumentos de inconstitucionalidad o inconvenencialidad que le hagan valer en la demanda, ya que ese proceder implicaría que la vía se equipare al control concentrado, desvirtuándose con ello la distinción entre los dos modelos de control que están perfectamente diferenciados en nuestro sistema. Por tanto, es inexacto considerar que en su demanda de amparo el quejoso deba combatir el análisis de constitucionalidad efectuado por la autoridad responsable, pues el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad de las normas generales por vía de acción se deposita exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva si una disposición es o no contraria a la Constitución Federal y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Además, tratándose de procedimientos de control concentrado, el tema de inconstitucionalidad o de inconvenencialidad de leyes -planteado expresamente por el solicitante

18 Jurisprudencia emitida por la Primera Sala, Libro 23, octubre 2015, Tomo II, página 1648. Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Su ejercicio no limita ni condiciona el del control concentrado (Décima época, Número 2010144).

de amparo- forma parte de la litis y, por ende, el Tribunal Colegiado de Circuito está obligado a pronunciarse de forma directa sobre este. De ahí que los juzgadores de amparo deben abordar el estudio de constitucionalidad de leyes al dictar sentencia en amparo directo cuando estos aspectos sean planteados en los conceptos de violación, sin que los pronunciamientos que hubiese realizado la autoridad responsable en el juicio de nulidad, por medio del ejercicio del control difuso, limiten o condicione el ejercicio de las facultades del control concentrado.

En consecuencia, al aparecer ante el conflicto entre un derecho derivado de un tratado internacional que no es acorde a la Constitución mexicana, prevalecerá la Carta Política. Sin embargo, esta podría recurrirse ante instancias internacionales, que resolvería sobre esa violación de derechos humanos.

Para finalizar este trabajo, se muestran varias conclusiones que no tienen más fin que dejar algunas inquietudes en el lector.

CONCLUSIONES

- El tema principal de este trabajo fue la determinación que contiene la Constitución mexicana para que los ministros de culto no puedan postular a los cargos de elección popular ni de poder asociarse como partido político. Esto produce un régimen que conculta los derechos políticos de las personas que encabezan los credos en México, lo que genera una desigualdad de oportunidades entre ciudadanos por el oficio que practican.
- Los ministros de culto poseen y deben disfrutar sus derechos humanos como cualquier persona, mismos que deben ser tutelados y vigilados por el Estado. La misma Constitución advierte de la protección a los derechos humanos reconocidos. Sin embargo, en este tema notamos una aporía entre derechos fundamentales y derechos humanos.
- Se debe entender que la Iglesia (o cualquier credo con personalidad jurídica) y el Estado son instituciones con diferentes objetivos. La primera corresponde a la esfera de índole privada y la otra pertenece al escenario del espacio público. Si ambas funciones llegan a converger, se contaminarían los objetivos y las funciones de cada una, el Estado podría convertirse en una sacristía con acceso solo con membresía y la Iglesia sería el gran censor ético, además de actuar monárquicamente (Habermas & Ratzinger, 2006, p. 46).
- La Iglesia pretende hacer compatible la afirmación de lo que considera su propia verdad sobre el hombre y también sobre su convivencia en la sociedad

y el Estado con la defensa de la libertad propia de una sociedad democrática, reconociendo la sana laicidad del Estado en la comunidad política. Un Estado ha de fundamentar su propia razón de ser y su poder de afirmar y defender los derechos inherentes a la dignidad humana de los ciudadanos en lo que ha de consistir el auténtico bien común que él ha de realizar (Habermas & Ratzinger, 2006, p. 55). “La verdadera laicidad se niega conceder a la Iglesia católica o a cualquier otra, lo que no concede de ninguna manera al Estado, es decir, ser la referencia moral, absoluta y última” (Mejan, 2010, p. 140).

- La separación que debe existir en el ejercicio de la autoridad civil o política y la autoridad de las jerarquías propias de los grupos y las comunidades religiosas institucionalmente organizadas no es suficiente para resolver el problema de su coexistencia. La razón es obvia. La naturaleza y las formas de actuar de ambas autoridades no son idénticas, y no tienen por qué ser mutuamente excluyentes, jerárquicamente incompatibles o subordinadas entre sí. Tampoco parece ser razonable la pretensión de que cualquiera de ellas pueda reivindicar para sí, en función de sus propios objetivos e intereses, el derecho a decir la última palabra en la esfera de la legítima competencia de la otra (Sarten, 2008, p. 44).
- La tesis de la separación entre el derecho y la moral es un corolario del positivismo jurídico, esto es, la afirmación del principio de legalidad como una norma de reconocimiento del derecho vigente, lo que se entiende como la autonomía del derecho ante la moral (Ferrajoli, 2008, p. 135).

En sentido inverso, la moral no se basa en el derecho; esto es, en normas heterónomas, porque por el contrario, si se vive de manera auténtica, se fundamenta en las conciencias individuales y en su valor en cuanto fin en sí misma. Por ello las autoridades religiosas no deben entrometerse en la vida moral de las personas, atacando, censurando, criticando, protegiendo o prohibiendo determinadas formas de pensamiento, actuación, credos, ideologías, preferencias políticas o culturales (Ferrajoli, 2008, p. 136).

- Pero veamos un poco más allá de este conflicto. ¿Qué pasaría si se reconociera el derecho humano de los ministros de culto para participar en las elecciones, sin renunciar a sus labores religiosas? ¿Tendrían alguna ventaja en la competencia electoral? ¿Cómo armonizaríamos las normas electorales y la jurisprudencia que ha afirmado la separación de Iglesia-Estado? ¿Concursarían políticamente con sus símbolos religiosos y sus sotanas (o la prenda de su credo)?
- Si se les reconociera sus derechos humanos en materia política a los ministros de culto en México; ¿estarían en igualdad de condiciones con los partidos

políticos e independientes? ¿O tendrían una ventaja al estar en una campaña permanente? ¿Serían candidatos con ventaja por su reconocimiento social? ¿La devoción religiosa influiría en las votaciones, jugando a su favor?

- Observemos otra arista de este asunto, si se garantizara el derecho humano de los ministros de culto para constituirse como partido político. Tenemos que se repite la idea de la ventaja institucional, que genera un amalgamiento entre lo privado y lo público; pero ¿acaso son personas que deben gozar y utilizar sus derechos humanos con el objetivo de desarrollar su personalidad o debemos excluirlos y no considerar sus derechos morales universales con base en la doctrina del siglo XIX?
- Ahora suponiendo, sin conceder, que se reconoce a los ministros de culto su derecho de asociación con fines políticos. Nadie pone en duda que existe una desigualdad por ser instituciones diferentes, con fines muy distintos. Sin embargo, hay que recordar que en el Constituyente de 1917 hubo representantes del Partido Católico, y que posteriormente en los gobiernos de Obregón y Calles revivieron los conflictos con la Iglesia, sometiéndolos a una especie de ostracismo.
- Demos un paso más, si se conformara un partido político con una declaración de principios extraídos y conformados de la religión que representan (Mejan, 2010, p. 140). Sus razonamientos, sus votos, sus iniciativas y demás actividades parlamentarias estarían regidas por normas extraterrenales. Ello podría originar actos, conductas, maneras y demás materializaciones con un sello religioso, lo que atentaría a la autonomía de los individuos, pudiendo producirse un Estado semiconfesional.
- Por otro lado, tenemos al límite económico como barrera para que no exista ventaja de recursos financieros en las campañas electorales. Esto lleva a pensar que se necesitará de una institución que controle, vigile y supervise los gastos de los candidatos y partidos políticos de origen religioso. ¿Bastaría con una declaración de buena fe? No lo creo.

En este sentido, y además de estar fijado en términos de cada elección, lo equitativo y legal es el tope de gastos de campaña sea determinado con base en elementos objetivos y en forma igualitaria para todos los candidatos y partidos contendientes, para que así se cumpla con la finalidad de propiciar transparencia e igualdad de oportunidades en la contienda electoral (Orozco, 2005, p. 186)¹⁹.

19 Sin embargo, aunque un candidato o un partido político, rebasen los límites legales y se les sancione, el dinero sigue siendo un factor fundamental en las campañas políticas. Cfr. Chomsky (2001).

La Iglesia cuenta y obtiene recursos financieros y humanos que son difíciles de contabilizar, como el diezmo, las donaciones y el trabajo gratuito que realizan varios de sus feligreses, por lo que debería tener una mayor vigilancia de los recursos que recibe vía ministraciones y donaciones.

- Ahora, ¿este reconocimiento político-constitucional a los ministros de credo sería un avance en la lucha de los derechos humanos o un retroceso en el sistema democrático mexicano? Pues todo depende de cómo se quiere asimilar y enfrentar este conflicto. Si bien no se cuenta con una bola de cristal para vislumbrar qué sucedería, no menos cierto es que se cuenta con un Estado débil ante una institución en la que confía la mayoría de los mexicanos. ¿Pero hoy en día, habría una competencia electoral equitativa, justa, honesta y transparente con el resto de los actores políticos?
- Otro tema que se debe considerar es el de la libertad de expresión que ya posee y ejerce la Iglesia (o cualquier religión en México). ¿Sus declaraciones se tomarían como políticas?

Las iglesias pueden hablar, pueden expresarse y dar su opinión, y eso no afecta en absoluta la lucha democrática, ya que lo central es que nuestros representantes populares de todos los partidos y nuestros funcionarios de gobiernos, recuerden que su autoridad política proviene de nosotros y que las Iglesias pueden así opinar o hacer lo que consideren adecuado, pero no contienen en absoluto en su seno la clave de la legitimidad y el origen de la autoridad política de la democracia moderna. (Hernández, 2003, p. 20)

Debemos advertir el periodo de ironía de la libertad de expresión en que pasamos a tener un Estado opresor, regulador y censurador de este derecho, a tener un Estado que protege y garantiza la libertad de todo el mundo a expresarse, bajo ciertos patrones. (Fiss, 1996, p. 83)

- Lamentablemente la democracia efectiva en México es de reciente cuño. Los ciudadanos podrían confundir el mensaje político con el religioso por parte de los ministros de culto. ¿Pero se debe tener temor a la política que postularían los ministros de culto?

Es incuestionable que la democracia dejaría de serlo si el Estado y las leyes que nos gobiernan se propusieran amparar una sola forma de pensar, hablar o actuar. La democracia debe acompañar y proteger la diversidad, la multiplicidad de los pensares y quehaceres, de propuestas individuales y sociales. La democracia se nutre y enriquece de alternativas. (Hernández, 2003, p. 40)

El desprecio de la clase política nacional podría ser canalizado por los pregonos de la fe, lo que podría provocar leyes basadas y sustentadas en su filosofía y dogmas, en que se deba actuar bajo la determinación de cierta doctrina religiosa e incluso tener un mimetismo de Estado confesional, pero que se presente como democrático por su legitimidad electoral.

- Sin importar el credo o ideología, un gobierno justo tratará de instaurar las reglas para asegurar y perpetuar la libertad de las personas y desterrar la posibilidad de establecer una tiranía. Tal gobierno será mejor apoyado al proteger a cada ciudadano y su religión con la misma mano que protege su persona y su propiedad, sin invadir el derecho de ninguna secta, ni que estas invadan los derechos de los ciudadanos (Forrest, 2004, p. 66).

Una sociedad libre es donde la persona ha de hacer su opción en libertad, con exclusión de cualquier imposición precedente de la fuerza coactiva del Estado ejercida sobre las conciencias. En una sociedad que es libre por el ejercicio de sus derechos fundamentales es donde las personas han de hallar el espíritu en libertad frente a injustas pretensiones propias de un poder coactivo como es el poder del Estado. La persona y la sociedad deben disponer de ámbitos de decisión ajenos a la competencia jurisdiccional o soberanía propia del Estado, a fin de que esta no interfiera en campos extraños a su propia función. (Sarten, 2008, p. 45)

- Este artículo como se mencionó al principio, no toma ni provoca una postura a favor de los derechos humanos en materia política de los ministros de culto ni pretende desdeñar nuestra historia constitucional en el tema de la separación Iglesia-Estado. El objetivo fue poner las cartas en la mesa y generar debate, que tanta falta nos hace para mejorar nuestra democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B. (1980). *Social Justice in the Liberal State*. New Haven: Yale University Press.
- Agresto, J. (1984). *The Supreme Court and Constitutional democracy*. Cornell University Press. Ithaca
- Águila, R. (2000). *Manual de ciencia política*. Madrid: Trotta.
- Amar, V.D. (2009). *Freedom of speech*. New York: Prometeus.
- Ansolabehere, K. (2007). *La política desde la justicia*. México D.F.: Fontamara.
- Aragón, M. (2007). Derecho de sufragio: principio y función. En: Nohlen et ál. *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina* (pp. 162-197). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Barendt, E. (2005). *Freedom of speech?*. Oxford: Oxford University Press.
- Baubérot, J. (2005). *Historia de la laicidad francesa*. México D.F.: El Colegio Mexiquense.
- Berger, P. (1999). *The desecularization of the world*. Washington: Ethics and Publicy Center.
- Blancarte, R. (2000). *Laicidad y valores en el Estado democrático*. México D.F.: Segob – El Colegio de México.
- Blancarte, R. (2008). *Libertad religiosa, Estado laico y no discriminación*. México D.F.: Conapred.
- Blancarte, R. (comp.). (2008). *Religión, iglesias y democracia*. México D.F.: Conapred.
- Bobbio, N. (1983). *Diccionario de política*. 11^a edición. Brasilia: Ed. UnB.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós.
- Bobbio, N. (1998). *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- Böckenforde, E.W. (2000). *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Bovero, M. (1997). *Los adjetivos de la democracia*. México D.F.: Ed. IFE.
- Canabelas, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. 18^a edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Carpizo, J. (2006). *Concepto de democracia*. México D.F.: UNAM.
- Carrasco Daza, C. (2007). Más allá de la confrontación de ideas en los debates políticos. *Lex: Difusión y Análisis*, tercera época, XI(146).
- Casanova, J. (2006). *Religion in an Expanding Europe*. Cambridge: Cambridge University. New York. Press.
- Castillo, L. (2006). *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*. México: Ed. TEPJF.
- Chomsky, N. (2001). *Perspectivas sobre el poder*. Barcelona: El Roure Ciencia.
- Cienfuegos, D. (2008). *Justicia y democracia*. México: El Colegio de Guerrero.
- Cooter, R. (2000). *The strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press.
- Cossío, J.R. (2002). *Concepciones de la democracia y justicia electoral*. México D.F.: ITAM.
- Covarrubias, J. (1998). Justicia electoral. *Revista Jurídica Jalisciense*, 8(1), México, 1998, pp 37 - 64.
- Dahl, R. (1989). *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press.
- Dahl, R. (1993). *La poliarquía*. México D.F.: Ed. REI.
- Dahl, R. (2006). *On Political Equality*. New Haven: Yale University Press.
- De Cabo, C. (1997). *Contra el consenso*. México D.F.: UNAM.
- Debeyre, G. (2010). Laicidad y enseñanza pública. En: Latreille, A. (2010). *La laicidad* (p. 204 y ss.). México D.F.: El Colegio Mexiquense.

- Dworkin, R. (2000). *Virtud Soberana*. Harvard: Harvard University Press.
- Elster, J. (1998). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Enciclopedia Omeba. (1976). Tomo II. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina.
- Fernández Santillán, J.F. (2006). *Valores y principios de la justicia electoral*. México D.F.: Ed. IFE.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Fiss, O.M. (1996). *The irony of free speech*. Harvard: Harvard University Press.
- Fix-Fierro, H. (2006). *Los derechos políticos de los mexicanos*. México D.F.: UNAM.
- Forrest, C. (2004). *The separation of church and state*. Boston: Beacon Press.
- Gargarella, R. (2002). *Crisis de la representación política*. México: Fontamara.
- Gargarella, R. (2009). *Los fundamentos legales de la desigualdad*. Madrid: Siglo XXI.
- Gómez de Silva, G. (2001). *Diccionario Etimológico de la Lengua Española*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Gómez Palacio, I. (2000). *Procesos electorales*. México D.F.: Ed. Oxford.
- González Oropeza, M. (1989). La Constitución de 1857. *Revista de Investigaciones Jurídicas* pp 289 - 325
- Habermas, J. & Ratzinger, J. (2006). *Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión*. Madrid: Encuentro.
- Hamilton, J. & Madison. (2002). *El Federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Hauriou, A. (1980). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel.

- Hauriou, A. (2010). Democracia y fuerzas religiosas. En: Latreille, A. (2010). *La laicidad* (p. 19 y ss.). México D.F.: El Colegio Mexiquense.
- Held, D. (2006). *Models of Democracy*. San Francisco: Standford University Press.
- Hernández Estrada, R. (2003). *Presente y futuro de las relaciones Estado-Iglesias-Sociedad*. México D.F.: Ed. Senado de la República.
- Huntington, S. (1990). *El orden político en las sociedades en cambio*. Buenos Aires: Paidós.
- Huntington, S. (1996). *The Third Wave. Democratization in the late Twentieth Century*. University of Oklahoma Press.
- IFE (2002). Democracia interna de los partidos políticos. En: *Democracia interna y fiscalización de los partidos políticos*. México D.F.: Ed. TEPJF.
- IFE (2003). *Testimonios sobre el desempeño del TEPJF*. México D.F.: Ed. IFE.
- IFE (2004). *Democracia interna y fiscalización*. México D.F.: Ed. IFE.
- IFE (2006). *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos*. México D.F.: Ed. IFE.
- Kahler, E. (1979). *Historia universal del hombre*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Lasalle, F. (2001). *¿Qué es una Constitución?*. México D.F.: Fontamara.
- Latreille, A. (2010). *La laicidad*. México D.F.: El Colegio Mexiquense.
- Levinson, S. (2006). *Our undemocratic Constitution*. New York: Ed. Oxford.
- Linz, J. (1996). *Problems of democratic transition and consolidation*. The Johns Hopkins University Press.
- Mackenzie, W. (1972). *Elecciones libres*. Madrid: Tecnos.
- Malem J., Orozco, J. & Vázquez R. (2003). *La función judicial*. México D.F.: Gedisa.
- Maritain, J. (1997). *El hombre y el Estado*. Madrid: Ed. Encuentro.
- Marramao, G. (1989). *Poder y secularización*. Barcelona: Ed. Península.

- Mejan, F. (2010). Definiciones de la laicidad del Estado. En: Latreille, A. (2010). *La laicidad* (p. 126 y ss.). México D.F.: El Colegio Mexiquense.
- Merryman, J.H. (1993). *La tradición jurídica romana-canónica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Moia, L.A. (2007). Los derechos políticos como derechos humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 45 pp 76 - 105
- Nohlen, et ál. (2007). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Norris, P. & Inglehart, R. (2005). *Sacred and Secular. Religion and politics worldwide*. Harvard: Harvard University Press.
- Ojesto, J.F. (2003). Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política. En *Academia mexicana de jurisprudencia y legislación*. México D.F.
- Orozco, J. (2005). Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico. *Revista Cuestiones Constitucionales*, 13, pp 151 - 203
- Orozco, J. (2007). Justicia constitucional electoral y democracia en México. *Anuario Latinoamericano de Justicia Constitucional*.
- Patiño, J. (1985). *Tránsito del constitucionalismo individual y liberal al constitucionalismo social*. México D.F.: Ed. PGR.
- Pérez, K. (2005). *Principio de igualdad: Alcance y perspectivas*. México D.F.: UNAM.
- Przeworsky, A. (1999). Minimalist conception of democracy: a defense. En: Shapiro, I *Democracy's Value*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pufendorf, S. (1991). *On the Duty of Man and Citizen According to the Nature Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Quiñones, C. (2002). *La equidad en la contienda electoral*. México D.F.: UNAM.
- Rabasa, E. (2006). *La Constitución y la dictadura*. México D.F.: Porrúa.
- Rawls, J. (2005). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

- Real Academia de la Lengua Española (RAE). (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa – RAE.
- Reyes, J. (1974). *El liberalismo mexicano*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Rosenthal, A. (2003). *Republic on trial: The case for representative democracy*. Washington CQ Press.
- Salazar Ugarte, P. (2007). *La laicidad: antídoto contra la discriminación*. México D.F.: Ed. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Santos de la Garza, L. (1996). Justicia electoral en México. *Revista del Senado*, 2(4).
- Sarten, J.M. (2008). *Laicidad del Estado e Iglesia*. México D.F.: Ed. PPC.
- Sayeg Helú, J. (1996). *El constitucionalismo social mexicano*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Schumpeter, J.A. (1942). *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Ed. Harper and Row Publishers.
- Serrano Gómez, E. (1996). *Consenso y conflicto*. México D.F.: Ed. Interlínea.
- Shapiro, I. (1999). *Democracy's Value*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shapiro, I. (2003). *The State of Democratic Theory*. Princeton University Press.
- Silva Bascuñán, A. (1986). *Derecho político*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile.
- Solorio Almazán, H. (2002). *Democracia interna de los partidos políticos*. IFE. Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos (p. 21 y ss.). México D.F.: IFE.
- Sunstein, C. (1998). Constitutions and democracies. En: Elster, J. *Constitutionalism and Democracy* (pp. 352). Cambridge: Cambridge University Press.
- Supreme Court of the United States of America (1927). *Whitney v. California*, 274 U.S. 357.
- Tavera, X. (1957). *Tres votos y un debate*. Xalapa: Ed. Universidad Veracruzana.

- Taylor, C. (2007). *A Secular Age*. Harvard: Harvard University Press.
- Tena Ramírez, F. (1991). *Leyes fundamentales de México*. México D.F.: Porrúa.
- Touraine, A. (2004). *¿Qué es la democracia?*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2004.
- Trujillo, I. (2007). *Imparcialidad*. México D.F.: UNAM.
- Valadés, D. (2005). *El gobierno de gabinete*. México D.F.: UNAM.
- Vázquez, R. (comp.). (2007). *Corte, jueces y política*. México D.F.: Fontamara.
- VVAA (1993). *Aspectos jurídicos del financiamiento de los partidos políticos*. México D.F.: UNAM.
- VVAA (2007). *Dinero y contienda político-electoral*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. 2007.
- Walzer, M. (2004). *Las esferas de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Whitehead, L. (2003). *Democratization*. Oxford: Oxford University Press.
- Woldenberg, J. (2006). Vida interna de los partidos políticos y fiscalización de los recursos, nuevos retos de la autoridad electoral. En: IFE. *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos* (p. 21 y ss.). México D.F.: IFE.
- Woll, P. (1993). *American Government*. Ed. Harper Collins.
- Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil*. Madrid: Ed. Trotta.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
46

242

CÓDIGO DEONTOLOGÍCO DEL ABOGADO EJERCIENTE EN EL ARBITRAJE DE DERECHO PRIVADO

DEONTOLOGICAL CODE OF THE EXECUTIVE ATTORNEY IN THE PRIVATE LAW ARBITRATION

Luis Montilla Arjona*

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2017
Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2017

RESUMEN

En la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, Ley de Arbitraje, se planteaba como objetivo fundamental consolidar el uso de la institución arbitral en nuestro ordenamiento como una alternativa eficaz a la jurisdicción ordinaria. La realidad es que salvando figuras especiales como el arbitraje de consumo, el arbitraje constituye un método poco comprendido y poco desarrollado, que carece de una *vis atractiva* siendo todo un principio dispositivo y contractual que debiera ayudar a descongestionar nuestro sistema judicial. Pero algo ocurre que impide desarrollarse a la institución normalmente en nuestro sistema, alejado de cómo lo hace en otros países de nuestro entorno, y no necesariamente enmarcados en el *Common Law*. Y es aquí donde considero primordial sustraer todo halo de corporativismo de la que hasta ahora ha sido la principal figura en el arbitraje de derecho privado, el abogado ejerciente, para lo que se me hace necesaria la existencia de unas normas deontológicas específicas que enmarquen, entre otras, la relación de este con el cliente.

Palabras claves: normas deontológicas, arbitraje privado de derecho.

ABSTRACT

In the Explanatory Statement of the Law 60/2003, December 23, Arbitration Law, the use of the arbitral institution in our arrangement as an effective alternative to ordinary jurisdiction was set as a fundamental objective. The truth is that saving special figures like consumer arbitration, arbitration constitutes an ununderstood and undeveloped method, which seems absent from a *vis atractiva* even from a dispositivo and contractual principle which should help decongest our judicial system. But something occurs which prevents this institution from developing normally in our system, far from how it does in other countries of our environment, and not necessarily framed in the *common law*. And here is where I consider primordial to subtract every halo of corporatism from which until now has been the principal figure in the arbitration of Private Law, the practicing lawyer, for what to me seems necessary the existence of specific

* Abogado, doctorando Departamento de Derecho Procesal UNED, profesor Escuela de Licitación ICA Granollers. email: l.montilla@icavor.com

deontological rules which frame, among other, its relation with the customer.

Keywords: deontological rules, private arbitration of law.

I. ABOGADO, JURISTA, ESPECIALISTA

Bello Janeiro define arbitraje como aquella institución cuya actuación “consiste en la resolución de conflictos, en materias de su libre disposición conforme a derecho, entre dos o más partes a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial que se denomina árbitro, que dicta un laudo de obligado cumplimiento para las partes que produce efectos idénticos a la cosa juzgada, sin que pueda ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos” (en Colina, 2009, p. 16).

La vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, establece diferentes clases de arbitraje, de las que el artículo 15.1, en relación con el arbitraje privado, excluido el arbitraje de equidad, establece la condición de “jurista”:

Artículo 15. Nombramiento de los árbitros.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal.

Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

En su redactado original dicho artículo 15.1 hacía mención a la “[...] condición de abogado en ejercicio”, para todos aquellos arbitrajes que “[...] no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34 [...]”, salvo acuerdo expreso en contrario. La exigencia de este requisito subjetivo daba la equivalencia a independencia, imparcialidad y correcto desempeño de aquellas funciones que se le suponen al árbitro como concepto (Serrano, 2004, p. 271). Sobrepasa el nuevo redactado la condición de abogado en ejercicio con la de jurista, pero el objeto de este estudio es la actuación del abogado como árbitro, por lo que conviene observar cómo se define en el artículo 542.1 de la LOPJ (y en el mismo sentido los artículos 6 y 9.1 del RD 658/2001, de 22 de junio, Estatuto General de la Abogacía):

Artículo 542. 1. Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.

No obstante, serán las normas más específicas las que más se vengan a tratar de adaptar al espíritu aperturista de la institución. Así, el artículo 12.1 del

1 Según redactado dado por Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona (en adelante TAB)², ya hablaba de “licenciado en derecho”, redacción que se anticipaba al actual redactado:

Artículo 12.- Requisitos para ser árbitro. 1. En el arbitraje de derecho con un solo árbitro el TAB designará como tal a un licenciado en derecho, respetando en todo caso las incompatibilidades impuestas por la ley.

La anterior Ley 36/1988, de Arbitraje, en su artículo 12.2 decía haciendo referencia a los arbitrajes de derecho: “2. Cuando una cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio”.

Si la realidad nos indica que importa la condición de jurista, Muñoz Sabaté (2006) viene a remarcar la exigencia que ahora se expresa “Salvo acuerdo en contrario de las partes [...]” (p. 338), lo que para este autor significa relativizar la colegiación, algo en lo que el nuevo redactado enfatiza al hablar de jurista (sin más), con lo que viene a significar la exigencia de preparación técnica del árbitro, más allá de su colegiación, y que el TAB anticipó en su redactado del artículo 12. Pero siguiendo con este argumento, son las partes, finalmente, quienes tienen la opción de decantarse por árbitro con preparación jurídica, o técnico (o no) en la materia.

La ley no obvia los mecanismos de “ayuda” para evitar la paralización del arbitraje ante la ausencia de acuerdo voluntarista de las partes, vía ayuda jurisdiccional o ayuda institucional (cortes de arbitraje), donde prima el corporativismo por encima de opiniones como la de Colina Garea (2009), quien opina que “la especialización no la confiere necesariamente una determinada profesión. Por ello no se debería escoger al árbitro por razón de la profesión, sino atendiendo a la propia persona” (p. 166). Por su parte, asevera Pozo Moreira (2008) que “[...] la cualidad del árbitro-abogado y la actividad misma llamado a desarrollar precisan de una regulación ética profesional que en todos los casos, en particular en la designación arbitral *per retionem* por un juez o institución arbitral, se asegure la aceptabilidad por las partes de las cualidades del árbitro” (p. 3). Es un llamamiento a la ética en la actuación del árbitro en defensa del propio sistema, y de aquí que propongo y defiendo en este artículo la necesidad de un código deontológico *ad hoc* que acompañe al propio del abogado en ejercicio en su función de árbitro, y que a su vez condicione la visión que se puede tener socialmente de quién debe laudar, fuera del acogimiento a un sistema público de justicia, arrogándose a dicha función de una aceptación generalizada basada en la confianza en la institución y sus miembros (más allá de la propia responsabilidad civil contractual por negligencia que pueda sobrevenir).

2 En vigor desde el 26 de junio de 2004.

Para Cabello Astolfi (2007, p. 21) la condición de abogado en ejercicio convierte al árbitro en un juzgador más próximo, accesible y disponible para las partes, lo cual puede ser positivo en orden a asegurar la inmediatez del procedimiento. Y será precisamente esa confianza la que hace que la propia Ley de Arbitraje (LA) marque un presupuesto que anticipa la posibilidad de recusación del árbitro:

Artículo 17. Motivos de abstención y recusación . [...] 3. Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

Dicha recusación puede plantearse en el momento de su designación o ante la evidencia de su falta de cualificación. Pero el proceso de designación busca la aceptación *ab initio*, lo que nos hace introducir la posible necesidad de que el convenio recoja aspectos ético-profesionales del árbitro que conduzcan a dicha aceptación, que sin duda facilitaría el encaje de la designa; respecto a esta, ante todo se debe hacer valer su imparcialidad e independencia, pues si bien su designación, en el arbitraje de derecho (privado, que es el que tratamos), posee un carácter voluntario, fruto de un contrato que nace del “acuerdo” de las partes, no es menos cierto el halo de honradez que el árbitro debe aportar, y que es recogido en el artículo 17.2 de la LA al indicar:

2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

La LA ya enmarca normas que podemos acoger en un código deontológico y que establecen deberes de imparcialidad e independencia frente al posicionamiento de las partes por parte del árbitro, así como el secreto de sus actuaciones, y que el principal cometido del árbitro es laudar, debiendo sustraerse dicha obligación de la responsabilidad de la institución que lo designa. Hemos de observar que el artículo 15.3 delimita que la solicitud de ayuda judicial no puede equivaler a hacer corresponsable al órgano judicial (o a la institución de derecho privado en quien pudiera recaer la petición) de la actuación del árbitro(s) elegido(s):

3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal

competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.

En este sentido Lorca Navarrete (2013) señala que “[...] la institución arbitral no posee como cometidos o funciones los de laudar. Tan solo han de administrar el arbitraje y designar árbitros” (p. 438).

Hemos de volver a incidir en que la posible consecuencia jurídica de la falta de imparcialidad o independencia desencadenaría en la nulidad de pleno derecho del laudo, motivándose en el artículo 41.1.d)³:

Artículo 41 Motivos . 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe. [...]

d. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

De aquí que trate de defender la necesidad de un quehacer en el desarrollo de la actual LA tendente a determinar un código deontológico general para el abogado-árbitro (no entro a evaluar dicho código para otras posibilidades de profesionales que puedan ser nombrados atendiendo a una determinada especificación y especialidad), que acompañe al código deontológico de la abogacía española, adoptándose un sistema garantista y aportando seguridad a la institución, a lo que voy a dedicar las siguientes líneas.

II. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Las condiciones y requisitos de los árbitros, más allá del acudir a su preparación técnica, no aparecen de forma clara como defensa de la honorabilidad a la par de su cualificación, cuando estamos tratando una institución de la que se pretende sea alternativa a la jurisdicción ordinaria. Y si el laudo se contempla con fuerza ejecutiva, las especiales características de la dualidad árbitro-abogado “[...] deberían contemplarse en el Código Deontológico de la Abogacía Española, para mayor seguridad y garantía de su servicio arbitral y a la sociedad en general y la profesional en que se integra” (Pozo Moreira, 2008, p. 14).

La STC 288/1993, de 4 de octubre, FFJJ Tercero recoge la afirmación de que el arbitraje es “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden

3 La nulidad de pleno derecho viene refrendada por el art. 6.3 CC.

obtener los mismo resultados que con la jurisdicción civil [...] con todos los efectos de la cosa juzgada". Pero el árbitro carece del poder suficiente para hacer cumplir *per se* el laudo. El *imperium* o potestad para hacer ejecutar lo juzgado continúa bajo monopolio de la jurisdicción ordinaria (entre otros, v. Senes, 2007, p. 26; González, 1991, p. 770).

El Código de Deontología Europeo fue aprobado el 28 de octubre de 1988 y modificado en Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y 6 de diciembre de 2002, por el Conseil Consultatif des Barreaux Européens (CCBE), máximo órgano representativo de la abogacía ante las instituciones de la Unión Europea. En su artículo 1º establece que:

1. *Preámbulo.*

1.1. *La función de abogado en la sociedad.*

En una sociedad basada en el respeto al Estado de derecho, el abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado, en el ámbito de la legislación aplicable. Un abogado debe servir los intereses de la justicia, así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer.

Y continúa:

1.2. *La naturaleza de las normas deontológicas.*

1.2.1. *Las normas deontológicas (a través de su aceptación servicial por aquellos a los que se les aplican) están destinadas a garantizar la correcta ejecución por parte del abogado de su indispensable función, reconocida como esencial en todas las sociedades civilizadas.*

El Código establece, entre otros, los principios integradores de independencia, confianza e integridad personal, muy en la línea de lo que ya hemos anticipado.

El Consejo General de la Abogacía Española, de acuerdo con el Estatuto General de la Abogacía Español, aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio, aprueba en el Pleno de 27 de septiembre de 2002 y modifica en el Pleno de 10 de diciembre de 2002, el Código Deontológico de la Abogacía Española, recogiendo las directrices del Código Deontológico Europeo. No obstante, ya anticipa que:

[...] en los últimos años se han producido unas reformas legales de gran trascendencia que han afectado de forma especial a la ordenación de las profesiones colegiadas; en concreto, nos referimos a la Ley 17/2009, de 23 de

noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; la Ley 34/20006, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales y el Reglamento que la desarrolla, Real Decreto 775/2011, de 3 de junio; y la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Ante estas modificaciones habidas en nuestro ordenamiento jurídico y para su adaptación a ellas, este Consejo General está procediendo a la reforma tanto el Estatuto General como el Código Deontológico de la Abogacía Española.

Podemos observar cómo ha sido recogido por otros colegios territoriales. Así, por ejemplo, la JUS/880/2009, de 24 de marzo, autorizó la inscripción en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalitat de Catalunya la Normativa de la Abogacía Española, aprobada previamente por el Pleno del Consejo de Colegios de Abogados de Catalunya en sesiones de 1º de febrero de 2008 y 2 de marzo de 2009, que en su capítulo sexto, artículos 31 a 34, establece los deberes deontológicos y éticos de la abogacía catalana, y repite los principios ya apuntados, hasta el punto que el artículo 9.5 admite la colegiación de cualquier licenciado en Derecho de la Unión Europea, por no tener incompatibilidad.

Esto nos conduce a la inexistencia de una doble deontología dentro de la Unión Europea, lo que incluye la uniformidad de conexión con las normas éticas-profesionales de defensa, pues son precisamente dichas normas delimitadoras de la función del abogado las que determinan el clausulado disciplinario de dichos colegios profesionales y, como hemos visto, siempre deberán estar en respuesta a las modificaciones legales que a dicha colegiación puedan afectar.

En este sentido, resulta abundante la jurisprudencia delimitadora del sentido de los códigos deontológicos. A manera de ejemplo, la STS Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, S de 4 de febrero de 2004, Ponente Xiol Ríos, Nº de Recurso 6/2002, en su FFJJ 10 indica:

Esta Sala considera que la redacción de un Código deontológico o cuerpo similar no equivale a establecer unas normas directamente aplicables en el ejercicio de una competencia normativa incompatible con la de otros órganos o entes, sino que comporta establecer unos principios éticos de ejercicio de la profesión, interpretando el común sentir de los profesionales y de la sociedad a la que va dirigido su trabajo, los cuales constituyen un elemento para que cada profesional ajuste su conducta a su conciencia ético-profesional y los órganos encargados de exigir la responsabilidad civil, penal o disciplinaria tengan elementos de ponderación suficientes para aquellos

supuestos en que la norma reguladora implícita o explícitamente se remite a conceptos éticos en el ejercicio de la profesión o exige en su interpretación la aplicación de test o criterios apreciativos relacionados con la adecuada conducta profesional.

Llegados a este punto donde creo haber delimitado lo primordial que ha resultado para la abogacía en general tener la certeza de la actividad sancionadora para el colegiado en el ámbito del ejercicio de la profesión de abogado, remarcándose la facultad para disciplinar y pese a que la actual LA es del 2003 y su antecesora era de 1988, prima en el arbitraje de derecho, y reitero, salvo renuncia, el ejercicio de jurista (o abogado en ejercicio), y no se ha hecho el esfuerzo justo y necesario sobre dicho ejercicio, remarcado por el artículo 15.1 LA. En la Declaración de Victoria⁴, punto 5, se recoge:

5. Apostamos por la mejor formación inicial y permanente para alcanzar la excelencia. Necesitamos la especialización para afrontar los retos del futuro que nos permitan continuar con una abogacía siempre adelantada a los tiempos. Es necesario imaginar hasta lo inimaginable, aumentando el nivel de exigencia y buscando nuevas fórmulas en el ejercicio profesional.

Se reitera la búsqueda de nuevas fórmulas y nuevos retos para una abogacía siempre adelantada a los tiempos, pero no es más que una nueva declaración sobre un principio que ya se recogía en el VIII Congreso de la Abogacía⁵, en su Ponencia I:

Decimonovena: Se ha de transmitir al ciudadano que el trabajo de los abogados pasa por la defensa de los clientes ante los tribunales, pero que, además, no es ese su único campo de actuación, fomentando la consulta previa y, en general, la prevención, la información, el consejo y asesoramiento jurídicos destinados a la resolución pacífica del conflicto planteado, evitando acudir a la Administración de Justicia, mediante alternativas a la judicial, como pueden ser la mediación o el arbitraje.

Yáñez Velasco (2004, p. 43) ya indicaba la paradoja de que, aunque supletoriamente, la ley podía estar confiando el ejercicio de árbitro a un colectivo esquivo tradicionalmente a la utilización del arbitraje como método alternativo a la solución de controversias, tan apegado a una mentalidad contenciosa. Es más, como apunta Muñoz Sabaté (2005, p. 176), el abogado-árbitro no asume en el arbitraje la posición de superioridad que le corresponde al juez en la vía jurisdiccional, desarrollándose su relación con los abogados de las partes en un

4 XI Congreso Nacional de Victoria, 6 a 8 de mayo de 2015

5 VIII Congreso Nacional de Salamanca, Octubre 2003

plano de igualdad, con la proximidad y disponibilidad que ello puede conllevar y con el riesgo de deslegitimizar el artículo 17 de la LA al poner en peligro valores básicos de esta institución como su independencia, imparcialidad y neutralidad. De aquí que la primera conclusión es la facilidad que tenemos para plantearnos la evolución de la justicia de este siglo, pero la falta de concreción para abarcar lo novedoso en este ámbito. Pareciera que el árbitro, jurista y abogado, fuera de la actuación en el ámbito jurisdiccional, no debiera tener unas normas disciplinantes. Y esto en un momento en que la litigiosidad derivada del desmantelamiento del sistema español de cajas de ahorro ha hecho incrementar notoriamente el acudir a la vía arbitral para resolución de contiendas (la Junta Arbitral de Consumo de Barcelona presenta las estadísticas en cifras de las resoluciones arbitrales (laudos) a fecha de 31 de diciembre de 2013. De media, el número de expedientes de arbitrajes en Barcelona durante los últimos cinco años ha sido de 3.196. Observando la evolución de 2009 a 2011, se detecta un incremento progresivo hasta llegar a los 4.175 expedientes. Durante 2012 y 2013 estas cifras disminuyeron considerablemente: 2.153 expedientes durante el último año). Es como si nos bastara con la responsabilidad que se deriva del artículo 21.1 LA para salvar la institución por la mala praxis del árbitro:

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros.

Pero a la fecha seguimos sin un código deontológico expreso. Y tan solo el artículo 11.2 del Código Deontológico Español recoge el parecer de los códigos europeos:

Artículo 11. Relación con los Tribunales. [...] 2. Las anteriores normas serán igualmente aplicables a las relaciones con árbitros y mediadores.

Aun así, lo anterior no es más que una trasposición del artículo 4.5 del Código Deontológico del Consejo Consultivo de los Abogados Europeos:

4.5. Aplicación de las presentes normas en las relaciones con los árbitros u otras personas que ejerzan funciones similares.

Las normas aplicables a las relaciones entre abogados y jueces serán aplicables igualmente a las relaciones con los árbitros, peritos y cualquier persona encargada, aunque fuera de forma ocasional, de asistir al juez o al árbitro.

Pero en el fondo queda sin regularse o extenderse a la relación con las partes, marcándose su adaptabilidad exclusiva en la relación con el estamento judicial. Es como si el encuadre del abogado-árbitro dentro de un colegio, con un código deontológico interno, no le hiciera responder de su actuación frente a las partes, por lo que no nos debería sorprender la imagen corporativa del colectivo.

III. ABOGADO O ÁRBITRO

Martín-Retortillo (en Pozo Moreira, 2008, p. 22) aboga no tanto por un “novedoso” reglamento deontológico, sino por un debate más amplio como forma de potenciar el arbitraje como instrumento alternativo a la jurisdicción ordinaria, con el reconocimiento hacia dicha institución que si bien la Ley 60/2003 trata de facilitar, somos los mismos profesionales quienes debemos tener el convenimiento necesario para trasladar al cliente la conveniencia de incorporar la cláusula de sometimiento a arbitraje en los contratos. Pero somos los propios abogados quienes debemos creer en estas instituciones complementarias a la jurisdicción ordinaria. En el artículo 50.2 del Codi de l'Advocacia Catalana del 2002 se lee siguiente:

Article 50. Publicitat institucional

2. La publicitat institucional tindrà, entre altres, els continguts següents: informar sobre les funcions i les competències dels advocats, delimitar els camps d'actuació de l'advocacia enfront els d'altres professionals, millorar la imatge corporativa de l'advocat i el prestigi de la professió, promoure la mediació i l'arbitratge i ressaltar la importància de l'assessorament preventiu, com també de la mediació i de l'arbitratge.

(2. [...] promover la mediación y el arbitraje y resaltar la importancia del asesoramiento preventivo, como también de la mediación y del arbitraje).

Sin embargo, el Codi de l'Advocacia Catalana vigente nada dice al respecto. Es como si finalmente se optara por una regulación específica fuera del ámbito de los respectivos colegios, más centrado en un desarrollo de la propia ley.

Así visto, hemos de plantearnos cómo establecer dicha regulación, dado que podemos plantear tres posibles vías: su regulación en el propio convenio arbitral, la trasposición del derecho comparado o la integración en un código de la abogacía nuevo o como anexo al vigente.

Previamente debemos partir, como he anticipado, de la propia ley, y trasladar el elenco de deberes en ella establecidos a dicho código; no olvidemos que

deontología se equipara a deberes. Los principales quedan establecidos en los siguientes artículos (existen otros de carácter más ritual o de administración):

Artículo 17. Motivos de abstención y recusación⁶.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.⁷

2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.⁸

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.

3. Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.⁹

4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre estas.¹⁰

- 6 Sobre este tema ver, a modo de ejemplo, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 44/2015 de 26 May. 2015, Rec. 63/2014; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 75/2014 de 20 Nov. 2014, Rec. 10/2014; Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 25/2014 de 25 Jun. 2014, Rec. 1/2014.
- 7 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 13/2015 de 28 Ene. 2015, Rec. 20/2014; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 13 Dic. 2012, rec. 24/2012.
- 8 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 13 Dic. 2012, rec. 24/2012; Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 21 Feb. 2014, rec. 13/2013.
- 9 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 39/2015 de 28 Abr. 2015, Rec. 77/2014; Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4^a. Sentencia de 5 May. 2009, rec. 542/2007; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a. Sentencia de 30 Mar. 2009, rec. 62/2004.
- 10 Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 17/2015 de 16 Abr. 2015, Rec. 3/2015; Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 21 Feb. 2014, rec. 13/2013.

Artículo 21. Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos¹¹.

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.

Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.¹²

2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.¹³

Artículo 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción¹⁴

1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.¹⁵

11 Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13^a. Sentencia 159/2015 de 8 May. 2015, Rec. 264/2014; Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 13 Jun. 2012, rec. 2/2012

12 Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2^a. Sentencia de 21 Abr. 2009, rec. 22/2008; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13^a. Sentencia de 21 Abr. 2005, rec. 35/2004.

13 Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 13 Jun. 2012, rec. 2/2012; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21^a. Sentencia de 3 May. 2012, rec. 438/2010.

14 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 63/2014 de 13 Nov. 2014, Rec. 120/2013; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 53/2014 de 24 Jul. 2014, Rec. 4/2014.

15 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 53/2014 de 24 Jul. 2014, Rec. 4/2014; Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 36/2014 de 30 Jun. 2014, Rec. 38/2013.

2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

Artículo 34. Normas aplicables al fondo de la controversia¹⁶

1. Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.¹⁷

3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.¹⁸

Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo¹⁹

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios.²⁰

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.²¹

3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando

16 Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 51/2014 de 24 Oct. 2014, Rec. 6/2014; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 52/2014 de 17 Jul. 2014, Rec. 27/2013

17 Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 22 Jun. 2012, rec. 22/2012; Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6^a. Sentencia de 28 Feb. 2011, rec. 51/2010.

18 Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3^a. Sentencia de 4 Feb. 2009, rec. 3314/2008; Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 5^a. Sentencia de 23 Ene. 2006, rec. 331/2005.

19 Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social. Sentencia 2473/2014 de 21 Nov. 2014, Rec. 1541/2014; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 75/2014 de 20 Nov. 2014, Rec. 10/2014.

20 Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a. Sentencia de 26 Abr. 2012, Rec. 421/2010; Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3^a. Sentencia de 19 May. 2009, Rec. 1/2009.

21 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 75/2014 de 20 Nov. 2014, Rec. 10/2014; Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 32/2014 de 17 Jun. 2014, Rec. 19/2013.

haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o solo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.²²

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

4. El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.²³

6. Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.²⁴

De la revisión de estos artículos y su encuadre en la ritualidad establecida en la LA ya se intuye la obligación de imparcialidad e independencia, como se desprende del artículo 17.2, que se extiende no solo al momento inicial sino a todo el procedimiento, y es que plasma en la actuación del abogado-árbitro la obligación constitucional, como no podía ser de otra forma, del artículo 24 que protege el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad. Lo que se busca es un laudo que recoja protocolariamente lo establecido por acuerdo entre las partes, y que hace recaer sobre el abogado-árbitro la responsabilidad prevista en el artículo 21 LA, responsabilidad civil contractual, con la consecuencia pecuniaria correspondiente en concepto de daños y perjuicios, y que sin duda desencadenaría la posible responsabilidad deontológica ante el respectivo colegio, por lo que aquí insistimos en regular dentro de unas estrictas reglas de disciplina y responsabilidad, tal y como recoge el artículo 84 k) del RD 658/2001, que aprueba el Reglamento de la Abogacía Española, al referirse a “normas deontológicas esenciales en el ejercicio de la abogacía”.

- 22 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 10/2014 de 23 Sep. 2014, Rec. 17/2014; Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 1 Abr. 2013, Rec. 25/2012.
- 23 Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 21 Feb. 2014, Rec. 13/2013; Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 11 Oct. 2013, Rec. 9/2013.
- 24 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 7 Ene. 2014, rec. 7/2013; Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 30 Dic. 2013, rec. 8/2013.

Siguiendo con el planteamiento apuntado al inicio de este apartado, podríamos establecer una regulación en el propio convenio arbitral. Las partes, por el principio de disponibilidad, podrían disponer explícitamente o por las características exigibles al árbitro. Esto conllevaría un traspaso a los colegios del control sobre el colegiado *motu proprio* sobre su valía y ética profesional y la yuxtaposición sin más de los deberes y prerrogativas del colegiado, sin adaptación a la institución.

Tampoco queda claro que la simple trasposición de la regulación, sin un rigor apropiado sobre el desarrollo de la institución, ya existente en países como Italia²⁵ y Francia²⁶ sea la solución, puesto que como ya hemos señalado al tratar el Código de la Abogacía, en Europa no caben dobles deontologías cuando cualquier abogado puede ejercer libremente en países del entorno europeo. No obstante, ambos códigos regulan ampliamente los derechos y deberes deontológicos del abogado, alcanzando su función como árbitro. Diferente es la pulcritud en cuanto al alcance de la actividad del abogado más allá del orden jurisdiccional, pudiéndose observar en ambos países la remisión explícita a la aceptación por el abogado de las funciones de sus respectivas leyes de arbitraje, algo que en nuestro código, recordemos, solo se refleja respecto de la institución pero no respecto de la relación del abogado con las partes.

25 Approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014: “Art. 54 –Rapporti con arbitri, conciatori, mediatori, periti e consulenti tecnici

“1. I divieti e doveri di cui all’art. 53, commi 1, 2 e 4, si applicano anche ai rapporti dell’avvocato con arbitri, conciatori, mediatori, periti, consulenti tecnici d’ufficio e della controparte.

“2. La violazione dei divieti e doveri di cui al presente articolo comporta l’applicazione della sanzione disciplinare della censura”.

26 “Dans la continuité des précédentes versions du Règlement Intérieur Harmonisé (RIH), puis du Règlement Intérieur Unifié (RIU), le Conseil national des barreaux a adopté par décision à caractère normatif n° 2005-003 le nouveau Règlement Intérieur National de la profession (RIN) qui constitue le socle de la déontologie commune des avocats. Il intègre également le Code de déontologie des avocats européens tel qu’il résulte des délibérations du CCBE.

“La présente version du RIN est consolidée des décisions à caractère normatif n° 2007-001 du 28 avril 2007, 2008-002 du 12 décembre 2008, 2009-001 du 4 avril 2009, 2009-002 du 16 mai 2009, 2010-001 du 10 avril 2010, 2010-002 du 8 mai 2010, 2010-003 du 24 septembre 2010, 2011-001 du 12 février 2011, 2011-002 du 18 juin 2011, 2011-005 du 24 septembre 2011, 2013-002 du 11 avril 2014 ainsi que 2014-001 et 2014-002 du 10 octobre 2014, adoptées par les Assemblées générales du Conseil national des barreaux ainsi que des modifications aux annexes adoptées lors des assemblées générales des 13 septembre 2008, 10 mai 2010 et 14 septembre 2012. “Article 6 : le champ d’activité professionnelle de l’avocat (L. 31 déc. 1971, art. 6, 6 bis, 54 à 56 ; D. 12 juill. 2005, art. 8 ; NCPC, art. 411 à 417)

“6.2 Missions

“[...] Il peut également être investi d’une *mission d’arbitre*, d’expert, de médiateur, de conciliateur, de séquestre, de liquidateur amiable ou d’exécuteur testamentaire.

“Lorsqu’il est chargé d’une mission d’arbitrage, il doit en outre veiller au respect des règles particulières qui régissent la procédure arbitrale; il doit notamment respecter les délais de procédure et le secret des délibérations, observer lui-même et faire observer le principe de la contradiction et de l’égalité à l’égard de toutes les parties à l’instance.

“Dans l’accomplissement de ces missions, il demeure soumis aux principes essentiels et doit s’assurer tout particulièrement de son indépendance”.

Visto el camino por recorrer en la inclusión de esta especial (o no) deontología del abogado ejerciente que aspira a actuar como árbitro, solo nos quedarían dos opciones: la regulación autónoma o la adecuación del actual Código Deontológico de la Abogacía Española.

Creo firmemente que si lo que se evidencia es la necesidad de dar continuidad al árbitro-abogado como una especial función más, no debería optarse por su segregación en nuevas normas excluyentes o singulares, que podría terminar en multitudes de adecuaciones a cada colegio o tribunal arbitral, sino mediante la actualización del Código Deontológico de la Abogacía Española. Pozo Moreira (2008, p. 38) partiría de la regulación autónoma previa, y a la vista de los diferentes resultados, su inclusión en el Código Deontológico.

Llegados a este punto del estudio, es necesario recordar que la figura del abogado en el arbitraje privado viene a actuar como un colaborador de la jurisdicción ordinaria, al objeto de laudar una solución extrajudicial derivada de la naturaleza dispositiva de la institución, por designación directa o institucional, y a falta de esta como consecuencia del auxilio judicial, y sobre el que recae responsabilidad civil por negligencia, no por razones de fondo que conllevarían la nulidad del laudo, debiendo respetar los principios de igualdad de las partes, audiencia y contradicción, y atendiendo a la especial regulación contenida en la LA.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

He defendido la necesidad de regular el Arbitraje desde el punto de vista de la relación del abogado-árbitro con el cliente, no con la institución que lo elige o el propio colegio al que representa, aun respondiendo ante todos ellos. En este sentido, los estatutos de los colegios profesionales acreditan a las juntas de gobierno o a miembros concretos de estas para que, atendiendo al dictamen deontológico de la propia institución, den competencias para sancionar, aun no teniendo atribuida expresamente labor de policía por la administración del Estado (STS de 5 de febrero de 1991), máxime cuando no estamos ante funcionarios públicos, por la propia actuación del abogado con sus compañeros, colegio o administración, ni con el cliente en su condición de árbitro. Esto nos conduce a una serie de conclusiones:

- Es necesario mejorar la imagen corporativa ética de la profesión, reforzando las obligaciones en esta materia, lo que sin duda acompañaría la apreciación de imparcialidad hacia el abogado-árbitro.
- Es necesario discernir el papel del árbitro como especialidad en la función del abogado, con una valoración ética del mismo que debe abarcar el antes

de su designación, durante y posterior a dictarse el laudo. Ello conlleva una reflexión sobre cómo se debe reforzar dicho papel ante la posibilidad de que otros profesionales también puedan actuar en dicho ámbito.

- Creo debemos partir de lo ya apuntado en este estudio sobre la no existencia de doble deontología en la abogacía europea, lo que permite ejercer la profesión libremente en el espacio regulado, por lo que entiendo debemos partir de códigos deontológicos ya con cierto recorrido y, de la misma forma que se adopta el Código Deontológico de la Abogacía Europea, admitir la adecuación interna en nuestro Código de las referencias europeas a la institución.
- El anterior punto se concretaría en la extensión de la regulación deontológica de nuestro código general en materia de relación con las partes, ética en todo el proceso con respecto a los principios inspiradores: rapidez, celeridad, flexibilidad, confidencialidad y privacidad.
- Igualmente, debe existir el auxilio colegial en materias sensibles, estableciéndose unos honorarios orientativos que nos enmarquen y doten de seguridad frente a otras posibilidades derivadas del acceso de otros profesionales a esta institución.

Siguiendo con la idea de regulación que vengo defendiendo, bien podría hacerse extensiva la actual regulación interna deontológica a la actuación como árbitro, o bien anexar dicha regulación atendiendo a la específica misión como árbitro que al abogado pudiera corresponder, lo que sin duda, frente a terceros, daría una presencia de especialidad y contribuiría al prestigio de la institución en su representación por nuestra profesión. Bastaría con adecuar los deberes y derechos que la propia Ley 60/2003 instituye al propio Código Deontológico de la Abogacía, tan fácil y tan falso de resolución explícita hasta el momento, evitando las especiales normativas de los diferentes tribunales que campan por nuestra geografía. Tengamos presente que el artículo 15.1 LA da apertura a que las partes puedan decantarse por una opción distinta que adapte la figura de árbitro inclusive a quien no ostenta la condición de letrado sin que suponga menoscabo alguno a la condición de experto y especialista del árbitro en cuestión.

Por ello, propongo que dicho anexo debería regular:

1. *Condiciones para ser admitido como árbitro.* En este sentido, el artículo 13 LA marca la obligación de hallarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles, o lo que es lo mismo, la plena capacidad para obligarse, en concordancia con el artículo 1263 CC, y siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sujetos, en línea con la prohibición del artículo 389 LOPJ para el caso

de jueces o el artículo 57.2 del Estatuto del Ministerio Fiscal para el caso de los fiscales. Se trataría de adecuar los artículos 6.4 y 8.2 de la Uncitral.

Al deber de acreditar la plena capacidad para obrar deberán oponerse las garantías impuestas por la LOPD en cuanto al tratamiento de dichos datos de aspirantes.

Además, deberá optarse por un sistema restrictivo del acceso, basado en la experiencia de los años de colegiación, pues si se regula el acceso al turno de oficio para asegurar una garantía para las partes, no menos debemos optar para el acceso a ejercer como árbitro.

2. Derechos y deberes de los árbitros durante su ejercicio. Especialmente regulados, como hemos visto, en la propia LA, bastaría con su trasposición a dicho anexo. Hemos de tener presente que en la elección y designación de los árbitros se tendrán presentes valores tan importantes como su cualificación profesional (Escolá, 2004, p. 354), su carácter independiente, su imparcialidad y neutralidad, en sus diferentes acepciones y con reconocimiento del artículo 17 de la LA.

3. Su actuación en el desarrollo del proceso. Se debe “perseguir” un laudo consecuente y, obtenido este, la confidencialidad de todo el proceso. Estamos tratando la función del abogado-árbitro en el arbitraje de derecho. Se me antoja este laudar en derecho como una restricción a las soluciones salomónicas que tanto daño inicial han hecho a la institución. Merino Merchán y Chillón Medina (2004, p. 1736) indican que el árbitro debería actuar como juez. Su papel no es el de conciliador o mediador, debiendo limitarse el laudo a aplicar la legalidad vigente con criterios de justicia.

4. Deben existir unos criterios orientadores en materia de honorarios. La LA prevé la existencia de provisión de fondos, por lo que entiendo cabe la rendición de cuentas. Si observamos las instituciones privadas existentes, estas articulan unos criterios económicos, pero estos deberían unificarse.

5. Régimen disciplinario. El procedimiento sería el recogido en el Procedimiento Disciplinario del Consejo General de la Abogacía Española, amén de su encuadre en el régimen de responsabilidad civil por actuación negligente con acceso a la jurisdicción ordinaria de dicha actuación. Para ello se deberían tipificar las faltas y sus consecuencias y, atendiendo a las condiciones para ser árbitro, su publicidad y sanciones limitativas, readaptándose los artículos 80 y siguientes del RD 658/2001, de 26 de junio.

Para concluir y centrar esta reflexión, no podemos olvidar que esta necesidad de código deontológico es en defensa del propio prestigio del abogado, el cual

tiene su máxima extensión en su elección como árbitro en el arbitraje privado de derecho. No obstante, y para reforzar la propia institución en un sentido más amplio (disponibilidad de las partes, arbitraje de equidad...), recordar que la especialización no la confiere necesariamente una determinada profesión (Colina, 2009, P. 166). Tal y como indica Alonso Puig (2006), “el arbitraje vale lo que vale el árbitro” (p. 155).

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- Ajuntament de Barcelona. *Resoluciones arbitrales en cifras*. Disponible en: <http://juntaritral.bcn.cat/es/sistema-arbitral-de-consumo/columna/resoluciones-arbitrales-en-cifras>
- Cabello Astolfi, J.L. (2007). Los laudos salomónicos suponen un factor de des prestigio del arbitraje. *Negocio*, pp 21 - 40
- Código Deontológico Adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española. Disponible en: http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigo_deontologico1.pdf
- Colina Garea, R. (2009). El arbitraje en España. Ventajas y desventajas. En: *Difusión Jurídica*, pp 16 - 31
- Escolá Besora, M.E. (2004). "Comentario al art. 40 LA", en la obra de Yáñez Velasco *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- González Montes, J.L. (1991). De la ejecución forzosa del laudo. En AAVV *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Tecnos.
- Lorca Navarrete, A.M. (2013). ¿Tienen que ser las instituciones arbitrales independientes y/o imparciales?. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, pp 385 - 411
- Martín-Retrotillo, L. (1993). Honorabilidad y buenas conductas como requisito para el ejercicio de profesiones y actividades. *Revista de Administración Pública*, 130 pp 23 - 96
- Merino Merchán, J.F. & Chillón Medina, J.M. (2004). Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje. En: *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Ed. Thomson-Civitas.
- Muñoz Sabaté, L. (2005). Aporte psicológico para la construcción de una teoría sobre la cultura arbitral. *Revista Jurídica de Catalunya*, 1, pp 171 - 180-
- Pozo Moreira, F.J. (2008). *Normas deontológicas de la abogacía y ejercicio de la función de árbitro por el abogado ejerciente*. San Sebastián: Díjusa.

Senes Motilla, C. (2007). *La intervención judicial en el arbitraje*. Madrid: Thomson-Civitas – Cizur Menor.

Serrano Gómez, E. (2004). Comentario al art. 15 LA. En: Guilarte, V. (dir.). AAVV, *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Ed. Lex Nova.

Yáñez Velasco, R. (2004). *Comentarios sistemáticos a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia

Alonso Puig, J.M. (2006). Comentario al art. 15 LA. En: De Martín, A. & Hierro, S. (coords.). AAVV. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons.

Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6^a. Sentencia de 28 Feb. 2011, rec. 51/2010.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a. Sentencia de 30 Mar. 2009, rec. 62/2004.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15^a. Sentencia de 26 Abr. 2012, rec. 421/2010.

Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2^a. Sentencia de 21 Abr. 2009, rec. 22/2008.

Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3^a.. Sentencia de 4 Feb. 2009, rec. 3314/2008.

Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 5^a.. Sentencia de 23 Ene. 2006, rec. 331/2005.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13^a. Sentencia de 21 Abr. 2005, rec. 35/2004.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13^a. Sentencia 159/2015 de 8 May. 2015, Rec. 264/2014.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21^a. Sentencia de 3 May. 2012, rec. 438/2010.

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3^a. Sentencia de 19 May. 2009, rec. 1/2009.

Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4^a. Sentencia de 5 May. 2009, rec. 542/2007.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 10/2014 de 23 Sep. 2014, rec. 17/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 25/2014 de 25 Jun. 2014, rec. 1/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 13 Dic. 2012, rec. 24/2012.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 30 Dic. 2013, rec. 8/2013.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 7 Ene. 2014, rec. 7/2013.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 52/2014 de 17 Jul. 2014, rec. 27/2013.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 53/2014 de 24 Jul. 2014, rec. 4/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 75/2014 de 20 Nov. 2014, rec. 10/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 1 Abr. 2013, rec. 25/2012.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 32/2014 de 17 Jun. 2014, rec. 19/2013

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 36/2014 de 30 Jun. 2014, rec. 38/2013.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 51/2014 de 24 Oct. 2014, rec. 6/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 17/2015 de 16 Abr. 2015, rec. 3/2015.

Tribunal Superior de Justicia de Granada, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 11 Oct. 2013, rec. 9/2013.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 63/2014 de 13 Nov. 2014, rec. 120/2013.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 13/2015 de 28 Ene. 2015, rec. 20/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 39/2015 de 28 Abr. 2015, rec. 77/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 44/2015 de 26 May. 2015, rec. 63/2014.

Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 21 Feb. 2014, rec. 13/2013.

Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 21 Feb. 2014, rec. 13/2013.

Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 22 Jun. 2012, rec. 22/2012.

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 13 Jun. 2012, rec. 2/2012.

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia de 13 Jun. 2012, rec. 2/2012.

Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social. Sentencia 2473/2014 de 21 Nov. 2014, rec. 1541/2014.

A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DECORRENTE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY ARISING FROM PROGRAMMED OBSOLESCENCE

Gabriella de Castro Vieira*

Elcio Nacur Rezende**

Fecha de recepción: 12 de enero de 2017

Fecha de aceptación: 6 de febrero de 2017

RESUMEN

Este artigo pretende demonstrar, através de uma pesquisa bibliográfica, juríspudencial e documental, que a obsolescência programada é uma estratégia empresarial a estimular o consumismo desenfreado. Tal prática é extremamente prejudicial ao meio ambiente, pois, além de comprometer os recursos naturais, lança, anualmente, no meio ambiente, toneladas de resíduos decorrentes do pós-consumo. Com o objetivo de combater a referida estratégia empresarial criada pelo mercado industrial, será demonstrada a relevância da aplicabilidade do princípio da responsabilidade civil ambiental, amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Código de Defesa do Consumidor e Código Civil. O estudo pretende apresentar que para se alcançar um eficaz desenvolvimento sustentável e uma sadia qualidade de vida faz-se necessária

a aplicação da responsabilidade civil ambiental compartilhada.

Palabras claves: consumismo, obsolescência programada, impacto ambiental, responsabilidade civil ambiental.

ABSTRACT

This paper will argue, through a literature, jurisprudence and documentary research, which planned obsolescence is a business strategy to stimulate rampant consumerism. This practice is extremely harmful to the environment, because in addition to compromising the natural resources, spear, annually, the environment, tons of wastes arising from post-consumer. In order to combat such business strategy created by the industrial market, will be demonstrated the relevance of the applicability of the environmental liability, based on the constitution of the Federative Republic of Brazil , law of the national environ-

* Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada com ênfase em Direito Consumidor e Trabalhista. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG. Graduada em Direito pela Milton Campos.

** Mestre e Doutor em Direito pela PUC/MG. Coordenador e Professor do Curso de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da Fazenda Nacional.

mental policy, consumer protection code and civil code. The study aims to that to achieve an effective sustainable development and a healthy quality of life the application of shared environmental liability is necessary.

Key Words: consumerism, obsolescence program, environmental impact, environmental liability.

INTRODUÇÃO

A revolução industrial transformou os meios de produção ao proporcionar um grande crescimento comercial e viabilizou a classe burguesa a acumular capital em decorrência da lucratividade oriunda do desenvolvimento econômico.

Com o novo modelo de produção, consolidou-se o Capitalismo, caracterizado por muitas evoluções tecnológicas e pelo surgimento do consumo de massa, com o consequente estímulo ao desenvolvimento industrial e o progresso da ciência.

A respeito da produção em massa, Marx (2000) assevera:

[...] Quando domina a produção capitalista, a mercadoria se torna a figura geral do produto; é de mercadorias a maior parte da produção; cresce, portanto, a massa de mercadorias, a parte da riqueza social que funciona como mercadoria. Por isso, tendo a mercadoria de assumir a forma de dinheiro, também cresce a quantidade de ouro e prata que serve de meio de circulação, de meio de pagamento, de reserva etc. (p. 153)

Mediante a crescente produção em massa, o mercado de consumo modificou-se, uma vez que o dinamismo nas transações tornou-se inerente, especialmente a partir da segunda metade do século XX.

Não é demais afirmar que o consumo de massa em função da busca constante pela rapidez nas contratações impulsionou a criação dos contratos de adesão. A respeito da referida modalidade contratual a jurista brasileira Marques (2011) discorre:

Certo é que os fenômenos da predisposição de cláusulas ou condições gerais dos contratos e do fechamento de contratos de adesão se tornaram inerentes à sociedade industrializada moderna – em especial, nos contratos de seguro e de transporte já se observa a utilização dessas técnicas de contratação desde o século XIX. Hoje, elas dominam quase todos os setores da vida privada, é a maneira normal de concluir contratos onde há superioridade econômica ou técnica entre os contratantes, seja nos contratos das empresas com seus clientes, seja com seus fornecedores, seja com seus assalariados. (p. 71)

Os contratos de adesão e outras ferramentas criadas para facilitar as transações comerciais, como as técnicas de *marketing*, atreladas ao crescimento da população mundial e ao aumento do poder aquisitivo, alimentaram e impulsionaram o consumo em abundância.

O crescimento expressivo e singular do consumo nas últimas décadas decorre do fato de que o ser humano não mais consome apenas para suprir suas necessidades básicas, como alimentação, saúde e moradia, mas também para atender aos seus desejos por produtos e bens supérfluos. E, como consequência, na sociedade é ofertada diariamente uma grande quantidade de produtos, bens e prestações de serviços.

Com o dinamismo tecnológico e com a utilização de técnicas estratégicas de publicidade, muitos consumidores são convencidos de que para alcançar a felicidade e a satisfação plena, precisam constantemente de algo novo.

E, assim, consolida-se o consumismo, que demanda uma produção sempre excessiva de produtos, visando atender o crescente desejo por objetos mais novos e superiores tecnologicamente.

Tal desejo constante por objetos com tecnologias mais avançadas faz com o que as produções anteriores se tornem ultrapassadas num curto prazo, o que implica em desperdício, com consequentes e drásticos impactos ao meio ambiente, visto que a busca pelos recursos naturais é cada vez maior em função da estratégia empresarial denominada “obsolescência programada”.

Como resultado do consumismo desenfreado, surgiu a sociedade de risco, pois o desenvolvimento industrial e o dinâmico progresso tecnológico atingiram diretamente o meio ambiente através da poluição do ar, do solo e da água, desmatamento, esgotamento dos recursos naturais, comprometendo a biodiversidade.

Nesse diapasão, este trabalho pretende demonstrar que em função da enorme degradação do meio ambiente faz-se necessário discorrer sobre a responsabilidade civil ambiental, decorrente do consumo e pós-consumo e seus reflexos.

Para tanto, o artigo discorrerá sobre a obsolescência programada e a degradação do meio ambiente, examinando a sua evolução histórica, bem como sobre a responsabilidade civil ambiental, importante ferramenta no combate da estratégia empresarial de planejar a vida útil dos bens de consumo.

Por fim, a pesquisa visa buscar por elementos que reforcem a preservação do meio ambiente, identificando a sociedade de consumo como a grande protagonista na mudança do comportamento em prol do desenvolvimento sustentável.

1. A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

No século XX, consolidou-se a sociedade de consumo, caracterizada pelo acesso a bens e produtos necessários, mas também aos objetos de desejo.

Numa primeira análise, o consumo é uma prática normal, corriqueira do dia-a-dia. Entende-se que consumir é um ato da natureza do homem, pois para sua sobrevivência precisa de alimentos, medicamentos, moradia, dentre outros que se configurem como essenciais.

Por se tratar de uma prática natural à espécie humana, o consumo deve ser considerado saudável quando praticado de forma consciente e de acordo com as reais necessidades para a sua sobrevivência.

Ocorre que com o crescente desenvolvimento econômico mudou-se o sentido de consumir, pois da necessidade passou-se ao bem-estar social, ao exibicionismo, ao luxo, o que é caracterizado como consumismo.

A respeito do consumismo Bauman (2008) afirma que:

Pode-se dizer que o “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais. O “consumismo” chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercido pelo trabalho. Como insiste Mary Douglas, “a menos que saibamos porque as pessoas precisam de bens de luxo [ou seja, bens que excedem as necessidades de sobrevivência] e como os utilizam, não estaremos nem perto de considerar com seriedade os problemas da desigualdade. (p. 41)

O consumismo instalou-se na sociedade contemporânea, mediante as publicidades sedutoras, facilidades de concessão de crédito, dinamismo da evolução tecnológica e diminuição da vida útil dos produtos - obsolescência programada ou planejada.

A obsolescência programada é uma estratégia utilizada pelos fabricantes, que programam para que a vida útil dos produtos de consumo dure um tempo

determinado, com o objetivo de estimular a aquisição de novos objetos dentro de um curto período de tempo. Miragem (2013) entende esta prática empresarial como “redução artificial da durabilidade de produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja forçada a recompra prematura” (p. 325).

Tal estratégia comercial não é recente, uma vez que se iniciou no início do Século XX, quando os fabricantes de lâmpadas dos Estados Unidos da América e da Europa se reuniram com o propósito de estabelecer as regras sobre a vida útil do produto. Essas informações constam no documentário espanhol *The Light Bulb Conspiracy*, de autoria da cineasta Cosima Dannoritzer, lançado na Europa em 2010 e nos Estados Unidos da América em 2012.

O referido documentário elucida, com clareza, a história da obsolescência programada, que teria surgido através de um acordo realizado, secretamente, no Natal de 1924, em Genebra, conhecido como Cartel de *Phoebus*, e, ressurgiu, posteriormente, após a segunda guerra mundial, mediante técnicas de *marketing* que seduziam os consumidores.

Com o dinamismo da evolução tecnológica a referida programação se torna mais perceptível, uma vez que os *designers* industriais passam a criar produtos visando a constante obsolescência, pois cada novo lançamento transmite a idéia de velocidade e modernidade, gerando um grande desejo nos consumidores de sempre possuir algo novo.

As publicidades estão cada vez mais sedutoras, objetivando sempre estimular o consumidor a desejar o novo modelo de determinado produto, induzindo-o a acreditar que ao adquirir o último lançamento alcançará a felicidade e a aprovação social.

Sobre a técnica de sedução utilizada na sociedade contemporânea, Bauman (2010) expõe:

Se o mundo habitado por consumidores se transformou num grande magazine onde se vende “tudo aquilo de que você precisa e com o que pode sonhar”, a cultura parece ter se transformado atualmente em mais de um de seus departamentos. Como nos outros, suas prateleiras estão lotadas de mercadorias renovadas diariamente, e as caixas são decoradas com anúncios de novas ofertas destinadas a desaparecer depressa, como as mercadorias que anunciam. Tanto as mercadorias quanto os anúncios publicitários são pensados para suscitar desejos e fisgar vontades (para “impacto máximo e obsolescência instantânea”, citando a famosa máxima de George Steiner). Os comerciantes e publicitários responsáveis confiam no casamento entre o poder de sedução de ofertas e o profundo impulso de seus clientes poten-

ciais de “estar sempre um passo à frente dos outros” e de “levar vantagem”. Ao contrário da era da construção das nações, a cultura líquido-moderna não tem “pessoas” a cultivar, mas clientes a seduzir. E, diversamente da cultura sólido-moderna anterior, não visa mais ao término do trabalho (o quanto antes, melhor). Seu trabalho consiste antes em tornar a própria sobrevivência permanente, “temporalizando” todos os aspectos da vida de seus antigos pupilos, agora renascidos como clientes. (pp. 36-37)

Diante de tantas ferramentas utilizadas pelo mercado empresarial, comprar cada vez mais se tornou um hábito, uma rotina, o que tem trazido enormes consequências, pois o consumismo exacerbado tem comprometido demasiadamente o meio ambiente, já que anualmente são descartados milhares de produtos que não tem mais funcionalidade ou não mais interessam aos usuários em decorrência de se encontrarem ultrapassados.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor realizou recentemente, em parceria com a *Market Analysis*, uma pesquisa sobre as percepções e os hábitos dos consumidores brasileiros, com relação ao descarte de aparelhos eletrônicos, eletrodomésticos, celulares e aparelhos digitais (IDEC, 2014).

O resultado demonstrou que de todos os produtos pesquisados o celular é o que está mais sujeito à estratégia da obsolescência programada, conforme se comprova pelo quadro a seguir:

Cuadro 1. Produtos sujeitos à estratégia da obsolescência programada

	Menos de 3 anos		Mais de 10 anos
Celulares e Smartphones	54%	Lavadora de roupa	33%
Câmera	32%	Fogão	41%
Impressora	27%	Geladeira	49%
Computador	29%	Televisão	34%
Micro-ondas	20%		
DVD ou Blue Ray	30%		

Fonte: IDEC (2014).

Ainda, segundo o referido estudo, um de cada três aparelhos celulares é substituído em função da ausência de funcionalidade e três em cada dez eletrodomésticos por apresentarem defeitos, mesmo que a sua funcionalidade integral não tenha sido comprometida.

Um dado preocupante diz respeito à baixa procura pelas assistências técnicas quando se trata de aparelho celular, pois, segundo a pesquisa, 81% dos brasileiros

trocaram tal produto sem sequer encaminhá-lo às aquelas prestadoras de serviço. O elevado índice justifica-se em decorrência do número muito pequeno de ofertas de oficinas autorizadas, bem como pela ineficiência na prestação de serviços, pois muitas vezes não existem peças para reparo, ou o valor das mesmas é equivalente à aquisição de um novo produto.

Como se percebe, as estratégias do mercado para que o consumidor adquira novos produtos num curto período são as mais diversas: publicidades sedutoras, facilidade no crediário, apresentação de novas tecnologias numa velocidade cada vez maior, curta vida útil dos produtos, elevado custo das peças de reposição, tempo de espera para o reparo, e ineficiência das assistências técnicas.

Cada vez mais se produz e mais se consome, gerando um círculo vicioso na sociedade, porque se deve consumir para produzir e produzir ainda mais para atender ao mercado consumidor.

O dinamismo da tecnologia, muitas vezes, gera a desvalorização e o desinteresse pelo modelo anterior do produto que há pouco tempo fora adquirido pelo consumidor, mesmo que ainda se encontre em perfeitas condições de uso, o que fomenta o mercado do consumo frenético.

Ocorre que tal consumo constante e descontrolado tem um custo muito elevado para a própria sociedade, uma vez que o esgotamento dos recursos naturais e os impactos ambientais dos resíduos do pós-consumo comprometem o meio ambiente e, consequentemente, a sadia qualidade de vida, um direito fundamental previsto na Constituição Federal da República Brasileira.

Sobre o meio ambiente ser considerado um direito fundamental, elucida Ferreira Filho (1999, p. 276):

Direito ao meio ambiente. Este é um direito de solidariedade – a terceira ‘geração’ dos direitos fundamentais (a primeira, as liberdades; a segunda, os direitos sociais). Na verdade, pode-se retrair, com facilidade, a sua genealogia. Provém do direito à vida (primeira geração), por intermédio do direito à saúde (segunda geração).

É válido destacar que a programação planejada do término da funcionalidade de um produto ou para que o mesmo se torne obsoleto num curto prazo, não se confunde com o desgaste natural decorrente do uso, considerado normal. A primeira, qual seja, o planejamento proposital do fim da vida útil do produto ou que se torne ultrapassado rapidamente, é uma prática lesiva ao consumidor e danosa ao meio ambiente, devendo, portanto, ser combatida.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 6º que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

IV. A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços [...].

Mediante a análise do referido dispositivo legal, conclui-se que a estratégia empresarial de planejar a vida útil de um produto configura-se como prática desleal, visto que o consumidor adquire um produto que num curto prazo de tempo não terá mais funcionalidade ou se tornará obsoleto, ultrapassado.

Além de lesar claramente o consumidor, a estratégica empresarial da obsolescência planejada compromete exorbitantemente o meio ambiente. Isto porque, para atender ao mercado consumista, a indústria e o mercado de serviços precisam retirar cada vez mais matéria-prima da natureza e a produção descartada após o seu curto tempo de vida útil não consegue ser absorvida pelo meio ambiente, gerando impactos e ampla degradação.

O efeito devastador da produção industrial desenfreada, realizada sempre em nome do progresso da economia e da satisfação do público consumidor, destrói matas, florestas, animais, polui rios, água, mar, ar e solo, o que compromete o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessário à sobrevivência da própria espécie humana.

É o que Beck (2011) denomina como *sociedade de risco*:

Tanto agora como então, a maioria das pessoas associava consequências vividas como desastrosas com o processo social de industrialização e modernização. Trata-se, em ambas as situações, de intervenções drásticas e ameaçadoras nas condições de vida das pessoas. Estas acompanham determinados estágios do desenvolvimento das forças produtivas, do entrelaçamento de mercados, assim como as relações de propriedade e de poder. Pode ser que sejam consequências diversas conforme a situação – naquela então: pauperização material, carência, fome, condições deploráveis de habitação; hoje: ameaça de destruição das bases naturais da vida. Também existem paralelos: o teor da ameaça e a sistemática da modernização com que este é produzido e alimentado. Reside aí a dinâmica específica: nenhuma vontade maligna, e sim mercado, concorrência, divisão do trabalho – só que hoje mais global. (p. 61. Grifo nosso)

Dante de tal situação, torna-se necessário o combate a prática lesiva denominada “obsolescência programada”, visando alcançar o desenvolvimento sustentável e, o conseqüente direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 225 que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

V. Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Dúvidas não restam que se trata de um direito fundamental do povo brasileiro a sadia qualidade de vida, portanto, para que seja efetivada tal garantia, a sociedade governamental, empresarial e consumerista, deve procurar maneiras de concretizar integralmente o desenvolvimento sustentável, com vistas à manutenção do progresso econômico, sem prejuízo do meio ambiente e sem comprometimento das próximas gerações.

Nesse sentido, é interessante destacar dois casos concretos que demandaram o poder judiciário, um nos Estados Unidos da América e outro no Brasil.

O primeiro caso, ocorreu, há mais de uma década, em 2003, em território norte-americano, quando a advogada do Estado da Califórnia, Sra. Elizabeth Pritzker, tomou conhecimento que as baterias dos iPods, *Apple*, duravam cerca de 18 meses e que a fabricante não tinha política de troca, restando aos usuários a alternativa de adquirir um novo produto. Com o objetivo de ajudar os consumidores lesados, a advogada ajuizou uma ação coletiva. O caso pioneiro ensejou um acordo que resultou na elaboração pela fabricante de um programa de substituição das baterias e estendeu a garantia dos iPods por \$ 59,00 (cinquenta e nove dólares), conforme relato constante no documentário *The Light Bulb Conspiracy*, já citado.

Já o segundo caso é nacional, especificamente do Instituto Brasileiro de Direito da Informática que, no início do ano de 2013, interpôs uma ação judicial em

Brasília em desfavor da *Apple*, sob a alegação de prática lesiva aos consumidores, em decorrência do lançamento do *iPad 4*. Isto porque, os lançamentos dos modelos ocorriam sempre anualmente, como se dera com os modelos 1, 2 e 3; mas, pouco mais de cinco meses do último modelo *iPad 3*, a fabricante norte-americana lançou no mercado o *iPad 4*.

A demanda judicial em questão fora proposta visando combater a obsolescência programada e a responsabilizar a empresa fabricante pela prática lesiva. Com o objetivo de conscientizar e dar publicidade a prática lesiva, o Instituto Brasileiro de Direito da Informática lançou na internet uma petição digital para apoiar a ação contra a *Apple* (IBDI, 2013).

Como se vê, em ambos os casos, as demandas pretenderam responsabilizar a fabricante pela sua prática lesiva ao consumidor, que é também prejudicial ao meio ambiente, em vista dos milhares de resíduos oriundos do pós-consumo.

Sendo assim, necessária se faz uma análise do instituto da responsabilidade civil ambiental decorrente da obsolescência programada.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A responsabilidade civil clássica era composta de três pressupostos: o dano, o nexo de causalidade e a conduta. Em matéria ambiental, por força de lei, não há que se falar em culpa. A responsabilidade é objetiva, prescindindo da averiguação de culpabilidade do agente, conforme preceitua o artigo 14, §1º da Lei 6.938/1981:

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Sobre o instituto da responsabilidade civil o jurista Rosenvald (2014) elucida que:

Em direito civil a responsabilidade é ainda definida em seu sentido clássico, como “obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo”. É responsável todo aquele que está submetido a esta obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A crítica surge pelo fato do conceito ter origem recente – sem inscrição marcada na tradição filosófica -, mas possuir um sentido tão estável desde o século XIX, sempre portando a estrita ideia de uma obrigação. O adjetivo responsável arrasta em seu sequito uma diversidade de complementos: alguém é responsável pelas consequências

de seus atos, mas também é responsável pelos outros, na medida em que estes são postos sob seu encargo ou seus cuidados e, eventualmente, bem além dessa medida. Em última instância, somos responsáveis por tudo e por todos. Nesses empregos difusos, a referência à obrigação não desapareceu; tornou-se obrigação de cumprir certos deveres, de assumir certos encargos, de atender a certos compromissos. Em suma, é uma obrigação de fazer que extrapola a reparação. (p. 43)

No caso da responsabilidade ambiental, o sujeito passivo, ou seja a vítima, é a coletividade, e o objeto do prejuízo é o próprio meio ambiente.

Por se tratar de um direito difuso, a proteção ao meio ambiente é ampla. Isto porque os bens protegidos vão além dos naturais, pois a tutela contempla o meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho.

É válido destacar que, após a referida lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, a responsabilidade civil ambiental adquiriu mais adeptos e hoje já se encontra consolidada, tanto no campo da doutrina, quanto jurisprudencialmente, principalmente após o advento da Constituição Federal da República, conforme preceitua o § 3º, do artigo 225.

Também o Código Civil elencou a possibilidade da imputação da responsabilidade objetiva por dano ambiental, ao dispor no parágrafo único do artigo 927 que: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Cumpre destacar que a responsabilidade oriunda do dano ambiental é objetiva em função do respeito ao meio ambiente se basear em princípios sociais, com caráter difuso, e não individual. Sendo assim, como a culpa é pressuposto para a proteção do indivíduo, não pode ser inserida no contexto de proteção social do meio ambiente, direito e responsabilidade de todos, governo e sociedade.

Tal responsabilidade, estabelecida nos citados dispositivos constitucional e infraconstitucional, imputa a reparabilidade integral do dano ambiental, isto porque o agente assume o risco de sua atividade, bem como todos os ônus dela decorrentes.

Atualmente, resta pacificado que quem realiza o dano ou até mesmo coopera para a sua existência, deve ser responsabilizado, independentemente de não ter sequer a consciência de que o fato possa ocorrer.

Segundo Albergaria (2009), “só o fato de exercer uma atividade que cause um dano já é condição para se acionar a justiça. O risco é integral e absoluto, segundo boa parte da doutrina, e sequer admite qualquer tipo de exclusão da responsabilidade civil” (p. 115).

Neste sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre um acidente ambiental ocorrido no Estado de Minas Gerais:

Responsabilidade civil por dano ambiental. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Danos decorrentes do rompimento de barragem. Acidente ambiental ocorrido, em janeiro de 2007, nos municípios de Miraí e Muriaé, estado de Minas Gerais. Teoria do risco integral. Nexo de causalidade.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: (a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; (b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e (c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento. (REsp: 1374284, Rel. Luis Felipe Salomão, 05/09/2014)

Além da obrigação de reparar o dano integralmente, o agente deve-se atentar para a aplicabilidade do princípio da precaução, que segundo Leite (2011) “A precaução exige uma atuação racional, para com os bens ambientais e com a mais cuidadosa apreensão dos recursos naturais, que vai além de simples medidas para afastar o perigo” (p. 53).

Tal princípio estruturante do Direito Ambiental se justifica pelo fato de que nem sempre é possível identificar todos os riscos oriundos da atividade, visto que as incertezas fabricadas são uma grande realidade, pois, com a evolução

da indústria nem todas as ações humanas são previsíveis, o que demanda uma postura de precaução, em busca do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, deve o empresário, ciente de que sua atividade é potencialmente causadora de impacto ambiental, se cercar de todos os cuidados possíveis, evitando a degradação.

Merece destaque também o princípio do poluidor-pagador, que objetiva imputar a responsabilidade do dano ao meio ambiente ao poluidor, para que este sustente todos os custos e ônus decorrentes da poluição ambiental. Assim, evita-se a impunidade dos agentes que degradam o meio ambiente.

Tal princípio é fundamental para a preservação do meio ambiente, uma vez que o homem é o agente ativo da degradação. É o que elucida Rosa (2010) ao afirmar que “[...] a degradação ambiental origina-se nas próprias ações do ser humano, tendo em vista ser este o maior poluidor e transformador do meio ambiente” (p. 160).

É válido ressaltar que os princípios do direito ambiental são de ordem pública, sendo assim, o descumprimento de um deles constitui desrespeito a um dos princípios diretores da atividade econômica, conforme estabelece o inciso VI, do artigo 170, da Carta Constitucional: “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Segundo Costa (2013) “O princípio da atividade econômica, artigo 170, tem a mesma finalidade do artigo 225, ou seja, a dignidade da pessoa humana” (p. 51).

Como se vê, a responsabilidade ambiental decorre da necessidade de cumprimento da obrigação de respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E a simples violação deste dever gera a responsabilidade de reparar o dano.

Sendo assim, os danos causados pela obsolescência programada são passíveis de responsabilização ambiental, uma vez que a estratégia empresarial de programar a diminuição da vida útil do produto gera imensuráveis e imprevisíveis impactos no meio ambiente, em função da exploração dos recursos naturais, e de toneladas de resíduos produzidas, anualmente, em decorrência do pós-consumo.

Sobre a intervenção do homem na natureza decorrente do avanço tecnológico elucida Sarlet (2012):

O atual estágio do conhecimento humano alterou significativamente a relação de forças existente entre ser humano e natureza. Se há alguns

séculos atrás o poder de intervenção do ser humano no meio natural era limitado, prevalecendo essa relação de forças em favor da Natureza, hoje a balança se inverteu de forma definitiva. A relação de causa e efeito vinculada à ação humana, do ponto de vista ecológico, tem uma natureza cumulativa e projetada para o futuro. O princípio (e dever) constitucional da precaução (art. 225, § 1º, V), analisado nessa perspectiva, reforça a idéia de uma nova ética para o agir humano, na esteira do pensamento de Jonas, contemplando a responsabilidade do ser humano para além da dimensão temporal presente e revelando o elo existencial e a interdependência entre as gerações humanas presentes e futuras. (pp. 34-35)

A sociedade contemporânea vive a era do consumismo, o que demanda cada vez mais a utilização dos recursos naturais, o que tem ocorrido de maneira desenfreada. O Brasil nos últimos vinte anos tem vivido um consumismo incomum, ocasionado pela ascensão social e econômica das classes menos favorecidas.

Diariamente, o consumidor é “bombardeado” com publicidades sedutoras que impulsionam o mercado frenético. Nunca se consumiu tanto no Brasil como nos últimos anos.

Ocorre que tal consumismo implica comprometimento da sadia qualidade de vida, direito fundamental, garantido pela Carta Constitucional Brasileira. Isto porque, para sustentar tanto consumo o meio ambiente é drasticamente demandado, pois se necessita dos recursos naturais para efetivar a produção dos bens desejados.

E a obsolescência programada é uma das grandes vilãs do cenário de degradação do meio ambiente, pois quando se programa um produto para durar menos e/ou ficar ultrapassado num curto prazo de tempo, cria-se o círculo vicioso do consumismo: produzir para consumir e consumir para produzir.

Todavia, tal estratégia empresarial, utilizada há quase um século, não pode e não deve ser mantida, sob pena de o meio ambiente natural ser exaurido a ponto de comprometer a própria sobrevivência da espécie humana.

E o combate da obsolescência programada deve ser baseado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, direito ao meio ambiente ecológicamente equilibrado e sadia qualidade de vida, bem como nos princípios da precaução, do poluidor-pagador e na responsabilidade civil ambiental objetiva.

Deve-se adotar a responsabilidade compartilhada dos danos ambientais, uma vez que o artigo 225 da Constituição Federal da República estabelece que cabe ao poder público e à coletividade defender e preservar o meio ambiente, tanto

para a presente, quanto para as futuras gerações. Sendo assim, todos os agentes do risco devem ser responsabilizados: fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes e o consumidor.

É válido frisar que o instituto da responsabilidade civil ambiental é uma valiosa e eficaz ferramenta no combate da obsolescência programada, pois uma vez que se identifica o dano provocado pela redução proposital da vida útil do produto, devem todos os agentes causadores da degradação do meio ambiente sofrer as sanções decorrentes das suas ações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após intensa pesquisa, o trabalho demonstrou que a obsolescência programada é uma prática antiga, claramente prejudicial ao meio ambiente e deve ser, portanto, combatida.

Desde a Conferência de Estocolmo em 1972, o meio ambiente se tornou alvo de discussão tanto internamente como internacionalmente, visando à criação de ações para sua preservação. Hoje já se tem a certeza de que os recursos naturais são finitos e que se encontram escassos, visto que os bens ambientais expostos às ações do homem estão se exaurindo. Isto porque, na mesma velocidade que a humanidade se desenvolve tecnologicamente, caminha para o esgotamento dos recursos naturais. Sendo assim, analisar o consumismo decorrente da obsolescência planejada e suas consequências para o meio ambiente é fundamental nos dias de hoje.

Primordial, então, é a mudança do antigo e inadequado pensamento de que a degradação do meio ambiente é responsabilidade exclusiva da indústria. Urge a mudança de paradigma, no sentido de que a responsabilidade pelo dano ambiental seja efetivamente compartilhada a todos que contribuam para a degradação da natureza.

Por isso, necessita-se de uma real e concreta mudança no comportamento do homem, seja ele agente público, empresário ou consumidor. Definitivamente, todos devem defender e preservar o meio ambiente, conforme estabelece a própria Constituição Federal da República.

Sendo assim, deve-se atentar para o princípio constitucional da precaução, e reforçar a ideia de que o homem precisa rever suas intervenções na natureza. Tal princípio deve ser compreendido com o princípio da responsabilidade, uma vez que identificado o descumprimento do dever de preservação do meio ambiente, deve o agente causador do dano, sofrer as sanções decorrentes da sua ação.

Não restam dúvidas de que a estratégia empresarial de programar a diminuição da vida útil do produto é danosa ao meio ambiente e, portanto, deve sofrer retaliação, imputando a responsabilidade civil ambiental decorrente do dano ambiental.

Ocorre que o consumidor também possui um papel extremamente relevante no combate da obsolescência programada, pois deve rever suas práticas de consumismo, evitando adquirir produtos por impulso, sem necessidade. É de fundamental importância que o consumidor seja sujeito ativo, procurando se informar sobre a conduta das empresas em relação à preservação do meio ambiente. Inegável é o seu poder. Ele é enorme, pois se deixar de adquirir os produtos das empresas em função do descumprimento das normas ambientais e da inaplicabilidade do desenvolvimento sustentável, o mercado precisará se reformular, sob pena de não se sustentar.

É preciso alcançar um novo modo de olhar para a produção industrial, para as estratégias empresariais utilizadas, bem como para o consumidor. A mudança de comportamento de todos os agentes da sociedade contemporânea é fundamental para que o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida sejam efetivamente concretizados.

REFERÊNCIAS

- Albergaria, B. (2009). *Direito ambiental e a responsabilidade civil das empresas*. Belo Horizonte: Fórum.
- Bauman, Z. (2008). *Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Bauman, Z. (2010). *Capitalismo Parasitário e outros temas contemporâneos*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Beck, U. (2011). *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34.
- Braga Netto, F., Farias, C. & Rosenvald, N. (2014). *Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Salvador: Jus Podivm.
- Congresso Nacional (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 22/04/15.
- Costa Souza, B. (2013). *Meio Ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal e Espanha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Ferreira Filho, M. (1999). *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva.
- Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). (2014). Mais da metade dos equipamentos eletrônicos é substituída devido à obsolescência programada. Disponível em: <http://www.idec.org.br/o-idec/sala-de-imprensa/release/mais-da-metade-dos-equipamentos-eletronicos-e-substituida-devido-a-obsolescencia-programada>
- Instituto Brasileiro de Direito da Informática (IBDI). (2013). Lançada petição digital para apoiar ação contra a Apple. Disponível em: <http://www.ibdi.org.br/site/noticias.php?id=859>
- Leite Morato, J.R. & Ayala de Araújo, P. (2011). *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Lemos Iglesias, P. (2010). *Direito Ambiental: Responsabilidade Civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

- Marques Lima, C. (2011). *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Marx, K. *O Capital. Crítica da Economia Política*. Livro 2: O Processo de Circulação do Capital. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Miragem, B. (2013). Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor: comentários à decisão do Resp 984.106/SC, do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, 85, pp. 325 e ss.
- Presidência da República (1981). Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 22/04/15.
- Presidência da República (1990). Lei 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 22/04/15.
- Presidência da República (2002). Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 24/04/15
- Rosa Dalla, M. (2010). Dano ambiental ocasionado pela exploração desenfreada dos recursos ambientais. *Revista Veredas do Direito*, 7(13/14), p. 157-172.
- Sarlet, I.W. (2012). *Direito Constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
46

286

Revista Pensamiento Jurídico

Instrucciones para los autores de artículos a publicar

1. **EXTENSIÓN DEL DOCUMENTO:** entre 15 y 35 páginas a espacio sencillo en letra Times New Roman, tamaño 12.
2. **CUERPO DEL DOCUMENTO:** sin falta debe estructurarse en tres partes fundamentales:
 - a) *Contenido:* Estructura mínima con tres subtítulos.
 - b) *Conclusión preliminar.*
 - c) *Bibliografía:* Debe dar cuenta de un panorama representativo de los expertos de la temática tratada.

Es responsabilidad del autor o los autores señalar y referenciar claramente cualquier fragmento que sea tomado de la obra de otro autor, en la construcción de su trabajo. Si no se hace así, se considerará como plagio y el trabajo será descartado para publicación.

3. **NORMAS GENERALES DE ORGANIZACIÓN DEL ARTÍCULO:** debe tenerse en cuenta los siguientes criterios:
 - a) *Nombre del artículo* en español e inglés.
 - b) *Nombre del(os) autor(es)* con un asterisco el cual indicará a pie de página la filiación del autor, en la que se indicará la formación académica y cargo o campo de desempeño en 2 o 3 líneas y el respectivo correo electrónico.
 - c) *Resumen* en español e inglés (máximo 50 palabras).
 - d) *Palabras clave* en español e inglés (de 5 a 8).
 - e) *Títulos.* En todos los casos aparecerán marginados a la izquierda, con numeración según la tabla de contenido sin tabulado, respetando las siguientes normas:
 - 1) Títulos principales en negrita, tamaño 12, Times New Roman.
 - 2) Títulos secundarios en negrita, tamaño 10, Times New Roman.
 - 3) Subtítulos en itálica, tamaño 10, Times New Roman.

f) Números:

- 1) Los números de pies de página deben aparecer como superíndices ANTES de un punto o de una coma si lo hubiese.
- 2) La escritura de números deberá corresponder con las normas castellanasy, vale decir, la numeración deberá llevar *punto* (.) y no *coma* (,) para las cifras que indiquen miles y millones. Por su parte los números decimales se escribirán con *coma* (,).

Ejemplo:

1.000; 10.000; 100.000 o 1.000.000 para los miles y millones
52,7; 9,1; 10,5 o 100,0 para los decimales.

Cuando el número designe una enumeración se escribirá en letras.

Ejemplo:

En 1990 *veinticuatro* personas recorrieron el lugar, *ocho* de ellas...

- g) *Elementos gráficos:* tener presente que el interior se imprime en blanco y negro, por lo tanto para cualquier elemento gráfico en los avances (ilustraciones, mapas, cuadros, tablas, etc.) se deberán tener los recaudos necesarios para su correcta interpretación. Tonos grises contrastados o utilización de rayados o punteados que permitan una clara lectura o identificación.

- 1) Las ilustraciones:

- a) Los cuadros, tablas, fotos, mapas u otros (con su respectiva numeración, escalas, títulos y/o epígrafes) podrán enviarse por separado, indicando en el texto, la ubicación de cada uno de ellos. En el texto se harán las remisiones a las ilustraciones que correspondan.
- b) Los símbolos incluidos deberán ser claros y estar bien diferenciados entre sí. En lo posible utilizar figuras geométricas planas.
- c) En todos los casos el título y la fuente de la información aparecerá de la siguiente manera:

Ejemplo:

Cuadro 1.

(Centrado, tamaño 10, Times New Roman)

Algunos indicadores educativos, República Mexicana

1a. Población de 6 a 14 años que asiste a la escuela

(% de la población total)

(Centrado, en negrita e itálica, tamaño 10, Times New Roman)

Asisten a la escuela					
Año	1990	1995	1997	1997	1997
Edad (años)				Hombres	Mujeres
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Fuente: Informe de Labores 1998-1999 de la SEP, México.

2) Los mapas

- a) Presentar los mapas que incluyan solamente los elementos imprescindibles, evitando que estén excesivamente recargados de dibujo o de texto.
- b) En cada mapa deberá constar en un recuadro ubicado en el ángulo superior o inferior derecho, la ubicación del sector a nivel regional/providencial/ y del país.
- c) Recordar que estas imágenes se imprimen en blanco y negro.

3) Los gráficos

- a) Los gráficos y diagramas deberán tener una adecuada calidad original. Se recomienda que en todos los casos se utilice un programa de gráficos para computadora. No utilizar colores en los diagramas.
- b) Definir claramente, en el caso de las tablas, las columnas y filas que encabezan los ingresos a los valores interiores de las mismas.

Tener en cuenta que no se admitirán agregados ni modificaciones una vez iniciado el proceso de edición y posterior composición gráfica del documento.

4. NORMAS DE 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 citaciones en relación con el texto.

- a) Coloque el autor(es) y fecha(s) entre paréntesis en un lugar adecuado dentro o al final de una frase:

Ejemplos:

El concepto de derecho natural ha caído en desuso por sus múltiples falencias en su fundamentación (Silva 1976).

Los derechos humanos son exigibles jurídicamente (Díaz y Sánchez 2010).

Las categorías analíticas en derecho son relevantes para la argumentación (López, Castro y Pérez 1998).

- b) Coloque sólo la fecha entre paréntesis:

Ejemplo:

Sánchez, Aldana y Fischer (2009) se han preguntado si: “¿Acaso las decisiones de la Corte Constitucional no tienen control?” (p. 96).

Tenga en cuenta que tiene que proporcionar el número(s) de página entre paréntesis para citas directas. No es necesario proporcionar el número de página si está resumiendo o parafraseando una fuente, en lugar de citar.

- c) Integrar el autor y la fecha en su frase:

Ejemplo:

En 2009, Robledo y Puerta informaron que, después de analizar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia respecto a los casos de parapolítica, ...

Cuando se cite un documento elaborado por uno o dos autores se debe citar los apellidos en todas las citaciones.

Ejemplo:

(Caro & Camacho 2009) o Caro y Camacho (2009)

Cuando se cite un documento elaborado entre 3 y 5 autores se debe citar todos los autores en la primera citación; pero en todas las citas posteriores, se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al.*

Ejemplo:

Primera cita: (Aldana, Ramírez y Orozco 2009)

Citas subsiguientes: (Aldana *et al* 2009)

Cuando se cite un documento elaborado por más de seis autores se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al* en todas las citas:

Ejemplo:

(Murcia *et al* 2000)

Cuando se cite un documento elaborado por una organización se debe utilizar el nombre completo de dicha organización en la primera cita, sin embargo en las citas posteriores debe utilizarse la abreviatura del nombre de la organización.

Ejemplo:

Primera referencia: (Instituto Nacional de Salud [INS] 2005)

Las referencias subsecuentes: (INS 2005)

Cuando se citen dos o más trabajos los mismos se deben referenciar entre paréntesis y se deben ser separados mediante el uso de punto y coma.

Ejemplo:

(Aldana, Orozco y Ramírez 2009; Singer 1976).

Cuando cite dos o más trabajos elaborados por el mismo autor basta con indicar los años de elaboración de los documentos en orden cronológico del más reciente al más antiguo:

Ejemplo:

(Artunduaga 2005; 1999)

Cuando se cite una cita contenida en otro documento (referencia secundaria) debe indicarse tanto el documento que se cita como aquel de donde se extrae la cita tal como se muestra a continuación:

Ejemplo:

La injusticia racial es uno de los factores de riesgo para el adecuado desarrollo de los niños de acuerdo a Cohen *et al* (según la citación hecha en Greenberg, Domitrovich y Bumbarger, 2000).

Sistema ICONTEC: se usan notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer en el texto con superíndice antecediendo al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

a) Cuando se refiera a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b) Cuando se cite un conjunto de páginas de un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

c) Cuando se refiera a un artículo publicado en una revista científica:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5-56.

- d) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23.

- e) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

- f) Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado:

Ibid., 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 Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)¹.

f) Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica, luego seguida de una coma, la fuente en la que se encuentra, existiendo 3 opciones. La primera un libro, la segunda una gaceta judicial o cualquier otra compilación normativa y, la tercera, una fuente electrónica disponible en internet.

En caso de un libro, primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica; luego el de los autores, en versalita; seguido el título de la obra en itálica; luego el país, la editorial y el año de la edición. Estos datos estarán separados por comas.

Ejemplo:

Constitución cubana de 1895 de Jimaguayú, en Lazcano Mazón, Manuel (ed.), *Las constituciones de Cuba. Historia y texto de las constituciones de la República de Cuba*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1952, pp. 25-40.

Estatuto Real para la convocatoria 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 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

Constitución de Cundinamarca de 30/03/1811, Santafé de Bogotá, Imprenta Patriótica de D. Nicolás Calvo y Quijano, 1811. Lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. Por: Marquardt, Bernd (ed.), "Constitutional Documents of Colombia 1793-1853", en Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

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).

1 La norma APA tiene una regla especial cuando el documento electrónico tiene DOI (*Digital Objective Identification*) pues en este caso, en vez de utilizarse el URL, debe usarse el DOI.

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, trasmisir y exponer las obras públicamente, tanto en su versión impresa como en su versión *on line*, ya incluir la revista en diferentes bases de datos en las cuales se encuentre indexada la revista.

Todos los textos serán remitidos al Comité Editorial, el cual designará los árbitros especialistas que realizarán la evaluación académica de los materiales, y quienes no conocerán las identidades de los autores. Una vez evaluados y aprobados los artículos, la revista se comunicará con los autores, y luego iniciará el proceso de corrección de estilo y puesta a punto del material seleccionado.

Journal Pensamiento Jurídico

Instructions for authors

1. **EXTENSION OF DOCUMENT:** between 15 and 35 single-spaced pages in Times New Roman, size 12.
2. **STRUCTURE OF DOCUMENT:** It must be structured into three main parts:
 - a) *Content:* minimum structure with three subtitles.
 - b) *Conclusion:* Preliminary conclusion.
 - c) *Bibliography:* It must account for a representative outlook of the experts of the treated subject.

It is responsibility of the author or authors to indicate and cite clearly any fragment that is taken from the work of another author, in the construction of his work. If it does not become like that, it will be considered a plagiarism and the work will be rejected for publication.

3. **GENERAL RULES OF ORGANIZATION OF THE ARTICLE:** the following standards should be considered:
 - a) *Article name* in Spanish and English
 - b) *Name of author (s)* with an asterisk that at footnotes indicates the academic affiliation of the author, the academic formation and field of study in 2 or 3 lines and the respective email..
 - c) *Abstract* in Spanish and English (maximum 50 words).
 - d) *Keywords* in Spanish and English (5 to 8).
 - e) *Titles.* In all cases appear marginalized left, numbered according to the table of contents without weighted, subject to the following rules:
 - 1) Main Titles in bold, size 12, Times New Roman.
 - 2) Secondary Titles in bold, size 10, Times New Roman.
 - 3) Subtitles in italic, size 10, Times New Roman.

f) Numbers:

- 1) Numbers footers should appear as superscript BEFORE a dot or a comma if any.
- 2) Writing numbers must correspond with the Castilian rules, the numbering shall bear dot (.) not comma (,) for quantity showing thousands and millions. Meanwhile decimal numbers will be written with comma (,).

Example:

1,000, 10,000, 100,000 or 1,000,000 for the thousands and millions
52.7, 9.1, 10.5 or 100.0 for decimal.

When the number designates an enumeration will be written in letters.

Example:

In 1990 twenty – four people visited the site, eight of them...

g) Graphic elements: Keep in mind that the inside is printed in black and white, so for the graphic elements (illustrations, maps, charts, tables, etc...) must take reasonable steps to correct interpretation. Gray tones contrasted or utilization of striped or dotted that allow a clear reading or identification.

- 1) The illustrations:

- a) Charts, tables, photos, maps or other (with their respective numbers, scales, titles and / or captions) may be sent separately, indicating in the text, the location of each. Referrals will be made to the corresponding illustrations in the text.
- b) The symbols should be clear and distinct from each other. If possible use flat shapes.
- c) In all cases the title and source of information appears as follows:

Example:

Table 1.

(Centered, size 10, Times New Roman)

Some educational indicators, Mexican Republic

1a. Population aged 6-14 years attending school

(% Of total population)

(Centered, bold and italic, size 10, Times New Roman)

Attending School					
Year	1990	1995	1997	1997	1997
Age (years)				Men	Women
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Source: Report of Work 1998-1999 SEP, Mexico.

2) Maps

- a) Submit maps include only the essentials, avoiding excessively busy are drawing or text.
- b) Each map shall contain in a box located in the upper or lower right corner, the location of the sector at regional / providence / and country level.
- c) Remember that these images are printed in black and white.

3) Graphics

- a) Graphs and diagrams should be properly original quality. It is recommended that in all cases, a computer graphics program to be used. Don't use colors in the diagrams.
- b) Clarify, in the case of tables, columns and rows that lead to income inner values thereof.

Note that no additions or modifications are permitted once in the process of editing, and typesetting of the document.

4. RULES OF QUOTING

Pensamiento Jurídico Journal accepts two sets of citation, the APA system and ICONTEC System. Authors may only use **one** of them in his writings.

APA System. When an author or document are cited, in the body of the article you have three options for placing citations in relation to the text is acknowledged.

- a) Place the author (s) and date (s) in brackets in a suitable location within or at the end of a sentence:

Examples

The concept of natural law has fallen into disuse because of its many flaws in its reasoning (Silva 1976)

Human rights are legally enforceable (Díaz and Sánchez 2010)

The analytical categories in law are relevant to the argument (Lopez Castro and Perez 1998).

- b) Place only the date in parentheses:

Example:

Sanchez, Aldana and Fischer (2009) have questioned “whether the decisions of the Constitutional Court doesn’t have control?” (p. 96).

Note that you must provide the number (s) page in parentheses for direct quotes. They do not require the page number if summarizing or paraphrasing a source, instead of quoting.

- c) Embed author and date your sentence:

Example:

In 2009, Robledo and Puerta reported that, after reviewing the decisions of the Supreme Court in parapolitica cases...

When quoting a document prepared by one or two authors should cite the names in all citations

Example:

(Caro & Camacho 2009) or Caro and Camacho (2009)

When a document drawn up between 3 and 5 cite authors must cite all authors in the first citation, but in all subsequent citations, use the name of the first author followed by et al.

Example:

First quote: (Aldana, Ramirez and Orozco 2009)

Subsequent Appointments: (Aldana et al 2009)

When a document drawn up by more than six authors should use the name of the first author followed by et al in all citations:

Example:

(Murcia et al 2000)

When a document prepared by an organization is cited to use the full name of the organization on the first quote, however in subsequent citations the abbreviation of the name of the organization should be used.

Example:

First reference: (National Institute of Health [NIH] 2005)

Subsequent references: (NIH 2005)

When two or more works must cite the same reference in brackets and should be separated using semicolons.

Example:

(Aldana, Orozco and Ramirez 2009; Singer 1976).

When citing two or more works prepared by the same author just indicate the years of preparing the documents in chronological order from newest to oldest:

Example:

(Artunduaga 2005; 1999)

When quoting a quote contained elsewhere (secondary reference) both document that is cited as that from which the quotation is taken as shown below should indicate:

Example:

Racial injustice is one of the risk factors for the proper development of children according to Cohen et al (According to the citation made on Greenberg, Domitrovich and Bumbarger, 2000).

IO System: page footnotes are used. These shall be consecutively numbered (1, 2, 3, etc.). The number should appear in the text with superscript predating the punctuation. Should appear as follows:

- a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

- b) When a set of pages of a book is cited:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

- c) When referring to an article published in a scientific journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en Revista Internacional de Ciencias Sociales, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5-56.

- d) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en La Nación, agosto 30 de 2000, pp. 17-23.

- e) When an article (news type) published in newspapers is cited:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en Vanguardia Liberal, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

- f) When you cite someone immediately cited above:

Ibid., p. 23.

g) When you cite someone previously mentioned, but not immediately:

Roth Deubel, Políticas Públicas, op. cit., p. 176.

h) For other sources, see bibliography.

5. BIBLIOGRAPHY

All references cited in the text by the APA System (author: year), or ISOSystem must go to the end of it, respecting the following criteria:

a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

b) When referring to an article published in journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en Revista internacional de Ciencias Sociales, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

c) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en La Nación, agosto 30 de 2000, p. 7.

d) When an article (news type) published in newspapers is cited:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en Vanguardia Liberal, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

e) Electronic Documents:

Aguilera Peña, Mario, "Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953", in *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 2003 Digital Publishing website Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)¹.

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.

1 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 Gazette 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 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:
- Direct: employment, stock ownership, grants, patents.
 - 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:
- any personal interest in the outcome of the investigation.
 - 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 by word unless you do it in quotes.

8.10. The paraphrase is only acceptable if properly indicates the source and make sure not to change the intended meaning of the source.

8.11. Include quotes and cite all the content is taken from a published source above, even if it is saying in their own words.

9. Fragmentation

Criteria:

9.1. Fragmentation is to divide or segment a large study in two or more publications.

9.2. As a general rule, provided that the “fragments” of a study divided share the same assumptions, population and methods, it is not considered an acceptable practice.

9.3. The same “fragment” should never post more than once. The reason is that fragmentation can lead to distortion of the existing literature.

Recommendations:

9.4. Avoid improperly split the data from a single study in two or more works.

9.5. When submitting a job, be transparent. Send copies of manuscripts closely related to the manuscript in question. This includes manuscripts published recently accepted or already sent.

10. Correction of published articles

Criteria:

When an author discovers a significant error or inaccuracy in the published work, the author is obliged to immediately notify the magazine and cooperate in the process of correction.

Derecho público y la garantía de los derechos humanos

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 **xxxxx** Editores S.A.S.

300 libros impresos sobre papel book cream de 90 grs,
con tipografía de familia Constantia a 10 puntos.
Diagramación: Melissa Ruano Chacón.