

10

Precedente: 15 años de una nueva forma de ver el Derecho

Compiladores

Mario Alberto Cajas Sarria

Natalia Rodríguez Uribe



Colectión **EL SUR**
CIELO
ROTO



Foto Portada

Palacio de Justicia de Cali

Tomada de: <http://commondatastorage.googleapis.com/static.panoramio.com/photos/original/77308359.jpg>

10

Precedente: 15 años de una nueva forma de ver el Derecho

Compiladores

Mario Alberto Cajas Sarria

Natalia Rodríguez Uribe



Una publicación de la
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Nº 10 Agosto, 2016

Precedente: 15 años de una nueva forma de ver el Derecho

Cali. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, 2016.
370pp.; 17x23cm. ISBN: 978-958-8936-11-6

Palabras Clave: 1. Derecho | 2. Estudios jurídicos | 3. Derechos Humanos |
4. Constitucionalismo | 5. Derecho colombiano | 6. Derecho - Universidad Icesi
Sistema de Clasificación Dewey 340.7 - ddc 21

© Universidad Icesi
Primera edición / Agosto de 2016
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Colección «*El sur es cielo roto*»

Rector: Francisco Piedrahita Plata

Secretaria General: María Cristina Navia Klemperer

Director Académico: José Hernando Bahamón Lozano

Directora de la Oficina de Publicaciones: Natalia Rodríguez Uribe

Asistente Editorial: Adolfo A. Abadía

Comité Editorial

Roberto Gargarella [Ph.D.]
Universidad Torcuato Di Tella, Argentina.

Víctor Lazarevich Jeifets [Ph.D.]
Universidad Estatal de San Petersburgo, Rusia.

Antonio Cardarello [Ph.D.]
Universidad de la República, Uruguay.

Javier Zúñiga [Ph.D.]
Universidad del Valle, Colombia.

Juan Pablo Milanese [Ph.D.]
Universidad Icesi, Colombia.

Comité editorial ad hoc

Mario Alberto Cajas Sarria [Ph.D.]
Universidad Icesi, Colombia

Lina Fernanda Buchely Ibarra [Ph.D.]
Universidad Icesi, Colombia

Yesid Echeverry Enciso [Ph.D. (c)]
Universidad Icesi, Colombia

Natalia Rodríguez Uribe [Ph.D.]
Universidad Icesi, Colombia

Diseño y Diagramación

Cactus Taller Gráfico | www.cactus.com.co
Natalia Ayala Pacini, Juliana Jaramillo Buenaventura

Revisor de Estilo: Juan Carlos Penagos

Foto de Portada: Palacio de Justicia de Cali
(Tomada de: <http://commondatastorage.googleapis.com/static.panoramio.com/photos/original/77308359.jpg>)

Universidad Icesi | Calle 18 No. 122-135 (Pance), Cali – Colombia
Teléfono: +57 (2) 555 2334 | E-mail: editorialicesi@correo.icesi.edu.co

Impreso en Cali, Colombia / Printed in Cali, Colombia
ISBN: 978-958-8936-11-6

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización,
siempre y cuando se cite el título, el autor y la fuente institucional.

Índice

05 — **Presentación**

09 — **Prólogo**

Estado, Constitución y Democracia

15 — **Derechos humanos colectivos y multiculturalismo: Respuesta a las críticas universalistas y desarrollo constitucional en Colombia**

Natalia Rodríguez Uribe

63 — **Colisión de derechos grupales y derechos individuales. Estudios de caso**

Jorge Andrés Illera Cajiao, Yesid Echeverry Enciso

103 — **La última Corte Suprema de Justicia de la hegemonía conservadora en los inicios del gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo, 1934-1935**

Mario Alberto Cajas Sarria

137 — **Metafísica, esencialismo y panrelacionismo en la filosofía del derecho**

Abdón Mauricio Rojas

Protección Social

- 219 — **La reforma pensional y las mujeres:
¿Cuándo será que dejarán de «*hacernos el favor*»?**

Lina Fernanda Buchely Ibarra,
María Victoria Castro Cristancho

- 241 — **Apuntes sobre la implementación del
concepto de Piso de Protección Social
en Colombia**

Mauricio Lenis Gómez

- 271 — **El papel del Derecho en el desarrollo
económico colombiano**

Diana Patricia Quintero Mosquera

Derecho Privado y Mercado

- 303 — **Contratos conexos: fundamentos y efectos**

Fernando Gandini Ayerbe

Dogmática Penal y Criminalología

- 317 — **Derecho penal de enemistad. Aproximaciones
críticas al debate**

Yesid Echeverry Enciso, Jefferson Jaramillo Marín

- 363 — **Sobre los autores**

- 367 — **Índice temático**

Presentación

Al cumplirse los primeros quince años del inicio de la carrera de Derecho de la Universidad Icesi hay muchos motivos para celebrar y uno de los mejores modos de hacerlo es entregar este libro que reúne una selección de las contribuciones académicas de los profesores del Departamento de Estudios Jurídicos a lo largo de estos años.

Nuestro Programa de Derecho se empezó a gestar hace unos diecisiete años en lo que hasta entonces era una Escuela de Negocios que había incursionado en el campo de las ingenierías. La idea surgía de la necesidad de formar abogados que aportaran al desarrollo de las organizaciones; pero, pronto, las distintas ideas de los miembros de la vibrante comunidad académica de Icesi fueron dando forma a una carrera de Derecho con mayor radio de acción, comprometida con la sociedad, con la Justicia, con el desarrollo de los derechos y el bienestar de las personas. Fue así como se confió al entonces decano de Humanidades, Lelio Fernández, la supervisión del programa de Derecho y la conformación de un equipo docente, no solo compuesto por abogados sino por distintos profesionales de las Ciencias Sociales y las Humanidades.

Y sin duda ese «nacimiento interdisciplinar» de nuestra carrera fue definitivo para el sello diferenciador que quisimos darle al Derecho de Icesi. Desde sus inicios, queríamos innovar pues no de otra manera se justificaba abrir una carrera de Derecho más, que se juntara a las decenas que se ofrecían en el país y a las más de diez que existían en la región.

El nacimiento de la carrera siguió una directiva clara: queríamos ser una nueva forma de ver el derecho. Para eso, aprovechamos que los noventa llegaron a Colombia con varios cambios. La Constitución de 1991 y su proceso político y social, trajo al campo jurídico debates sobre la interpretación del derecho y sus fuentes que revolucionaron la disciplina local. Y aun hoy, 25 años después de su promulgación, la comunidad jurídica vive con euforia la «constitucionalización» como un proceso de apertura y variación del mundo del derecho. Esa constitucionalización llevó a que existieran grupos de profesores encar-

gados de «mover» la agenda de lo que se conoció como el nuevo derecho. Y la renovación tenía varias aristas: el cambio a la forma de entender lo jurídico, la variación a las formas de conocer lo jurídico y el colapso de los métodos tradicionales de enseñar el derecho. A grandes rasgos, estoy caracterizando el nuevo derecho por su apego a tres agendas:

- a. Una visión renovada de las fuentes del derecho, apoyada en el cambio constitucional de 1991.
- b. Una preocupación por la desigualdad y el rol del derecho en la reproducción o la superación de la misma.
- c. Un «retorno» a lo jurídico como campo de estudio que supera la visión del derecho como sistema y utiliza otras disciplinas como herramientas para desplegar sus análisis.

El nuevo derecho transformó la academia jurídica local. Los métodos cambiaron. Las formas de enseñar cambiaron. Las universidades más reconocidas en Derecho y con más demanda cambiaron. Y el Derecho en Colombia cambió desde entonces.

El programa de Derecho de la Universidad Icesi es heredero de este impulso renovador. El proyecto pedagógico que se empezó hace quince años es conciente de esos cambios y ha sido pionero en la implementación de nuevas metodologías de enseñanza y pensamiento de lo jurídico en la región.

En este contexto, Humanidades se convirtió en la Facultad Derecho y Ciencias Sociales y poco a poco se fue conformando un equipo docente de altísimas calidades provenientes de distintos lugares del país y de la región, formados en diferentes escuelas de Derecho, y que hoy han alcanzado su título de doctores en Derecho o se encuentran en proceso para obtenerlo. Desde la primera cohorte de estudiantes se empezaron a ver los resultados sobresalientes en pruebas como las Saber Pro (antiguos Ecaes). De igual modo, desde nuestros primeros egresados sus empleadores han destacado sus altas competencias profesionales y los abogados de Icesi cuentan con una de las más altas tasas de empleabilidad del país.

Otro de los lugares para seguir la huella del trabajo académico del Derecho de Icesi es la Revista Jurídica Precedente que también cumple quince años, es una de las más reconocidas por la comunidad jurídica y está indexada por Colciencias. La publicación reúne trabajos de autores nacionales e internacionales

de gran trayectoria y también ha sido el espacio para jóvenes investigadores y estudiantes.

Todas estas fortalezas académicas y el trabajo de directivos, docentes, estudiantes y egresados fueron reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional al otorgar la Acreditación de alta calidad al programa de Derecho en el año 2010 y al renovarla en el año 2015 por seis años más.

Con la consolidación de un equipo de profesores e investigadores decidimos dar el paso hacia los posgrados tanto con la Maestría en Derecho en profundización como con las especializaciones para abogados y no abogados. Con los primeros quince años de vida, la Facultad ha incursionado en la Maestría en Derecho en la modalidad de investigación, un programa que contribuirá a la formación académica de alto nivel en la región y que abrirá nuevas oportunidades de crecimiento y desarrollo institucional. Nuestro compromiso con los debates en torno a la nueva forma de ver el derecho y la enseñanza jurídica permanecen incólumnes.

Para terminar, quiero felicitar a los profesores, estudiantes y egresados del programa de Derecho por el esfuerzo y compromiso que han permitido el desarrollo disciplinar y profesional en esta área del conocimiento, e invitar a los lectores a disfrutar de estas páginas que son una muestra del trabajo académico del Derecho de la Universidad Icesi.

Francisco Piedrahita Plata
Rector, Universidad Icesi

Prólogo

Hace quince años la Universidad Icesi dio inicio a un proyecto académico orientado por la premisa de una *nueva forma de ver el Derecho*. Esto suponía crear una carrera de Derecho con una estructura curricular innovadora, con estrategias de aprendizaje más novedosas y, además, entender el Derecho no solo como una profesión sino como una disciplina, de modo que se contribuyera a la construcción de una comunidad jurídica y académica sólida en la región.

El proyecto se alimentó de las transformaciones que producía la Constitución Política de 1991 en nuestro país, tanto en la justicia como el Derecho y la educación jurídica. De ahí que el programa de Derecho se orientara por una profunda convicción en el nuevo papel de los derechos fundamentales, de la jurisprudencia y del juez en el Estado Social de Derecho, y que su estructura curricular se impregnara de la *constitucionalización* del ordenamiento jurídico colombiano.

Uno de los retos fundamentales de la propuesta era integrar un equipo de profesores dedicados a desarrollarla. Para conformar esta comunidad académica la universidad ha hecho, y hace, esfuerzos tales como el apoyo a la formación docente a nivel de doctorado, el fomento de la reflexión continua de la pedagogía y la didáctica en Derecho y, por supuesto, la promoción de la investigación jurídica.

El presente libro da cuenta de cómo la Universidad Icesi y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales han venido cumpliendo fielmente lo que se propusieron hace quince años. Los nueve escritos que aquí se reúnen hacen parte de la producción intelectual de los profesores de planta del Departamento de Estudios Jurídicos y son una contribución a la academia jurídica desde el Valle del Cauca, en las cuatro líneas del *Grupo de investigación Precedente*: Estado, constitución y democracia; Protección social; Derecho privado y mercado; y Dogmática penal y criminología.

La obra compila tanto artículos como versiones actualizadas y revisadas de trabajos publicados en distintas revistas jurídicas del país. Se trata de escritos

con temáticas y enfoques variados pero cuyo eje articulador y horizonte de inspiración es la innovación. En ellos se abordan cuestiones que, con miradas distintas, ocupan la atención del grupo de profesores e investigadores del Departamento de Estudios Jurídicos tales como: los derechos, la justicia, la equidad, la igualdad, los jueces, la protección social, la teoría y la filosofía jurídica, la iushistoria y la dogmática jurídica. En suma, son trabajos que reflejan aquel propósito de ver el Derecho de un modo diferente, como enseguida lo advertirá el lector.

Siguiendo la ruta de las líneas de investigación del grupo Precedente, este libro se ha estructurado en cuatro secciones. En la primera de ellas, *Estado, constitución y democracia*, se ofrecen cuatro escritos. En primer lugar, **Natalia Rodríguez Uribe** contribuye con su trabajo: *Derechos humanos colectivos y multiculturalismo: respuesta a las críticas universalistas y desarrollo constitucional en Colombia*. En él responde a las críticas que suelen formularse en contra de los derechos colectivos, argumentando que éstos son una herramienta clave para lograr un ambiente de pluralismo jurídico en Estados que se han reconocido a sí mismos como multiculturales. Con base en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia describe cómo los pueblos indígenas no son sólo titulares de los derechos humanos individuales universales presentes en la Constitución y en los convenios internacionales, sino también de un catálogo de derechos humanos colectivos.

Por su parte, **Jorge Illera Cajiao** y **Yesid Echeverry Enciso** en *Colisión de derechos grupales y derechos individuales. Estudios de caso*, examinan varios casos tratados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en donde se presenta una colisión entre: de un lado, la libertad de conciencia y la libertad de cultos como derechos individuales y, de otro, el derecho colectivo de las comunidades indígenas a conservar su identidad cultural y al respeto de sus prácticas ancestrales e identidades colectivas como elemento fundamental de su existencia. El trabajo opta por la defensa de los derechos colectivos fundamentales, a la luz de autores liberales y multiculturalistas.

A continuación, el escrito intitulado *La última Corte Suprema de Justicia de la hegemonía conservadora en los inicios del gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo, 1934-1935*, de **Mario Alberto Cajas Sarria**, reconstruye un episodio de la historia de la Corte Suprema de Justicia que revela la interdependencia entre el derecho y la política en la construcción del control constitucional colombiano.

Para esto, evalúa las relaciones entre un tribunal que era percibido como el último bastión de la hegemonía conservadora, y el gobierno del presidente liberal Alfonso López Pumarejo en los inicios de su mandato. El trabajo revela el papel político de la Corte: Primero, con su comportamiento estratégico al inicio del mandato de López, cuando parecía intentar una relación de colaboración institucional con el nuevo gobierno y, luego, cuando declara inexecutable la reforma tributaria dictada por decreto de estado de sitio por el Ejecutivo y que se considerada fundamental para el proyecto político liberal.

Para cerrar esta sección, **Abdón Mauricio Rojas** en *Metafísica, esencialismo y panrelacionismo en la filosofía del derecho* nos propone una manera distinta de abordar los conceptos de derecho y de interpretación jurídica, esta vez bajo el argumento panrelacionista y antiesencialista de los filósofos pragmatistas y con el propósito de eludir la metafísica como punto de partida en la iusfilosofía. Así, sugiere que la alternativa panrelacionista ofrece mayores rendimientos para explicar las prácticas operativas del Derecho.

La segunda sección del libro, *Protección social*, la abre el escrito *La reforma pensional y las mujeres: ¿Cuándo será que dejarán de «hacernos el favor»?», de Lina Fernanda Buchely* en coautoría con María Victoria Castro, quienes proponen una mirada crítica de género al régimen pensional colombiano. Así, a través del análisis distributivo del derecho cuestionan que la jubilación temprana para las mujeres tenga un efecto positivo. El artículo pone en evidencia que este beneficio no solo incumple su objetivo (servir como una compensación al trabajo de cuidado desarrollado en mayor medida e intensidad por la población femenina), sino que actúa como desincentivo para el ingreso de las mujeres al mercado laboral formal.

Luego, **Diana Patricia Quintero** aborda *El papel del Derecho en el desarrollo económico colombiano*. A través de conceptos y un método tomado de la Filosofía Ética y Jurídica se propone demostrar las falencias del debate sobre el papel del Derecho en el desarrollo económico en el país y formular un debate económico alternativo al de los enfoques del mercado y de las capacidades que, para la autora, se disputan la preminencia en la teoría económica actual. El artículo argumenta que para replantear ese debate se deben tomar en consideración las transformaciones del Derecho en Colombia durante las últimas décadas, que en buena parte tendrían como protagonistas a las demandas ciudadanas por equidad y justicia social.

Esta sección culmina con el escrito de **Mauricio Lenis Gómez**, *Apuntes sobre la implementación del concepto de Piso de Protección Social en Colombia*, quien revisa el mencionado concepto y evalúa si existen condiciones para la implementación del mismo en Colombia, de modo que se garantice a toda la población el acceso efectivo a unas garantías mínimas de seguridad social, en condiciones de calidad y oportunidad.

En la sección *Derecho privado y mercado*, se cuenta con el aporte del estudio de **Fernando Gandini** intitulado *Contratos conexos: fundamentos y efectos*, donde se plantea una aproximación al papel contemporáneo que cumplen los contratos en el mundo de los negocios, tomando como punto de partida la conexidad, que desafía a las formas clásicas de entender la noción de contrato.

Por último, en la sección cuarta de *Dogmática penal y criminalología*, se encuentra un escrito de **Yesid Echeverry Enciso** en coautoría con Jefferson Jaramillo Marín en: *Derecho penal de enemistad. Aproximaciones críticas al debate*, que discute el uso de la «noción de enemigo» como sujeto de regulación penal. Con base en teorías relevantes, argumentan que el uso de tal noción en la práctica legislativa contribuye a discriminar a los sujetos penales en merecedores y no merecedores de garantías procedimentales y sustantivas, de modo que la política criminal termina estructurada en intereses distintos al de una concepción fundada en la dignidad humana. De este modo, el trabajo sostiene que tal práctica legislativa, que se está imponiendo en Colombia, es vulneratoria de derechos fundamentales y de principios constitucionales.

Con este libro no solo queremos celebrar los primeros tres lustros del programa de pregrado en Derecho presentando algunos resultados de investigación de los profesores del Departamento de Estudios Jurídicos sino también agradecer a los estudiantes, exalumnos, docentes y directivos, que a lo largo de este período han contribuido con este proyecto académico.

Esperamos que esta obra sirva de estímulo para seguir avanzando hacia nuevos modos de ver el Derecho en Colombia y en la región.

Mario Alberto Cajas Sarria

Santiago de Cali, 29 de diciembre de 2015

Estado, Constitución y Democracia



01

Derechos humanos colectivos y multiculturalismo: Respuesta a las críticas universalistas y desarrollo constitucional en Colombia*

Natalia Rodríguez Uribe

Universidad Icesi | nrodriguez1@icesi.edu.co

* Publicado originalmente como «Multiculturalisme et droits de l'homme collectifs: réponse aux critiques universalistes et développement constitutionnel en Colombie» en Arnaud Martin (dir.), *Les droits indigènes en Amérique Latine*, Paris, L'Harmattan, 2015, quienes autorizaron la traducción.

Este capítulo se publicó también en español en *Precedente. Revista Jurídica* vol. 4 de 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.18046/prec.v4.1832>, y se reproduce con la autorización de la revista *Precedente* y de la autora.

La Constitución Política de 1991 le dio un vuelco a la concepción del estado colombiano, cambiando de un enfoque totalmente unicultural, a una perspectiva inclusiva, con diversidad de etnias y multicultural. El cambio se dio principalmente en el artículo séptimo.¹

Muchos de los países de América Latina también tuvieron una importante ola de reformas constitucionales, e hicieron cambios similares en sus constituciones durante los años noventa del siglo veinte. Sin embargo, el caso colombiano es diferente debido al desarrollo que le ha dado al tema la Corte Constitucional, la cual se ha comprometido con la protección del multiculturalismo desde la óptica de los derechos humanos.

Uno de los cambios fundamentales implementados por la Corte en su jurisprudencia ha sido la protección de los derechos de los pueblos indígenas, los cuales son concebidos no como derechos individuales sino como derechos colectivos. Durante este proceso, muchos de los derechos fundamentales de los primeros artículos de la Constitución han sido expandidos para proteger a los pueblos indígenas de una manera colectiva.

No obstante, es fútil abordar el tema de los derechos colectivos en Colombia sin antes responder a las críticas sobre la teoría que sustenta los mismos. Si se tiene en cuenta que la escuela predominante en materia de derechos humanos, especialmente en Europa, sigue una marcada tradición individualista, no tendrá valor simplemente reportar los avances constitucionales colombianos sin abordar estos temas de manera juiciosa.

Además, es necesario abordar los avances doctrinales más significativos en esta materia se han dado en la esfera internacional, con instrumentos como el *Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (en adelante *OIT 169*), y la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (en adelante *Declaración DPI*), que han sido acogidas como parte del derecho interno mediante la jurisprudencia.

1. *Constitución Política* de 1991, art.7: «El Estado reconoce y protege al diversidad étnica y cultural de la nación.» Esta es tan sólo una de las disposiciones que reafirman la identidad multicultural en Colombia, tal como se verá más adelante.

Universalidad de los derechos humanos: ¿cómo reconciliarla con el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas?

Durante la negociación de la *Declaración DPI* a mediados de los años noventa, una de las grandes reservas expresadas por los representantes de varios países –incluidos Francia y el Reino Unido– fue la inclusión de los derechos colectivos dentro del texto final. Las dudas expresadas variaron entre declaraciones categóricas acerca de la inexistencia de estos derechos (tanto en regímenes nacionales como internacionales) y referencias a la confusión que podría generar, en lo que respecta a la concepción de los derechos individuales, el uso de este tipo de lenguaje.

Para superar estos impases se propuso recurrir a soluciones salomónicas, tales como la utilización del lenguaje de la *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas (Declaración sobre minorías)*, la cual expresa en su artículo 3.1 que las «personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos (...) individualmente, así como en comunidad con los demás miembros de su grupo sin discriminación alguna.» Eventualmente, más de dos décadas después el texto final conservaría el componente colectivo, descrito como su razón de ser (Xanthaki, 2011: 414-415).²

Hoy en día es imposible pensar en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sin hacer una mención expresa de los derechos colectivos. En efecto, pocas veces se lee un texto sobre políticas públicas, o guías prácticas para facilitar las relaciones entre pueblos y Estado, que no contenga al menos una mención a estos derechos, especialmente tratándose de la tierra.

Vale la pena preguntarse si esta conceptualización de los derechos de los pueblos indígenas como colectivos es justificable más allá de una declaración que varios países consideran como un parámetro de aspiración, o como una herramienta política más que como una obligación o fuente de derechos.³ Más

2. La autora cita aquí los reportes del grupo de trabajo creado bajo los parámetros de la Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos de los años 1997, 2002 y 2003.

3. Véase, por ejemplo, la posición oficial del gobierno australiano al suscribirse a la *Declaración DPI* en el año 2009, en la que se expresa claramente que ésta «refleja las aspiraciones de los pueblos indígenas», pero no crea ninguna obligación o derecho nuevo que no esté

aún, es menester develar cómo pueden los derechos de los miembros individuales de cada comunidad ser protegidos dentro de este marco.

La dificultad puede ser aún más visible para aquéllos juristas que siguen a pies juntillas la concepción universalista y personalista de los derechos humanos, característica del espíritu de los primeros textos que consagraron los derechos ciudadanos hacia finales del Siglo XVIII.

Esta sección presenta un breve análisis para rebatir los argumentos más comunes, que se presentan en el panorama jurídico, cuya finalidad es resistir la categoría de derechos colectivos. Esto permitirá comprender dentro de un contexto normativo los fallos de la Corte Constitucional colombiana.

Derechos humanos colectivos: Respuestas a un escéptico

La clave para que un marco jurídico nacional para la gestión de las relaciones con los pueblos indígenas, y otras minorías étnicas presentes en el territorio sea exitoso, es la inclusión de mecanismos que garanticen los derechos humanos colectivos. Es pertinente señalar que las organizaciones internacionales, en particular el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, coinciden en afirmar que los derechos humanos de los pueblos indígenas pueden protegerse de manera más efectiva si se conceptualizan como colectivos en lugar de individuales.

En este caso los derechos colectivos han sido distinguidos en la doctrina jurídica internacional como pertenecientes a los siguientes cinco grupos principales: **1)** derechos sobre territorios, **2)** posibilidad real de acceder a mecanismos de participación política y pública, **3)** protección de la integridad cultural y **4)** derecho a no ser víctimas de discriminación por motivo de su etnicidad. Todos estos derechos se enmarcan en **5)** la protección y reconocimiento del derecho y principio fundamental de autodeterminación de los pueblos.

El carácter colectivo de estos derechos parte de la base de que sus titulares son los grupos indígenas en su calidad de *pueblos* (Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development and Secretariat

ya contenido en el sistema normativo australiano bajo sus obligaciones en otros tratados de derechos humanos (Macklin, 3 April 2009). Otros países, tales como Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda siguen la misma corriente.

of the Permanent Forum on Indigenous Issues, 2007). Esta clasificación es congruente con los derechos consagrados en la *Declaración DPI*.⁴

Dado que la idea de proteger los derechos colectivos, o incluso la existencia misma de este tipo de derechos se ha debatido y criticado ampliamente,⁵ es necesario abordar primero los argumentos más comunes que la literatura jurídica presenta en su contra.

A primera vista, el concepto *derechos colectivos* puede parecer sencillo, ya que sólo se diferenciaría de los derechos individuales en la medida en que su titular es un grupo de personas en lugar de una sola. Por lo tanto, un individuo puede llegar a ser el titular de un derecho colectivo si y sólo si pertenece a un conjunto diferenciado de personas como, por ejemplo, los ciudadanos de un determinado país, las mujeres, las personas con discapacidad, los musulmanes, etc. Pero, en este punto surge el interrogante acerca de qué es lo que hace a un determinado grupo tan especial como para acceder a un derecho colectivo. Por otra parte, también es necesario establecer qué pasa con los derechos individuales de cada miembro del grupo.

El problema puede ser similar al que Stone (1972) detectó en el caso de concederle derechos a entidades no humanas. Según este autor, cada vez que hay un movimiento que tiene por objeto lograr que se confieran derechos a una nueva *entidad*, en este caso los árboles, «la propuesta está destinada a sonar extraña, aterradora o risible.»⁶

Estas son sólo algunas de las objeciones que se oponen a la noción de la existencia de derechos colectivos. Para hacerles frente, se refutarán las críticas a los derechos colectivos planteados por el doctrinante Juan Antonio García Amado en *Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas y quimeras* (2001). Se

4. Todos los derechos contenidos en este instrumento pueden interpretarse como de aplicación colectiva para los pueblos, a menos que el texto indique lo contrario. Véase por ejemplo la redacción del art. 7(1) de la Declaración DPI: «Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental y la seguridad de la persona.»

5. En este punto conviene referirse al artículo de Newman, que presenta un estado del arte sobre la crítica al concepto de derechos colectivos. El autor argumenta que es el contenido moral de éstos lo que los diferencia de los meros intereses colectivos (Newman, 2004).

6. Stone se refiere en su artículo a la posibilidad de que los árboles y otras entidades que tradicionalmente se han considerado como incapaces de conciencia o inteligencia, puedan estar legitimados para actuar ante una corte o tribunal.

eligió este texto por su agudeza y poder crítico, que ataca la noción de derechos colectivos, destaca los abusos del término por parte de la doctrina, y llama la atención sobre la falta de rigor de los filósofos del derecho que meramente dan estos derechos por sentado, sin profundizar en el porqué de la categoría.

Aunque el autor plantea diversas preocupaciones generales sobre este tipo de derechos, esta sección sólo se ocupará de las que son susceptibles de ser aplicadas a los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas. Los cuatro aspectos que se tratarán son:

- La falta de rigor o el eclecticismo no comprometido de los teóricos legales.
- La cuestión de si tiene o no sentido hablar de los derechos colectivos.
- ¿Qué constituye un grupo social? y ¿qué lo hace tan especial como para ser titular de un derecho colectivo? Enfoques individualistas y colectivistas.
- ¿Cómo pueden los intereses del grupo reconciliarse con las ambiciones individuales de cada uno de sus miembros? ¿Debe alguno prevalecer sobre el otro?

La falta de rigor o el eclecticismo no comprometido de los teóricos legales

Cuando se habla de los derechos colectivos, en este caso de los pueblos indígenas, es fácil caer en la trampa de asumir su existencia y darlos por sentado, como se verá más adelante a través de la referencia a diversos casos que se encuentran registrados en la literatura.

Según García Amado, incluso resulta fácil sazonar el uso del término, por medio del recurso a expresiones o palabras de moda, que permiten comprometerse con el concepto sin necesidad de dar muestras de la precisión analítica requerida.. El uso indiscriminado de palabras como *globalización*, *principios*, *minorías* y *multiculturalismo* serían ejemplos de esta tendencia (García Amado, en adelante G.A., 2001:177).

Como en este artículo se hace bastante uso de los tres últimos términos, conviene detenerse en estos cuestionamientos. Comenta más adelante el autor que cuando un filósofo político afirma a la ligera que los derechos colectivos de hecho existen, dicha aseveración debe ser recibida con una sana dosis de escepticismo, pues la única respuesta posible sería un prudente «depende» (G.A., 2001:188).

En los siguientes párrafos se argumenta que en efecto existe un uso lingüístico coherente del término *derechos colectivos* en una amplia gama de jurisdicciones, el cual está estrechamente relacionado con los derechos humanos de los pueblos indígenas. Este uso, tanto en las normas legales como en la jurisprudencia internacional e interna de diferentes países, demuestra que la existencia de los derechos humanos colectivos ha trascendido el alcance de un simple «término de moda» para convertirse en el pilar de los regímenes jurídicos que buscan garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Uso lingüístico del término

La literatura actual, especialmente en lo que respecta a los documentos que consignan políticas públicas para promover el respeto y la participación de los pueblos indígenas, tiende a aceptar la existencia del derecho colectivo a la tierra y otros derechos conexos como premisa fundamental, sin detenerse en la reflexión acerca de su significado.

Por ejemplo, Campese y Guignier (2007) mencionan los problemas conceptuales que presentan ciertos derechos colectivos tales como la paz o el derecho al medio ambiente sano. Sin embargo, las autoras no cuestionan la literatura en la que fundamentan su conclusión, según la cual «los derechos colectivos son de particular importancia para entender el significado de los pueblos indígenas y comunidades locales móviles en relación con las prácticas de conservación de ecosistemas» (traducido por la autora) (Campese y Guignier, 2007:13-14).

Estas autoras no están solas en esta tendencia de tomar los derechos colectivos como punto de partida sin detenerse en los problemas conceptuales que estos mismos comportan. Entre quienes abordan el problema de esta manera las acompañan Sánchez Botero (2003), Borrini-Feyerabend et al. (2004), Schmidt y Peterson (2009) y López Bárcenas (2006), por mencionar sólo unos cuantos.

Debido a su falta de rigor, esta actitud podría exasperar a comentaristas como García Amado, si no fuera por el hecho de que el término aparece en varios textos legales, y no solamente como el capricho aleatorio de un positivista. En Australia, y para ilustrar que el fenómeno sucede tanto en países de tradición legal Anglo Sajona como continental, el *Native Title Act (Ley sobre Título Nativo u Originario)* define el «*título nativo u originario*», o los «*derechos e intereses*

nativos u originarios», como «los derechos e intereses comunitarios, de grupo o individuales, que ejercen los Pueblos Aborígenes y los Isleños del Estrecho de Torres en relación con las tierras o aguas» (*Native Title Act 1993* (Cth) s. 223.1).

El régimen de propiedad en el *Common Law* australiano se compone de varios derechos que fragmentan la propiedad, por lo que cada uno de sus elementos, tales como caza, pesca o uso de aguas, deben ser demandados y probados independientemente. Sin embargo, el conjunto de derechos en cuestión se basa en la premisa de que, si la demanda prospera, todos ellos le serán reconocidos como derechos colectivos a la comunidad o pueblo, y no a cada uno de sus miembros individuales.

En el mismo sentido, la Constitución colombiana reconoce el derecho colectivo a la tierra que tienen las comunidades indígenas y afrocolombianas⁷. Esto se encuentra establecido en el artículo 63 (el cual se complementa con el artículo 229), donde se manifiesta que estas tierras «son inalienables, imprescriptibles e inembargables.»⁸

Este derecho colectivo a la tierra también es extendido a las comunidades afrocolombianas mediante la *Ley 70 de 1993, Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política*. Además, la Corte Constitucional de Colombia ha ligado los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas con el catálogo de derechos fundamentales del país, de tal forma que ahora detentan un rango jerárquico más alto, y son susceptibles de protección mediante la acción de tutela, similar a la acción de amparo en España.⁹ Por ejemplo, en el caso de los pueblos indígenas, la Corte ha adoptado una interpretación jurídica amplia del derecho a un medio ambiente sano. Aunque éste es un derecho colectivo común a toda la población colombiana, se ha afirmado que el daño grave al ecosistema en el que habitan los indígenas puede afectar su derecho a la subsistencia como *pueblos*. En consecuencia, se entiende como parte del

7. Ley 70 de 1993 *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política*.

8. *Constitución de 199* arts. 63 y 229.

9. Véase por ejemplo la interpretación jurídica de la Corte Constitucional del derecho a un medio ambiente sano. Aunque éste es un derecho colectivo, común a toda la población colombiana, en el caso de los pueblos indígenas el daño grave a su ecosistema puede afectar su derecho a la subsistencia como *pueblos*, por lo que se entiende como parte del derecho a la vida. *Corte Constitucional*, sentencia SU-383/2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

derecho a la vida, y es susceptible de ser protegido mediante acción de tutela (Sentencia SU-383/2003).

La nueva *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* (2009) contiene en el artículo 30.I una carta especial de derechos para las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, «cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.» Además de reconocer la singularidad de las cosmovisiones y culturas de cada uno de estos pueblos, la carta consagra, por ejemplo, la titularidad colectiva de tierras ancestrales, y la propiedad intelectual colectiva sobre sus conocimientos tradicionales (arts. 3.I.6 y 30.I.11).

La nueva *Constitución del Ecuador* (2008) va incluso más lejos al crear una carta especial compuesta *exclusivamente* de derechos colectivos para las minorías étnicas, entre las que se cuentan «las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas», quienes «forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible» (art. 56).

Estos derechos incluyen el de conservar la propiedad de sus tierras ancestrales, las cuales son imprescriptibles, inalienables, inembargables e indivisibles y están exentas de tasas e impuestos (art. 57.4); participar en el uso y gestión de los recursos naturales presentes en éstas (art. 57.6); «crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio y consuetudinario» (art. 57.10); y a ser consultados antes de la implementación de medidas legislativas que puedan afectar sus derechos colectivos (art. 57.17).

La carta reconoce, así mismo, el vínculo especial que tienen los pueblos indígenas con la tierra, mediante el derecho a «conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural» (art. 57.8). Nótese que ésta no es una imposición del estado como contrapartida a la titulación de la tierra; es más bien el reconocimiento de una prerrogativa, en consonancia con las disposiciones de la *Declaración DPI*.¹⁰

En un sentido similar, la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* reconoce el derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre sus tierras y sobre sus conocimientos ancestrales, los cuales define como no patentables

10. *Declaración DPI* art. 25: «Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.»

en la misma línea de Ecuador y Bolivia (arts. 119 y 124).¹¹ Todas estas disposiciones jurídicas tienen en común que respondieron a la evolución de las normas internacionales en la materia de los derechos de los pueblos indígenas, y especialmente a la firma de la *Declaración DPI* después de una larguísima negociación.

Internacionalmente, los principales instrumentos de sustento de los derechos colectivos son el *Convenio 169 de la OIT* y la *Declaración DPI*. Aunque el segundo sólo utilice el término *colectivo* en pocos artículos, el carácter colectivo de los derechos consagrados en ella puede inferirse del uso continuo del término «pueblos» para denotar a los titulares de dichos derechos. Es clarificador comparar este tipo de discurso con la redacción y el lenguaje utilizados en tratados pertenecientes a la corriente individualista, en la cual prevalece el uso de términos como «*individuos*», «*miembros*», «*personas pertenecientes a*» o expresiones similares.¹²

El *OIT 169* conceptualiza el derecho a la tierra como de índole colectiva, estrechamente ligado a la relación espiritual de los titulares con el territorio.¹³ El aspecto más importante de esta posición jurídica es el reconocimiento de las distintas cosmovisiones de los pueblos indígenas como componente esencial de la integridad cultural, que está compuesta por varios aspectos interconectados, tales como la libertad religiosa, el lenguaje, el respeto por las creencias, y la salvaguarda y revitalización de creencias, y prácticas tradicionales.

Tal como señala Anaya (2004:58), el *OIT 169* consignó los reclamos de los pueblos indígenas después de un arduo cabildeo, en el que se argumentó ante

11. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* arts. 119 y 124.

12. De hecho, la *Declaración DPI* zanja el posible conflicto entre la titularidad colectiva o individual de ciertos derechos en el art. 1 que expresa: «Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.» Véase también art. 7(1).

13. *OIT 169* art. 13(1): «Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.» Los vínculos espirituales con la tierra se encuentran también reconocidos en los arts. 25 y 26 de la *Declaración DPI*.

la comunidad internacional que el reconocimiento de las identidades indígenas no podía reducirse meramente a la posesión de tierras, sino que comprendía una aspiración holística, que requería de que se consignaran varios derechos de manera integral y coherente.

En concreto, esta aspiración se materializó con el reconocimiento de los cinco grupos de derechos interconectados mencionados al principio de este artículo.¹⁴ A este respecto, el autor afirma que los pueblos indígenas:

Han exigido el reconocimiento de los derechos de carácter colectivo, derechos entre cuyos beneficiarios se encuentran comunidades que comparten una continuidad histórica, en lugar de meros individuos... *La conceptualización y la articulación de dichos derechos choca con la dicotomía individuo / estado que ha permeado las concepciones dominantes de la sociedad humana y que persiste aún hoy, influenciando la elaboración de normas internacionales.* Los derechos colectivos reclamados, por otra parte, son un desafío a las nociones establecidas sobre el concepto de soberanía del Estado (énfasis fuera del texto original) (Anaya, 2004:59).

La inclusión en instrumentos internacionales de disposiciones jurídicas sobre derechos colectivos ha hallado una fuerte oposición, especialmente por parte de estados que otrora formaran parte de los grandes imperios coloniales. El malestar que este tema suscita se ha ventilado en varios foros internacionales, particularmente durante la negociación de la *Declaración DPI*.

Países como Estados Unidos, el Reino Unido, Francia y Australia sentaron una posición similar en cuanto a la inclusión de estos derechos en la declaración. Sus objeciones incluyeron negar de plano su existencia en el derecho internacional, y considerarlos como una posible fuente de confusión e inestabilidad jurídica en relación con otros tratados sobre derechos humanos (Xanthaki, 2011: 414-416).

Esta oposición no es infundada. Una lectura rápida de los principales tratados de derechos humanos revela, en efecto, un marcado predominio de los derechos de la persona. El *Convenio 169 de la OIT* es la clara excepción a esta

14. Un argumento que suele esgrimirse para objetar esta posición es que presenta demasiados obstáculos para su implementación. Hay en efecto ejemplos que muestran que la transición hacia un modelo multicultural y pluriétnico es visto como una amenaza contra la unidad nacional y la estabilidad jurídica, tal como ocurrió en el caso de México con ocasión del proceso de paz con el movimiento armado Zapatista (Harvey, 2007).

regla, al ser el único tratado multilateral vinculante, hasta la fecha, en contener disposiciones obligatorias en materia de derechos humanos colectivos.

Sin embargo, hay instancias que admiten una versión condicionada. Tal es el caso de la primera mención de un derecho colectivo en la esfera internacional. Se trata del derecho a la integridad cultural, consignado en el artículo 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.¹⁵ En este tratado, así como en el artículo 3 (1) de la *Declaración sobre minorías*, el derecho se ve atenuado por la posibilidad de elegir el ámbito de su ejercicio. A este respecto, se afirma que «las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos (...) *individualmente así como en comunidad con los demás miembros de su grupo*, sin discriminación alguna.»

Ambos instrumentos conservan el enfoque individualista, y se guardan de utilizar el término *pueblos* para evitar ampliar la base de interpretación hacia el incómodo sector de los derechos colectivos.

Los tribunales internacionales también han respondido a estos reclamos, al desafiar abiertamente la interpretación universalista y personalísima de los derechos humanos, y acceder a las demandas de reconocimiento de la titularidad colectiva, como se verá a continuación.

Uso del término en la jurisprudencia de tribunales internacionales

A pesar de la escasez de disposiciones que garanticen expresamente el ejercicio de los derechos colectivos, los tribunales internacionales han aceptado el mérito de reclamar su reconocimiento mediante litigios. Se destacan, en este sentido, las actuaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

La CIDH se pronunció con ocasión de la disputa *Mayagna (Sumo) Awas Tingni v Nicaragua* (en adelante *Caso Awas Tingni*), en la que reconoció los derechos colectivos sobre la tenencia tradicional y el uso del territorio de la

15. Art. 27: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, *en común con los demás miembros de su grupo*, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma» (énfasis fuera del original).

comunidad.¹⁶ En el mismo sentido la CADHP, en la decisión *Centre for Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v Kenya* (en adelante *Caso Endorois*), insistió en que los pueblos indígenas no son beneficiarios pasivos de bienes y servicios ambientales, sino que son participantes activos que, en su calidad de pueblo, tienen intereses importantes en juego.

Lo anterior fundamentó la línea argumentativa según la cual el pueblo Endorois sólo podría ser autónomo y responsable de la salud del ecosistema de sus tierras ancestrales si se les otorgara la propiedad sobre éstas, junto con los derechos y deberes que esto conlleva.¹⁷

Los hechos de ambos casos son similares. Los pueblos indígenas Awas Tingni de Nicaragua y Endorois de Kenia fueron expulsados a la fuerza de sus tierras. El agente principal detrás de los desalojos fue el gobierno que, en ambos casos, perseguía un interés comercial en relación con los recursos naturales de estos territorios (madera y piedras preciosas respectivamente), en beneficio de compañías multinacionales.

Así mismo, otro trozo del territorio Endorois se destinó a la creación de una reserva natural. Los reclamos presentados por las partes, en este caso, también son similares, e incluyen el reconocimiento de que los grupos indígenas afectados tienen un derecho colectivo preferente con respecto al territorio; y que sus medios de subsistencia e identidad como pueblos diferenciados corren peligro a causa del desalojo. Ambos tribunales fallaron a favor de las comunidades.

Otro aspecto interesante de estos fallos es la posibilidad que generan, para los pueblos indígenas, de elevar demandas en tribunales internacionales sin que éstas sean rechazadas de plano con base en el principio de soberanía estatal. Esto denota que los derechos colectivos, interconectados bajo la libre determinación, se enmarcan perfectamente dentro de las nociones de multiculturalismo y pluralismo jurídico.

El lenguaje utilizado en las sentencias es muy similar y presenta el uso frecuente de expresiones tales como *tierras ancestrales*, *propiedad tradicional* y *conexión con la tierra*. Esto es indicativo de un cambio de perspectiva que ahora

16. Anaya y Grossman recogen los principales argumentos de esta decisión (Anaya y Grossman, 2002). Nótese que este caso ha servido como base doctrinal de otros casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Rodríguez-Piñero Royo, 2006).

17. Para un análisis detallado de este caso, véase (Morel, 2010).

acepta la viabilidad de los derechos colectivos en el derecho internacional, el cual puede también apuntar al reconocimiento de la importancia de las cosmovisiones y vínculos intangibles en el territorio como parte de la integridad cultural; y de la red de derechos interconectados que componen el corpus de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y otras minorías étnicas, que no deben confundirse con las minorías nacionales (véase, Kymlicka, 2008).

Parecería entonces que existen derechos humanos colectivos, porque hay normas positivas que los consagran y decisiones judiciales que los reconocen. Sin embargo, este razonamiento no parece suficiente para conceptualizar la relación colectiva con la tierra, y para justificar que los cinco grupos de derechos mencionados arriba se protegen más adecuadamente si sus titulares son los pueblos y no sus miembros individuales. Vale la pena recalcar que esta es una cuestión de identidad, lo que conduce al siguiente punto.

¿Tiene algún sentido hablar de los derechos colectivos?

Según García Amado, tiene sentido hablar de los derechos colectivos, pero sólo de una manera trivial. A modo de ejemplo, el autor trae a colación el caso de los derechos colectivos que se han creado por la ley positiva, tal como los que regulan la creación de personas jurídicas. Sostiene que el hecho de tener una Constitución u otra ley que reconozca los grupos o pueblos como los titulares de derechos colectivos no proporciona una base teórica suficiente para justificar su existencia. Si acaso, la regulación positiva daría fe de la existencia de ciertos grupos, como las familias (G.A., 2001:178-179).

La objeción que plantea García Amado puede parecer obvia para un positivista. Sin embargo, conviene pensar en el contraejemplo. ¿Qué sucede cuando, en lugar de reconocer derechos a los grupos, la ley se los niega? García Amado utiliza ejemplos particularmente inquietantes del colectivismo positivista de regímenes autoritarios, como los de Franco, Stalin y Hitler, como una crítica de los peligros que trae consigo la identificación del concepto de derecho a ciegas, o por la fuerza, con un grupo o colectivo. Más problemático aún resulta usar la pertenencia a estos grupos bajo un poder autoritario como la única fuente válida de derechos (G.A., 2001:183-184).

Es revelador que estos ejemplos se refieran a los derechos colectivos cuyos titulares pertenecen a la mayoría que está en el poder o subyugada por éste (G.A., 2001:186). De hecho, conviene traer a colación que los regímenes de derechos colectivos, en estos casos, se diseñan generalmente como instrumentos para oprimir y para discriminar a las minorías, además de convertir a las mayorías –o *colectivos*– en una suerte de rebaño obnubilado por un falso sentido de pertenencia, producto de la manipulación ejercida por quienes detentan el poder.¹⁸

La clave, en estos casos, es que esta población no se da cuenta de que está siendo manipulada, sobre todo cuando pertenece al grupo favorecido. Por lo tanto, el sello distintivo de este tipo de derechos colectivos es que sirven como instrumento para facilitar la exclusión y las prácticas discriminatorias. Valga pues la pregunta de si este estado de cosas es aplicable a las aspiraciones políticas de los pueblos indígenas, y a las de otras minorías históricamente marginadas. El siguiente punto se ocupa de esta cuestión.

Minorías y derechos colectivos

La existencia misma de situaciones de exclusión, discriminación o falta de poder político es el vínculo fundamental que une a grupos minoritarios a través del globo. Los lazos, incluso, tienden a consolidarse entre los miembros de los grupos a los que tradicionalmente se les han negado ciertos derechos, lo cual no sucede tan a menudo en grupos cuyos derechos han sido reconocidos (Mitnick, 2000:190).

Al respecto, una de las críticas más fuertes que hace García Amado es que el uso indiscriminado del término «minorías» sirve a menudo como una justificación para otorgarles derechos colectivos, omitiendo cualquier explicación teórica que justifique esta decisión. Por lo tanto, el término se convierte en un lugar común, que impide a los filósofos del derecho detenerse a reflexionar seriamente sobre la teoría de los derechos colectivos. Sin embargo, por mucho

18. Acerca del término *rebaño* utilizado aquí, véase la crítica de Horkheimer y Adorno (2002:9 *et seq.*) sobre los riesgos de coerción del estado que se vale de mecanismos como el sentido colectivo de pertenencia que sacrifica al individuo.

que se pueda desconfiar del uso de la palabra *minorías*, ésta no puede descartarse a la ligera como un mero cliché, como el autor parece sugerir.

Al detenerse a reflexionar acerca de las aspiraciones y reclamos de las minorías étnicas o culturales, se discierne que su identidad y existencia misma como grupo están estrechamente ligadas a ciertos derechos colectivos, y especialmente a la autodeterminación y la integridad cultural.¹⁹ Conviene aquí traer a colación la teoría de Mitnick (2000), quien categoriza este tipo de derechos como *derechos constitutivos*, que son aquéllos por los que se lucha y que acaban por convertirse en el factor definitivo que diferencia ciertos grupos de otros. Para este autor, «los seres humanos nunca son meramente una entidad autoconstituida. Los humanos están también, en parte, constituidos por sus derechos» (traducido por la autora) (Mitnick, 2000:186).

Estos derechos constitutivos representan una tercera categoría de derechos que se suma a los especiales y a los generales propuestos por Hart (Mitnick, 2000:193, citando a Hart, 1984:84-88). La crítica de Mitnick a la teoría de Hart parte de la gran dificultad que conlleva encontrar un derecho que realmente abarque a la humanidad entera como titular de derechos.

Es prácticamente imposible encontrar un grupo universal que sea titular de algún derecho positivo, ya que incluso los derechos que se dicen generales se encuentran enmarcados en sistemas jurídicos específicos y no universales. Esto significa que siempre habrá personas excluidas del sistema, puesto que los grupos sociales son «perceptibles sólo en un contexto de diferencias.» (traducido por la autora) (Mitnick, 2000:194).

Entonces, ¿qué es un derecho constitutivo y cuál es su importancia? Un derecho constitutivo no surge de las relaciones o transacciones celebradas entre particulares, por lo que no puede ser clasificado como un derecho especial. Tampoco puede ser considerado un derecho general, porque «no pretende proteger los intereses de todas y cada una de las personas» (traducido por la autora) (Mitnick, 2000:197).

19. *Declaración DPI* art. 9: «Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo».

Por el contrario, un derecho constitutivo es aquél que «cobija solo a algunos mientras que obliga a muchos» (traducido por la autora) (Mitnick, 2000:197). Los derechos constitutivos no son comunes, ya que los grupos que los poseen no tienen por lo general la fuerza suficiente para hacerlos cristalizar en leyes.

Para que dicha cristalización ocurra, deben existir razones de mucho peso, usualmente basadas en la justicia social (Mitnick, 2000:198), lo cual requiere cierto nivel de sofisticación de las instituciones jurídicas, y de la voluntad estatal.

Esta base teórica de los derechos constitutivos se ajusta a la situación de los pueblos indígenas. En primer lugar, abarca los derechos por los que han luchado mediante movimientos sociales, organizados en una representación sólida, consensuada y coherente en los foros internacionales,²⁰ particularmente el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.

Esta posición recalca que no se trata de derechos especiales, ya que no involucran sólo un individuo en una transacción específica. Tampoco son generales, ya que no son de aplicación universal. La opción de la categoría que queda abierta para incluir el tipo de derechos a los que nos hemos venido refiriendo es la de los derechos constitutivos.

Es posible entonces afirmar que los derechos humanos de los pueblos indígenas son derechos constitutivos porque sus titulares son pequeños grupos sociales claramente definidos. Adicionalmente, se puede afirmar que respetar dichos derechos es una obligación de la totalidad de los miembros del Estado en que éstos habitan.

Sin embargo, hay otra manera de definir un derecho constitutivo que desafía esta teoría. En el sentido más básico, un derecho constitutivo es aquél que crea una situación jurídica previamente inexistente. Por lo tanto, si se aplicase esta definición para reconocer, por ejemplo, el derecho a la tierra, esto significaría negar la relación preexistente de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales.

Maya Aguirre (2009) utiliza este argumento para señalar que el hecho de que algunos pueblos no posean títulos formales de propiedad sobre sus territorios ancestrales no afecta la validez de los intereses legales sobre éstos, «porque el

20. Véanse al respecto de los movimientos indígenas y el cambio social en Colombia los artículos de Padilla (1996) y de Lemaitre (2008).

objeto de protección es la ocupación ancestral» (Maya Aguirre, 2009:90).²¹ Nótese que este no es el significado utilizado por Mitnick.

Ahora bien, por más convincente que sea el argumento de Maya Aguirre, algunos quizá puedan verse tentados a interpretarlo como circular. Si la desposesión y la marginalidad son las características que unen a un grupo, cabe preguntarse si este grupo ya existía. La respuesta es que sí, y se basa en los motivos que serán expuestos a continuación, por medio de los cuales es posible explicar por qué algunos grupos sociales pueden ser titulares de derechos colectivos.

¿Qué hace tan especiales a ciertos grupos sociales? Enfoques individualistas y colectivistas

Las escuelas de pensamiento individualistas y colectivistas se pueden utilizar para desafiar la noción de los derechos colectivos constitutivos, lo cual también pondría en duda la legitimidad de los grupos que tienen derecho a ellos.

Escuela individualista

La escuela de pensamiento individualista presenta una oposición manifiesta a los derechos colectivos constitutivos. Por ejemplo, un individualista puede argüir que no hay ninguna calidad de un grupo que pueda hacerlo merecedor de un trato diferenciado. García Amado postula que este argumento se debería a que los grupos son una asociación de personas, que se unen para obtener bienes o defender intereses que de otro modo serían inalcanzables.

El hecho de que este tipo de asociaciones se base en una mayor afinidad, tal como compartir el idioma, las creencias o la cultura, sería intrascendente para este autor, ya que estos son simplemente factores que contribuyen para facilitar el agrupamiento. Por ende, no son «razones de que el grupo tenga vida propia o se convierta en sujeto «personal» de su historia y su destino» (G.A., 2001:185).

21. La autora basa este comentario en las observaciones del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), que vigila el cumplimiento de los Convenios de la OIT, en este caso el OIT 169 (CEACR, 2007).

Si los factores aducidos sólo propician el agrupamiento, entonces obtener derechos diferenciados obedecería a un egoísmo racional de los individuos agrupados, quienes desean adquirir un tratamiento preferencial para los miembros del colectivo. A este respecto, García Amado enfatiza que éstas no son más que razones prácticas, insuficientes para una base ética u ontológica para sustentar un trato diferenciado (G.A., 2001:185).

Sin embargo, esta objeción no es del todo exacta. No puede llegarse precipitadamente a la conclusión generalizada de que las personas que pertenecen a grupos sociales titulares de derechos colectivos se aliaron únicamente para obtener algún beneficio individual, el cual sólo se puede conseguir mediante la asociación con sus semejantes.

En lo que respecta a los pueblos indígenas, hay una clara tendencia hacia la definición colectiva de sus derechos, los cuales, como se ha visto en el apartado anterior, corresponden a la categoría que en la propuesta de Mitnick se engloba en el término de *derechos constitutivos*. Este reclamo por la conceptualización colectiva ha sido una constante en los foros internacionales, y fue uno de los motivos por los que la negociación de la *Declaración DPI* tomó alrededor de 15 años (Newman, 2006-2007: 275-276).

Si se ahonda en la teoría de Mitnick, se tiene que, para ser titular de un derecho colectivo, un grupo necesita alcanzar un nivel de cohesión mucho mayor que un simple *animus societatis*. Mitnick imagina una escala asociativa que va desde el estatus puramente individual, pasa al estadio de un afiliado simple, no integrado al grupo, y culmina en el estatus de grupo social colectivo. El autor argumenta que las dos primeras categorías son claras, mientras que la tercera está condicionada a la ocurrencia de un evento extraordinario, es decir, a «un momento casi orgánico (...) que sólo se produce cuando se crea una característica o estatus común lo suficientemente fuerte como para definir un aspecto significativo de la identidad social de cada miembro»(traducido por la autora) (Mitnick, 2000:191).

Una cuarta etapa se debe agregar aquí: la comunidad. Esta última fase conecta la identificación, que consiste en que los individuos se comprenden como parte del colectivo, con la acción colectiva. Los pueblos indígenas pueden incluirse en la cuarta etapa, ya que sus acciones como un colectivo han sido fuertes, vocales y coherentes.

A pesar de la variedad de pueblos indígenas en el mundo, con distintas culturas, pluralidad de idiomas, y una plétora de creencias, éstos persiguen objetivos comunes bien diferenciados. Esos objetivos han ido ganando espacio en las esferas jurídicas nacionales e internacionales, las cuales se han venido transformando lentamente para incorporar sus demandas.²²

Hay que destacar que las comunidades indígenas no se reducen a meras asociaciones de individuos. Sus miembros comparten mucho más que un interés pasajero en la acción colectiva.²³ La identidad de cada individuo está ligada a un sentido de comunidad que se pondría en riesgo si fuera discriminada por la sociedad mayoritaria, como ha sucedido en varios países en los que se anularon las identidades indígenas y, por consiguiente, pueblos enteros.

Después de haber señalado los motivos por los que las críticas de la escuela individualista no son suficientes para oponerse a la existencia de derechos colectivos, conviene abordar las contradicciones de la escuela colectivista.

Escuelas de pensamiento colectivistas y sus contradicciones

Una de las críticas más fuertes a la escuela colectivista es su estatus artificial. Como García Amado señala, las teorías colectivistas pueden venderse como los ideales libertadores de naciones y pueblos oprimidos, sin detenerse a despejar los obstáculos teóricos. Por ejemplo, supongamos que un grupo oprimido reclama una serie de derechos y que éstos se conceden, al tiempo que se le niegan a otros grupos.

La concesión de estas prerrogativas legitima al grupo. Sin embargo, esta justificación implica que otros grupos también tendrían sus derechos justificados, legitimados por defecto. García Amado (2001:187) declara al respecto que:

Si es reprochable y contrario a los derechos de un pueblo indígena (...) que sus prácticas religiosas se vean interferidas o contaminadas por prácticas religiosas externas,

22. Documentos como el Reporte Martínez Cobo (1983) sustentan estas afirmaciones. Así mismo, los reclamos sobre los cinco grupos de derechos colectivos diferenciados basados en la autodeterminación fueron consignados en *OIT 169* y expandidos en la *Declaración DPI* aun cuando este no es un instrumento vinculante.

23. Esta es la posición de Colombia, tal como se verá más adelante en este artículo. Véase, *Corte Constitucional*, Sentencia T-254/1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

también lo será de la misma manera que se vean interferidas o contaminadas las prácticas religiosas de un pueblo cristiano.

El doctrinante critica el mal uso dado al término genérico *bien colectivo*, como plataforma para sacrificar los derechos individuales y las libertades civiles, como sucede a menudo en los regímenes totalitarios.²⁴ Sin embargo, esta crítica no debería dirigirse hacia la existencia de los derechos colectivos en sí, sino más bien a las autoridades que las imponen para adelantar su propia agenda.

Paradójicamente, las técnicas que imponen la prevalencia del bien colectivo sobre los derechos y libertades individuales han sido la herramienta teórica principal para justificar el despojo y la asimilación de los pueblos indígenas. Cada vez que una mayoría que está en el poder se casa con un discurso colectivista extremo, el sistema jurídico pierde el espacio para adoptar cualquier tipo de perspectiva multicultural.

Las minorías quedan por lo tanto, inevitablemente, subsumidas y asimiladas mediante la aceptación forzada de la identidad mayoritaria. La difícil situación de los pueblos indígenas en países con doctrinas asimilacionistas parte de la falta de reconocimiento de la validez de sus diferentes interpretaciones del mundo, expresadas a través de sus cosmovisiones.

Es por ello que los reclamos de los pueblos indígenas apuntan a la inclusión mediante el reconocimiento del pluralismo jurídico. Es entonces menester desligar el discurso colectivista de los regímenes totalitarios, y de las políticas de homogenización, e intentar interpretarlos desde la perspectiva del otro. De esa manera los derechos colectivos se convierten en un mecanismo de reconocimiento de la diferencia.

¿Cómo reconciliar los intereses del grupo con las ambiciones de cada uno de sus miembros? ¿Debería uno prevalecer sobre el otro?

Una crítica trillada de los derechos colectivos es la que esgrime su tensa relación con los derechos individuales. Al respecto, es necesario preguntarse cuál de los

24. Véase las objeciones del autor a la prohibición de uso de idiomas diferentes al francés en Quebec, como una medida para prevenir que esta lengua caiga en desuso en Canadá. Esta es una medida de salvaguardia para proteger la identidad colectiva de los Québécois (G.A., 2001:188).

dos intereses debería prevalecer. Así mismo, es preciso discutir si se está haciendo alusión a los intereses y derechos de un grupo como *entidad autónoma*, o a los de la *suma* de los intereses de cada uno de sus miembros. Esta cuestión se abordará en este artículo desde la perspectiva del derecho colectivo a la tierra.

El derecho colectivo a la tierra de los pueblos indígenas trasciende el simple disfrute de un bien común. Esta afirmación cuestiona nociones sobre propiedad privada como las de John Locke, que han servido de soporte teórico para los regímenes jurídicos sobre la materia de los sistemas de tradición Anglo Sajona y continental.

Si nos limitamos a la visión utilitaria, la propiedad colectiva de la tierra podría convertirse en un escenario de parasitismo como el que critica Hardin (1968) en su famoso ensayo *The Tragedy of the Commons* («*La tragedia de los bienes comunes*»), en el que el afán humano por explotar aquello que no ha costado nada acaba deteriorando la propiedad común hasta destruir su productividad. No obstante, este escenario ha sido cuestionado desde la investigación empírica de autores como Ostrom (1990).

Para las culturas indígenas, muchas de las cosmovisiones sobre las maneras de manejar el mundo proporcionan una comprensión de la tierra como una conexión indivisible entre los mundos físico y espiritual. Este enfoque espiritual, implica, por lo general, un sentido de la responsabilidad bajo el entendido de que no es la tierra la que pertenece a la gente, sino la gente la que le pertenece a la tierra.²⁵

Para algunos pueblos de Colombia, como ocurre en muchas otras culturas, el uso y el manejo de la tierra dependen de la protección de los sitios sagrados. Éstos deben ser accesibles a todos los miembros del grupo para que puedan ofrecer sus respetos y presentar ofrendas. Si se considera además la creencia en la existencia de una relación entre los mundos, la cual requiere el mantenimiento de la armonía y el equilibrio, está en el mejor interés de todos los miembros del grupo que los sitios permanezcan sanos.

25. En la nominación del *Conocimiento tradicional de los chamanes jaguares del Yuruparí*, hoy patrimonio de la humanidad, se explica cómo la tierra está inextricablemente unida al reino espiritual, por lo que su protección hace parte del patrimonio intangible (Acaipi y Fundación Gaia Amazonas, 2010). Varios de los apartes de esta nominación están también disponibles en inglés en la página web de la Unesco de la manifestación (Ministerio de Cultura de Colombia, 2011).

Desmembrar el territorio y adjudicarlo en parcelas individuales a cada uno de los miembros del grupo atentaría contra la integridad cultural del pueblo entero (Acaipi y Fundación Gaia Amazonas, 2010). Estas relaciones profundas con la tierra contrastan drásticamente con la teoría de Hardin (1968), a partir de lo cual se concluye que ésta no puede aplicarse de buenas a primeras a grupos humanos que no se enmarquen dentro de la tradición occidental.

Colombia: La construcción del carácter colectivo de ciertos derechos fundamentales

Después de haber abordado las críticas a la existencia y conveniencia de los derechos colectivos, cuyos titulares son pueblos enteros en lugar de individuos, esta sección demuestra que en el caso de Colombia éstos son además reconocidos como derechos fundamentales constitucionales. Esto significa, entre otras prerrogativas, que dichos derechos tienen la capacidad de ser protegidos con el mecanismo extraordinario de la acción de tutela.²⁶

Las principales disposiciones constitucionales que protegen y promueven los derechos humanos de los pueblos indígenas y otras minorías étnicas son los artículos 7 y 70, que abordan los temas de diversidad cultural, apoyo estatal a la cultura, y construcción de una identidad nacional basada en la diversidad.

La cultura, por lo tanto, se convierte en el fundamento de la nacionalidad; y ésta a su vez se asume como compuesta por una gran diversidad de tradiciones, tanto de la sociedad mayoritaria como de la multiplicidad de grupos étnicos del país.

Otros derechos incluyen el carácter oficial de las lenguas indígenas en los resguardos, y el hecho de que la educación formal en éstos deba ser bilingüe (arts. 10 y 68). También se estipula que los territorios tradicionales son de propiedad colectiva (arts. 63, 286, 320), y el reconocimiento de la autonomía de gobierno, y de la validez y prevalencia del derecho consuetudinario dentro de los resguardos (art. 246).

26. El mecanismo está consagrado en la *Constitución Política de 1991* art. 86 y se encuentra regulado por el *Decreto 2591 de 1991 Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*.

La protección y el reconocimiento de las minorías étnicas y sus derechos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional son quizás únicos en su rigurosidad, la cual parte del respeto a la autonomía de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. A este respecto se afirma que:

El pluralismo jurídico es el concepto clave en la perspectiva postmoderna del derecho. No es el pluralismo jurídico tradicional de la antropología jurídica en el que los diferentes ordenamientos son concebidos como entidades separadas que coexisten en un mismo espacio político. Es más bien la concepción de diferentes espacios jurídicos superpuestos, entrelazados y mezclados tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones, tanto en las crisis como en el rutinario día a día» (traducción de la autora) (De Sousa Santos, 1987:297).

En los 22 años que la Constitución ha estado en vigor, se ha producido un cambio notable en o que concierne a la interpretación de los derechos y la participación de las minorías étnicas.²⁷ En 1991 éstas se interpretaban todavía bajo la luz condescendiente de las políticas asimilacionistas que predominaron en América Latina desde la postguerra;²⁸ y en particular luego de la suscripción del *Convenio Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales* de 1959 (en adelante *OIT 107*).

Esta perspectiva prevaleció en América Latina no solo debido al alto índice de ratificaciones que tuvo el *Convenio OIT 107* en la región, sino además merced a la fuerte acogida que tuvo este tipo de políticas integracionistas en la *Organización de Estados Americanos (OEA)* (Stavenhagen, 2002:27).

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha afianzado las bases para que estos pueblos se constituyan en actores políticos completos. Se ha hecho por lo tanto un esfuerzo notable para ampliar los espacios de participación disponibles en el país, mediante la implementación de los mecanismos

27. De acuerdo con el último censo llevado a cabo en el año 2005, el 3.4% de la población colombiana se reconoce a sí misma como indígena, y el 10.5% se reconoce como negra, mulata o afrodescendiente (Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE).

28. Tennant (1994:10-16) hace una revisión exhaustiva de la literatura jurídica de América Latina. Relata el autor que las políticas indigenistas se caracterizaron por tener un enfoque que buscaba asimilar a los pueblos indígenas en los países latinoamericanos a la cultura dominante. Éstas políticas fueron altamente influenciadas por los paneles de expertos de la OIT, que finalmente resultaron en la suscripción e implementación del *Convenio OIT 107*.

del *Convenio OIT 169*, de tal forma que los pueblos indígenas ahora pueden influir en los procesos políticos, legislativos y administrativos.

En particular, la jurisprudencia ha sido congruente en proteger y resaltar el valor intrínseco que las cosmovisiones, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas se corresponden con el espíritu pluralista del Estado (Constitución Política de 1991, art. 7).

El principio de diversidad étnica y cultural

La Corte Constitucional ha dado pasos firmes para reafirmar que Colombia se ha alejado del paradigma asimilacionista de las políticas indigenistas. En la jurisprudencia de esta Corte el multiculturalismo pasa de ser una noción intangible a convertirse en una herramienta legal poderosa, que se ha utilizado con éxito en las esferas judicial y política.

La Corte es proactiva en la promoción del reconocimiento de los pueblos indígenas como miembros valiosos de la democracia, a quienes se debe garantizar en poder participar en pie de igualdad en las decisiones que les conciernen. En la sentencia de unificación que recogió la jurisprudencia emitida hasta el año 1998, la Corte dio la siguiente definición del principio de diversidad, el cual sigue vigente:

El principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana, y obedece a «la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental» (citando a la Sentencia T-380/1993). La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura (Sentencia SU-510/1998).

Después de las afirmaciones anteriores, la Corte reiteró su postura radical a propósito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en la que se

aleja de la doctrina integracionista del *Convenio OIT 107*, a la que considera contraria al espíritu de pluralismo jurídico de la nación. Al denunciar específicamente la anterior política asimilacionista, la construcción jurisprudencial de este tribunal superior ha tenido el efecto de abrir lentamente espacios de participación eficaces para los pueblos indígenas, en los que se respetan sus propias cosmovisiones, aspiraciones, prioridades, e identidades culturales.²⁹

De esta manera, los pueblos indígenas son alentados y reconocidos como parte invaluable del patrimonio colombiano. Esta reivindicación por parte de la Corte de los derechos de participación resuena con el diálogo multicultural postulado por Young (1990:117):³⁰

En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades (SU-510/1998).

Para que esta inclusión democrática pueda funcionar y evolucionar progresivamente, es necesario contar con mecanismos para prevenir y eliminar la discriminación, al tiempo que se garantice la inclusión en todos los niveles de la sociedad, y la igualdad de trato ante la ley, como se verá en el aparte siguiente.

Discriminación positiva

Los pueblos indígenas han sido históricamente discriminados y marginados, lo cual crea un desequilibrio entre las minorías étnicas y la sociedad mayoritaria. Este desequilibrio no puede ser corregido fácilmente sólo con la aprobación de leyes contra la discriminación.

La Constitución colombiana de 1886 no tenía ninguna mención específica respecto de cuestiones raciales o de discriminación por motivos de raza. Sin

29. Estos derechos hacen parte de la *Declaración DPI*.

30. «El multiculturalismo es el esfuerzo específico para crear instituciones y eventos a los cuales, en principio, todos en la sociedad tienen acceso, en los que se juntan y reafirman los aspectos diversos que tiene una sociedad tales como los lenguajes, símbolos, historias, narrativas, imágenes y tradiciones musicales» (traducción de la autora).

embargo, sí incluyó una prohibición completa de la esclavitud, y la declaración de que cualquier esclavo escapado de otro país sería liberado por el mero hecho de tocar suelo colombiano (*Constitución de 1886*—revocada— art. 22).

Esta omisión es reflejo del ejercicio que se llevó a cabo para la construcción de la nueva nación colombiana en aquella época, bajo el cual Colombia se vio a sí misma como perteneciente a una identidad mestiza unívoca. Chaves y Zambrano (2006:6-8) argumentan que el término *nación mestiza* nació en el siglo XIX, tal vez como un eufemismo, para denotar un pasado vergonzante de mezcla racial; al tiempo que dio paso para construir una nueva nación cuyo objetivo era la homogeneización de la cultura. Aunque este concepto conservó tácitamente las jerarquías raciales, buscó incorporar y asimilar gradualmente a las poblaciones negras e indígenas hasta llegar al blanqueamiento.

Además de la denominación de Colombia como un país multicultural, con una pluralidad de etnias, la Constitución dispone la igualdad ante la ley y la no discriminación como derechos fundamentales. La disposición concuerda con lo dispuesto por la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* al afirmar en su artículo 13 que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.³¹

Esto va más allá de una mera prohibición o de una declaración de igualdad sin más consecuencia jurídica, ya que el artículo añade a reglón seguido que «el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados».

Por otra parte, y para afianzar la posibilidad de crear mecanismos de acción afirmativa para la inclusión real de los sectores vulnerables de la sociedad, el artículo agrega que «el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, en razón de su condición económica, física o mental, se encuentren en

31. Compárese con el Prólogo de la *Convención sobre Eliminación de la Discriminación Racial* de 1969, que a su vez hace referencia a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en la misma, sin distinción alguna, en particular por motivos de raza, color u origen nacional».

circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan».

Esta disposición ha ayudado a los pueblos indígenas y a las comunidades afrocolombianas en la protección activa de sus derechos, sobre todo por parte de la Corte Constitucional.³² Adicionalmente, en el 2011 el Congreso expidió *Ley 1482 de 2011* en la que se criminaliza la discriminación racial, haciéndola parte del listado de delitos punibles del Código Penal.

Además, la constitución incluyó otra medida de acción afirmativa con la creación de dos puestos adicionales en el Senado del país, cuya jurisdicción electoral se circunscribe únicamente a los pueblos indígenas en todo el territorio. Para aspirar a ser elegidos en el cargo, además de ser indígenas, los candidatos deben haber ocupado el cargo de autoridad tradicional en sus respectivas comunidades, o haber sido los líderes de una organización indígena (*Constitución Política* de 1991, art. 171).

Diferencias conceptuales del derecho a un medio ambiente sano para los pueblos indígenas

La Constitución de 1991 consagra en el artículo 79³³ el derecho colectivo de todos los ciudadanos colombianos a disfrutar un medio ambiente sano. Existe, sin embargo, una diferencia conceptual entre este derecho general y el derecho colectivo al medio ambiente de los pueblos indígenas y las minorías étnicas.

La Corte Constitucional ha desarrollado principios normativos diferenciados para estos pueblos, sobre la base de la relación especial y reconocida que tienen con sus tierras, que trasciende la mera propiedad y entra en el reino de lo espiritual. Por lo tanto, la protección del medio ambiente en las tierras ocupadas o utilizadas por los pueblos indígenas puede ser interpretada como

32. Las minorías étnicas en Colombia se han visto especialmente afectadas por el conflicto armado que ha asolado el país durante la mayor parte de un siglo. Para ahondar en el tema, se recomienda el estudio sobre las comunidades negras como víctimas del desplazamiento forzado por parte de grupos armados (guerrilla y paramilitares) de Rodríguez Garavito et al. (2009).

33. «Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo...».

una entidad íntimamente vinculada a su derecho humano colectivo a la vida en tanto que *pueblo*.

Es importante traer a colación que desde los primeros años de existencia de la Corte, ésta sentó la posición sobre la identidad colectiva de los pueblos indígenas. Los argumentos expuestos por García Amado (2001), quien desestima los grupos indígenas como asociaciones efímeras de personas con ideas afines, hallan una refutación directa en la sentencia que relacionó el derecho colectivo a la subsistencia de los pueblos con el derecho fundamental constitucional a la vida, en la cual se afirma que:

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. *La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos*. En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes. Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución (énfasis fuera del original) (Sentencia T-380/1993).

El fallo de unificación en el que la corte se pronunció sobre la procedencia de la acción de tutela para proteger el derecho colectivo al medio ambiente, tuvo lugar con ocasión de los daños ambientales causados por la aspersión del herbicida glifosato sobre cultivos ilícitos. El razonamiento de la sentencia se aparta de la concepción puramente ecológica del medio ambiente, para entrar en el ámbito de los derechos humanos fundamentales. En concreto, se vinculó la negligencia del Estado, incluso por omisión, para abordar los daños ambientales en los resguardos. Dicha negligencia incide sobre los derechos que tienen los pueblos indígenas a subsistir como pueblos.

Esto no sólo se relaciona con el derecho a la vida consagrado en el artículo 11, sino también con el derecho a la no desaparición forzada del artículo 12, interpretado aquí como un derecho humano colectivo. Nótese que ambos hacen parte del catálogo de derechos fundamentales de la constitución.³⁴

34. «La estrecha relación entre ecosistema equilibrado y sobrevivencia de las comunidades indígenas que habitan los bosques húmedos tropicales, transforma los factores de deterioro

Identidad cultural: vínculos con la autonomía gubernativa

En Colombia, la autonomía política y gubernativa de los pueblos indígenas está consagrada en el artículo 246. Ésta les da a las autoridades de cada etnia la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus propios territorios, siguiendo sus propias reglas y procedimientos.

Este artículo debe leerse en conjunción con el 286, que consagra la independencia territorial de los resguardos indígenas; y con el artículo 321, que regula el régimen administrativo de las entidades territoriales. En suma, se reconoce el derecho consuetudinario de cada uno de los pueblos indígenas como parte del pluralismo jurídico.

Los territorios indígenas están gobernados por consejos reunidos, formados y regulados de acuerdo con las costumbres de sus comunidades. Éstos ejercen las siguientes funciones reguladas en el artículo 330:

- Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
- Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
- Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
- Percibir y distribuir sus recursos.
- Velar por la preservación de los recursos naturales.
- Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
- Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
- Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
- Las que les señalen la Constitución y la ley.

ambiental (...) en un peligro potencial contra la vida y la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios que, dada su diversidad étnica y cultural, requieren de una especial protección del Estado (CP art. 13). La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia (CP art. 12) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias.» Sentencia SU-383/2003.

Estas funciones y atribuciones implican una verdadera autonomía de gestión, y aceptan expresamente el papel y la preponderancia del derecho consuetudinario en el funcionamiento de cada territorio.³⁵ Esto se refleja en la capacidad de diseñar y desarrollar sus políticas, y en la capacidad de manejar sus recursos económicos.³⁶

Es interesante ver que dentro de las funciones propias de los consejos indígenas está el cuidado de los recursos naturales. Más que una obligación, este propósito puede verse como un reconocimiento a ese estrecho vínculo con la tierra que ha sido mencionado anteriormente, y que es quizás imposible de racionalizar desde la perspectiva occidental.³⁷

Sin embargo, esta autonomía no es ilimitada, ya que al fin y al cabo estos pueblos siguen siendo parte de la nación y jurisdicción colombianas. Por este motivo, sobre la autonomía de los pueblos indígenas pesa la condición de que dichas normas y procedimientos consuetudinarios no pueden ser contrarios a la Constitución y las leyes de la República (Constitución Política de 1991, art. 246).

Esto podría interpretarse como una carga demasiado grande, que atentaría contra la posibilidad de que la autonomía fuese real y efectiva. Por este motivo conviene detenerse sobre este tema.

Estos límites a la autonomía se incluyen para evitar privar a algunos miembros de las comunidades indígenas autónomas de las garantías contenidas en la Constitución, sobre todo las concernientes a los derechos fundamentales. Este tema ha sido tratado por la Corte Constitucional, que ha tenido la oportunidad de sopesar diferentes leyes, e incluso algunos derechos constitucionales con los límites de la autonomía indígena.

35. Si el lector desea profundizar el tema de la interacción de la jurisdicción ordinaria con los regímenes especiales, además de una explicación extensa sobre el efecto de las leyes nacionales colombianas sobre el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, refiérase a los artículos compilados por De Sousa Santos y García Villegas (2001).

36. Para un análisis socio-jurídico de las jurisdicciones indígenas en Colombia, véase De Sousa Santos (2001).

37. Las cartas de derechos indígenas de las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) tienen disposiciones similares, tal como se comentó previamente en este artículo.

Sus fallos, a este respecto, han sido uniformes, y señalan que la autonomía debe conservar la mayor amplitud de acción posible, por lo que sus límites están limitados sólo por el *núcleo esencial* de los derechos fundamentales.³⁸

En la sentencia de unificación que recogió la jurisprudencia sobre la autonomía indígena, en la que se falló específicamente sobre los límites a la autonomía cuando ésta choca con la libertad de cultos,³⁹ la Corte dio la razón a las autoridades del resguardo Arhuaco o Ika, quienes impidieron la construcción de un templo Pentecostal por considerar que éste atentaba contra su autonomía, subsistencia y derechos culturales.

La Corte en esa ocasión que «en materia de comunidades indígenas, la Carta Política consagra un régimen de conservación de la *diversidad en la unidad* [según el cual] «sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural»(SU-510/1998, citando las sentencias T-405/1993 y T-254/1994). De esto se desprende el principio general de que la diversidad étnica y cultural «sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir».»

Por ende, los únicos límites para la autonomía normativa y jurisdiccional pueden ser «aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”.» (SU-510/1998, citando la sentencia T-349/96). Esta jurisprudencia es coherente con la propuesta de De Sousa Santos (1987), quien afirma que las sociedades deben aspirar a un verdadero pluralismo legal, el cual sólo puede alcanzarse cuando la inclusión deja de ser un mero formulismo simbólico.

38. Compatible con OIT 169 art. 8(2): «Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.» En el caso colombiano, dichos procedimientos son: «(1) a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía y (2) el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituye el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.» Reglas de interpretación establecidas en la sentencia T-254/1994.

39. *Constitución Política de 1991* art. 19: «Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley».

El régimen especial de protección incluye la redistribución de los recursos fiscales a los grupos étnicos de ascendencia indígena o africana.⁴⁰ En este caso, la organización territorial del Estado dispone que los resguardos indígenas y los territorios colectivos de las comunidades negras tengan una estructura similar a la de los municipios, por lo que también comparten parte de los recursos y rentas de la nación (Van Cott, 2002:50).

Los territorios colectivos no son entidades territoriales en sentido estricto, pues operan bajo un régimen *sui generis* de propiedad colectiva, adoptada en cumplimiento del *Convenio OIT 169*. En este sentido, dichos territorios no son de propiedad pública, como los municipios, por lo que las autoridades indígenas pueden limitar la libre circulación de los demás ciudadanos por sus territorios.

La jurisprudencia sentó su posición al respecto cuando dirimió la acción de tutela interpuesta por la *Asociación Evangélica Nuevas Tribus de Colombia*, a quienes las autoridades del Gran Resguardo del Vaupés, en plena selva amazónica, les negaron el permiso de utilizar la pista de aterrizaje ubicada en su territorio, ya que no querían facilitarles su misión de convertir a los pueblos que allí habitan al cristianismo.

La Corte encontró que esta decisión de las autoridades era coherente con el artículo 22 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, que protege la propiedad privada, y con el estatus de los derechos colectivos a la tierra consagrados en la Parte II de la *OIT 169* (Sentencia T-257/1993).

Desde sus primeros años, la Corte estableció una posición fuerte con respecto a la definición de las comunidades indígenas, la cual se comprometió plenamente con los preceptos del artículo 8 (1) de la *OIT 169*, en virtud del cual «[a] aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario».

Este alto tribunal destacó que «las comunidades indígenas no se equiparan jurídicamente a una simple asociación. Son una realidad histórica, dinámica, caracterizada por elementos objetivos y subjetivos que no se reducen al *animus societatis* propio de las asociaciones civiles» (Sentencia T-257/1993). Más bien,

40. La *Constitución Política de 1991* ordenó en el art. transitorio 55 que se regularizara la propiedad colectiva de las tierras de las comunidades negras de la cuenca del Pacífico, disposición que se cristalizó en la *Ley 70 de 1993, por la cual se desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución Política*, también conocida como la *Ley de Comunidades Negras*.

en el espíritu constitucional de pluralismo y multiculturalidad, los pueblos y comunidades étnicas deben ser apoyados en su proceso de recuperación de la identidad, al tiempo que se refuerce la conciencia colectiva que la delimita y le da un sentido propio.

Este reconocimiento de la libre determinación y de la capacidad de gobierno que tienen los pueblos indígenas, basada en los preceptos del derecho consuetudinario, se constituye también en una herramienta legal para hacer respetar la posición que los distintos pueblos indígenas del país comparten en relación con los mega-proyectos de desarrollo.

Podría argumentarse incluso que si el régimen de reconocimiento y protección de los pueblos indígenas de la Constitución de 1991 hubiese sido más paternalista, las decisiones de la Corte no hubieran revestido un carácter tan progresista.⁴¹ En efecto, en lugar de imponerse un modelo en el que primara la toma de decisiones sobre desarrollo siguiendo un modelo puramente vertical, se optó por favorecer un modelo horizontal en el que las diferentes interpretaciones y prioridades de las diversas minorías étnicas del país adquieren voz y participación. En este sentido, la Corte expresó que el diálogo entre las culturas y las naciones da sentido y contenido a los derechos humanos (Sentencia T-254/1994).

En otra sentencia que decidió una acción pública de inconstitucionalidad, y que cuestionó la constitucionalidad de una ley expedida en el Siglo XIX que regulaba la forma de asimilar a los «salvajes» a la vida en sociedad mediante el envío de misiones, la Corte aprovechó para poner de relieve que en el país existen 81 pueblos indígenas, cuyos sistemas legales pueden clasificarse en 22 grupos que, en virtud de la autonomía y el pluralismo legal, operan en forma concomitante con el sistema jurídico colombiano (Sentencia C-139/1996, con base en conceptos rendidos por los expertos Carlos Perafán y Esther Sánchez).

41. Por ejemplo, vale la pena traer a colación la expansión del derecho colectivo de participación ciudadana de los pueblos indígenas, desarrollado en la línea jurisprudencial de las siguientes sentencias de la *Corte Constitucional* cuyo tema común fue la falta de mecanismos adecuados de participación previa al debate y sanción de importantes leyes y políticas públicas nacionales: C-891/2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería, decisión sobre la constitucionalidad del Código de Minas); C-461/2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, constitucionalidad del Plan Nacional de Desarrollo); C-030/2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil, Ley General Forestal General, comentada más adelante en este artículo) y C-175/2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, decisión sobre la exequibilidad del Estatuto de Desarrollo Rural).

El Tribunal sostuvo que «la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural, y el valor del pluralismo, pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas» (Sentencia C-139/1996). La decisión confirma la interpretación de que, aunque el artículo 246 de la Constitución establezca límites a la autonomía gubernativa de los pueblos indígenas, las decisiones judiciales deben aplicar un amplio margen de tolerancia cuando fallen acerca de conflictos entre disposiciones de derecho consuetudinario y normas nacionales.

Ésta es la tesis de los *mínimos jurídicos*, que establece que si las garantías a los derechos humanos fundamentales, tales como la prohibición de la esclavitud y el respeto al debido proceso permanecen intactas, entonces las comunidades son libres de aplicar sus leyes y procesos consuetudinarios (Sieder, 2007:222).⁴²

La Corte ha sido sistemática en la aplicación y desarrollo de esta jurisprudencia, al seguir el precedente unificado en la sentencia SU-510/1998, que liga el respeto de estos *mínimos jurídicos* con el *núcleo esencial* de los derechos humanos, de tal forma que los principios cristalizados en ese fallo son los que hoy deben aplicar los jueces para decidir acciones de tutela que versen sobre este tipo de conflictos.

Aplicación nacional del *Convenio OIT 169*: Evolución de la participación ligada al derecho colectivo a la tierra

La titularidad del derecho colectivo e inalienable a la tierra está protegida por la Constitución y la ley (Constitución Política de 1991, art. 329; *Ley 70 de 1993*); y por el *Convenio OIT 169*, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad. Según lo establecido en el artículo 93, las obligaciones contenidas en el tratado pueden prevalecer sobre las leyes o decretos nacionales, e incluso de la propia constitución, en el evento en que éstos sean menos favorables.

Por ende, las obligaciones del tratado son vinculantes y directamente aplicables. Colombia ha sido objeto de escrutinio ante los paneles de la Organización

42. Sieder (2007) compara también la actitud progresista y respetuosa de la Corte Constitucional colombiana con otros altos tribunales, de tendencia más conservadora, en América Latina –como la Corte Suprema de Guatemala– que tienden a favorecer la interpretación unívoca del debido proceso de la sociedad dominante.

Internacional del Trabajo (OIT), bajo los parámetros del artículo 24 de la Constitución de este organismo, en dos ocasiones. La razón es la incapacidad del Estado para cumplir con los requisitos de participación expresados en el artículo 6,⁴³ que regula el derecho a la consulta previa.

La explicación de estas deficiencias de cumplimiento se deriva directamente de la insuficiencia de la disposición constitucional que regula la consulta. El párrafo del artículo 330 establece que:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La redacción de este artículo es muy suave, y por lo tanto se puede interpretar, especialmente por el uso del verbo *propiciará*, como una guía que exhorta a desplegar los mejores esfuerzos, pero que carece de una carga obligatoria fuerte. La perspectiva de las ramas ejecutiva y legislativa era que el párrafo del artículo 330 constituía una aplicación satisfactoria del *Convenio OIT 169*.

Por el contrario, las obligaciones establecidas en el *Convenio OIT 169* no dejan espacio para la especulación. Los requisitos para la consulta son obligatorios: la consulta debe hacerse «mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente» (*OIT 169*, art. 6.1). Además, debe «efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas» (*OIT 169*, art. 6.1).

En el caso histórico de la comunidad U'wa contra la agencia gubernamental de petróleo, Ecopetrol y Oxy, el Tribunal delimitó las reglas de la consulta con base en los parámetros del *Convenio OIT 169*⁴⁴, y enfatizó la importancia de fortalecer los canales de comunicación y entendimiento como base de la buena fe.

43. Si el lector desea profundizar en este tema, Maya Aguirre (2009) hace un análisis crítico de las repercusiones de estos paneles.

44. Los artículos de Aponte Miranda (2006-2007) y de Lee (2008) proveen un análisis detallado de este fallo (Sentencia SU-039/1997).

Al menos tres requisitos deben ser satisfechos en el proceso de consulta. En primer lugar, la comunidad debe tener acceso a información completa de todos los aspectos del proyecto. En segundo lugar, tiene que ser informada sobre los efectos que el proyecto propuesto puede tener en los aspectos sociales, económicos, culturales y políticos de sus vidas. Por último, la comunidad debe tener la oportunidad de considerar, sin que pese sobre ella ningún apremio, las ventajas y desventajas de la situación (Sentencia SU-039/1997).

Una de las objeciones acerca de los requisitos de la consulta es que ésta pueda usarse para sabotear el desarrollo, lo que erosionaría el espíritu de conciliación del mecanismo. Sin embargo, la Corte ha sido clara en que este derecho fundamental no constituye un poder de veto, sino que es una de las manifestaciones del proceso democrático en Colombia.

Esto no puede ser una excusa para la adopción de decisiones arbitrarias.⁴⁵ Del mismo modo, ninguna medida, proyecto o actividad de carácter legislativo o administrativo que pueda afectar al medio ambiente, las creencias espirituales, las instituciones o los valores culturales de un grupo indígena determinado, puede llevarse a cabo sin que se cumplan los requisitos expuestos. Este es el nivel que se espera de las autoridades del Gobierno de Colombia al considerar las medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas.⁴⁶

El caso U'wa causó polémica debido a la dificultad de reconciliar la consulta con el desarrollo. Sin embargo, existen otros dos defectos fundamentales del parágrafo artículo 330 que no se trataron en esa ocasión. En primer lugar, el proceso de consulta no se consideraba obligatorio para las decisiones legislativas de carácter general. En segunda instancia, la consulta sólo se propicia cuando el desarrollo o proyecto planea llevarse a cabo dentro de una propiedad colectiva. Estos vacíos normativos se trataron en la sentencia que decidió sobre la

45. La Corte desarrolló esta jurisprudencia en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del Estatuto Nacional de Desarrollo Rural. Sentencia C-175/2009.

46. *OIT 169*, art. 6(1). Concuérdese esa provisión con el art. 7(1) que expresa que «los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que *ocupan o utilizan de alguna manera*, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural» (énfasis fuera del original).

constitucionalidad de la *Ley general forestal* (Sentencia C-030/2008), la cual es un hito en la historia de la participación en Colombia.

Discriminación positiva en el proceso legislativo: El caso de la Ley general forestal

La *Ley general forestal* (*Ley 1021 de 2006*) se aprobó en el Congreso en abril de 2006. Ésta establecía el marco general de regulación de actividades forestales en todo el territorio nacional, incluyendo las áreas protegidas, reservas indígenas, y tierras pertenecientes a los pueblos de ascendencia africana. Ambientalistas y activistas de derechos humanos criticaron ampliamente esta ley, alegando que se trataba de un retroceso en los logros alcanzados en la legislación nacional en materia de protección del medio ambiente.

Rodríguez Becerra (2008), antiguo Ministro del Medio Ambiente, comenta que uno de los factores determinantes de que Colombia conserve tantos de sus ecosistemas de bosque en buen estado es que 35 millones de hectáreas con estos hábitats están tituladas colectivamente a minorías étnicas (ver también Grupo de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (G.-DIP), 2008).

Muchos esfuerzos, infructuosos, se llevaron a cabo para que se declarara la inconstitucionalidad de esta ley, como, por ejemplo, una tutela interpuesta por el *Consejo Regional Indígena Amazónico* (CRIMA), que representa los intereses de las etnias Uitoto, Andoque, Muinane y Nonuya, la cual no prosperó por no ser la vía constitucional adecuada para declarar sin efectos una ley (Sentencia T-382/2006).

Finalmente, un grupo de abogados actuando pro-bono presentaron una acción de inconstitucionalidad, en la que se alegó que el Congreso violó el artículo 6 del *Convenio OIT 169* porque se omitió completamente el requisito de consulta a las minorías étnicas que podrían verse afectadas. Los demandantes alegaron además que en el proceso de expedición de esta ley se violaron los arts. 1, 2, 3, 7, 9, 13, 93 y 330 de la Constitución.

La Corte (Sentencia C-030/2008) les dio la razón a los demandantes, y determinó que el derecho a la consulta previa para la aprobación de una legislación que regula la explotación o afectación de los recursos naturales es un derecho

humano fundamental de carácter colectivo de las comunidades indígenas, el cual busca garantizar la diversidad cultural a través de la participación pública.

En la medida en que la consulta es un derecho presente en la Constitución, y que está desarrollado por la jurisprudencia constitucional, omitirla no podía considerarse un mero *vicio de procedimiento*, como argumentaron los representantes de las ramas ejecutiva y legislativa. Aunque no toda ley marco tiene que agotar el proceso de consulta previa, este caso era diferente.

La sentencia destacó que los medios de vida, la cultura, y las creencias de los pueblos de ascendencia indígena y africana están vinculados a su entorno, por lo cual esta ley era susceptible de afectarlos. La consulta se constituye pues en un requisito obligatorio, cuya omisión causó que se derogara la ley en su totalidad.

Esta sentencia creó el precedente según el cual el derecho a la participación mediante la consulta previa es un mecanismo de discriminación positiva. De este modo se garantiza la apertura y consolidación de espacios de inclusión para las minorías étnicas que han sido tradicionalmente marginadas. Estos espacios incluyen la posibilidad de influenciar la expedición de medidas legislativas desde antes del comienzo de los debates en el congreso. Este debate ha sido aclamado como un avance de suma importancia en el reconocimiento de los derechos fundamentales y del pluralismo jurídico del país.

Conclusiones

La conceptualización los derechos de los pueblos indígenas como de carácter colectivo en lugar de individual ha encontrado una fuerte oposición por parte de la doctrina, y fue uno de los factores que demoraron las negociaciones de la *Declaración DPI*. Este artículo rebatió los argumentos que frecuentemente se presentan en contra de estos derechos, argumentando que éstos son una herramienta clave para lograr un ambiente de pluralismo jurídico en Estados con sistemas que se han reconocido a sí mismos como multiculturales.

Se argumentó que los derechos colectivos no son un capricho de los instrumentos internacionales que los han consagrado, tales como *OIT 169* y la *Declaración DPI*. De hecho, incluirlos expresamente en estos dos instrumentos fue el resultado de un extenso cabildeo en el que pueblos indígenas de todo el

mundo se unieron a una sola voz para lograr su objetivo. A partir de entonces se ha hecho uso del concepto de derechos colectivos en importantes casos que han tenido lugar en tribunales internacionales, así como también en las legislaciones nacionales de varios países que han seguido esta iniciativa.

Así mismo, el artículo rebatió el argumento según el cual no hay nada tan especial en una minoría como para hacerla merecedora de ser titular de un derecho colectivo. Al respecto, se utilizó la teoría de los derechos constitutivos de Mitnick, que permite comprender por qué para pueblos indígenas tradicionalmente marginados este tipo de derechos afianzan la identidad cultural y refuerzan sus lazos.

Finalmente, se cuestionaron los argumentos de las escuelas individualista y colectivista. A este respecto se concluyó que, el uso de derechos colectivos como mecanismos de protección para los pueblos indígenas no va en detrimento de los derechos individuales de sus miembros, y que tampoco se usan estos como una herramienta de dominación, ni revisten el carácter de un mero cliché.

En el caso colombiano se demostró que los pueblos indígenas no son sólo titulares de los derechos humanos individuales universales presentes en la Constitución y en los convenios internacionales, sino que lo son también de un catálogo de derechos humanos colectivos. Estos derechos han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de forma coherente.

Los derechos humanos colectivos de los que gozan los pueblos indígenas en Colombia cumplen con las cinco categorías de derechos reconocidas por normas especiales de derecho internacional, y por la doctrina, a saber: 1) la libre determinación y autonomía gubernativa, 2) derechos sobre territorios ancestrales y los recursos presentes en ellos, 3) derechos de participación y consulta pública, 4) integridad cultural; y 5) derecho a la no discriminación.

El fortalecimiento constante del derecho a la consulta previa ha permitido además que los pueblos indígenas se conviertan en actores políticos. La Corte ha sido explícita en recordar a los colombianos que se trata de una medida de acción afirmativa, elevada al rango de un derecho fundamental, que busca garantizar que la protección de la multiculturalidad en Colombia no se quede simplemente en una declaración romántica escrita en la Constitución. Alrededor de veinticinco años después de la expedición de la constitución, es posible afirmar que el país sí ha respondido y actuado, por lo menos en las altas esferas judiciales, de forma coherente con sus mandatos de multiculturalismo y pluralismo jurídico.

Referencias

Artículos

- Anaya, S.J. y Grossman, C. (2002). «The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A Step in the International Law of Indigenous Peoples», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19(1), pp 1-15.
- Aponte Miranda, L. (2006-2007). «The U'wa and Occidental Petroleum: Searching for Corporate Accountability in Violations of Indigenous Land Rights», *American Indian Law Review*, 31(2, Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law), pp. 651-673.
- Campese, J. & Guignier, A. (2007). «Human Rights—A Brief Introduction to Key Concepts», *Policy Matters*, 15(Conservation and Human Rights), pp. 10-27.
- Chaves, M. y Zambrano, M. (2006). «From *Blanqueamiento* to *Reindigenización*: Paradoxes of *Mestizaje* and Multiculturalism in Contemporary Colombia», *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe/European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 80(abril), pp. 5-23.
- De Sousa Santos, B. (1987). «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», *Journal of Law and Society*, 14(3), pp. 279-302.
- Hardin, G. (1968). «The Tragedy of the Commons», *Science*, 162(3859), pp. 1243-1242.
- Harvey, N. (2007). «La difícil construcción de la ciudadanía pluriétnica: el zapatismo en el contexto latinoamericano», *Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos*, V(001), pp. 9-23.
- Kymlicka, W. (2008). «The Internationalization of Minority Rights», *International Journal of Constitutional Law*, 6(1), pp. 1-32.
- Lee, T. (2008). «Conflicts and Dialogues Among Technological, Ecological, and Indigenous Paradigms in a Globalized Modernity: A Case Study of the U'wa Peoples» Struggle Against Oil Development in Colombia», *Bulletin of Science, Technology & Society*.
- Lemaitre, J. (2008). «Legal Fetishism: Law, Violence, and Social Movements in Colombia», *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, 77(1), pp. 331-344.

- Maya Aguirre, A.L. (2009). «El derecho a la consulta previa en las decisiones de la Organización Internacional del Trabajo contra el Estado colombiano», *El Otro Derecho*, 40, pp. 75-95.
- Mitnick, E.J. (2000). «Constitutive Rights» *Oxford Journal of Legal Studies*, 20(2), pp. 185-204.
- Newman, D.G. (2004). «Collective Interests and Collective Rights», *The American Journal of Jurisprudence*, 49, pp. 127-163.
- Newman, D.G. (2006-2007). «Theorizing Collective Indigenous Rights», *American Indian Law Review*, 31(2, Symposium: Lands, Liberties, and Legacies: Indigenous Peoples and International Law), pp. 273-289.
- Morel, C. (2010). «Conservation and Indigenous People's Rights: Must One Necessarily Come at the Expense of the Other?» *Policy Matters*, 17(Exploring the Right to Diversity in Conservation Law, Policy, and Practice), pp. 174-181.
- Padilla, G. (1996). «La ley y los pueblos indígenas en Colombia» *Journal of Latin American Anthropology*, 1(2), 78-97.
- Schmidt, P.M. y Peterson, M.J. (2009). «Biodiversity Conservation and Indigenous Land Management in the Era of Self-Determination», *Conservation Biology*, 23(6), pp. 1458-1466.
- Sieder, R. (2007). «The Judiciary and Indigenous Rights in Guatemala», *International Journal of Constitutional Law*, 5(2), pp. 211-241.
- Stone, C.D. (1972). «Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects» *Southern California Law Review*, 45, pp. 450-501.
- Tennant, C. (1994). Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993. *Human Rights Quarterly*, 16, 1-57.
- Young, I.M. (1990). «Thoughts on Multicultural Dialogue», *Ethnicities*, 1(1), pp. 116-122.

Libros

- Anaya, S. J. (2004). *Indigenous Peoples in International Law* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Borrini-Feyerabend, G., Kothari, A., & Oviedo, G. (2004). *Indigenous and Local Communities and Protected Areas: Towards Equity and Enhanced Conservation-Guidance on Policy and Practice for Co-Managed Protected Areas and Community Conserved Areas*. Gland: IUCN.
- De Sousa Santos, B., & García Villegas, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- De Sousa Santos, B. (2001). El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena. En B. de Sousa Santos & M. García Villegas (Eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- García Amado, J. A. (2001). Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras. In F. J. Ansuátegui Roig (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos* (pp. 177). Madrid: Dykinson S.L.
- Hart, H.L.A. (1984). «Are There Any Natural Rights?», en: Waldron, J. (ed), *Theories of Rights* (1984) 77.
- Horkheimer, M., & Adorno, T. W. (2002). *Dialectic of Enlightenment: Philosophical Fragments* (E. Jephcott, Trans.). Stanford: Stanford University Press.
- López Bárcenas, F. (2006). Autonomías indígenas en América: De la demanda de reconocimiento a su construcción. In M. Berraondo (Ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 423). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Stavenhagen, R. (2002). Indigenous Peoples and the State in Latin America: An Ongoing Debate. In R. Sieder (Ed.), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy* (pp. 24). New York: Palgrave Macmillan.
- Rodríguez Garavito, C. A., Alfonso Sierra, T., & Cavelier Adarve, I. (2009). *El desplazamiento afro: tierra, violencia y derechos de las comunidades negras en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS, Ediciones Uniandes.

- Rodríguez-Piñero Royo, L. (2006). El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas. In M. Berraondo (Ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 153). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Ostrom, E. (1990). *Governing the Commons-The Evolution of Institutions for Collective Action*. New York: Cambridge University Press.
- Van Cott, D.L. (2002) «Constitutional Reform in the Andes: Redefining Indigenous-State Relations In R. Sieder (ed), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, pp. 45. New York, Palgrave Macmillan.
- Xanthaki, A. (2011). The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and Collective Rights: What's the Future for Indigenous Women? In S. Allen & A. Xanthaki (Eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (pp. 413). Portland: Hart Publishing.

Jurisprudencia nacional e internacional

- Corte Constitucional, Sentencia T-257/1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional, Sentencia T-380/1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional, Sentencia T-405/1993 (M.P. Hernando Herrera Vergara).
- Corte Constitucional, Sentencia T-254/1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional, Sentencia C139/1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional, Sentencia T-349/1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional, Sentencia SU-039/1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).
- Corte Constitucional, Sentencia SU-510/1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional, Sentencia C-891/2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería).
- Corte Constitucional, Sentencia SU-383/2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).
- Corte Constitucional, Sentencia T-382/2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).
- Corte Constitucional, Sentencia C-030/2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).
- Corte Constitucional, Sentencia C-461/2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
- Corte Constitucional, Sentencia C-175/2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Centre for Minority Rights Development and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v Kenya (Communication) (African Commission on Human and Peoples' Rights, Case No 276/2003 («*Caso Endorois*»)).

Mayagna (Sumo) Community of Awas Tingni v Nicaragua (Judgement) (Inter-American Court of Human Rights, Case No Ser C, No 79, 31 August 2001) («*Caso Awas Tingni*»).

Legislación nacional e internacional

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución de 1896 (revocada).

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

Constitución del Ecuador de 2008.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 15 UNTS 40 (entrada en vigencia en abril de 1919).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 21 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123 (entrada en vigencia el 18 de julio de 1978) («*Pacto de San José*».)

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial suscrita el 21 de diciembre de 1965, 660 UNTS 195 (entrada en vigencia el 4 de enero de 1969).

Convenio No. 107 de la Organización Mundial del Trabajo Sobre la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas, Tribales y Semitribales en Países Independientes, suscrito el 26 de junio de 1957, 328 UNTS 247 (entrado en vigencia el 6 de febrero de 1959) («*OIT 107*»).

Convenio No. 169 de la Organización Mundial del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, suscrito el 27 de junio de 1989, 28 ILM 1358 (entrado en vigencia el 5 de septiembre de 1991) («*OIT 169*»).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, UN Doc A/RES/61/295 (13 de septiembre de 2007) («*Declaración DPI*»).

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas, GA res 47/135, UN GAOR, Supp No 49, UN Doc A/47/49 (18 de diciembre de 1992) («*Declaración sobre minorías*»).

Decreto 2591 de 1991 Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

Ley 21 de 1991, Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

Ley 70 de 1993 Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.

Ley 1021 de 2006 Por la cual se expide la Ley general forestal (inexequible).

Ley 1482 de 2011 Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.

Native Title Act 1993 (Cth) s 223(1).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 16 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171 (entrado en vigencia el 23 de marzo de 1976).

Otros

ACAIFI & Fundación Gaia Amazonas (2010). Postulación del conocimiento tradicional para el manejo del mundo de los grupos indígenas de río Pirá Paraná «Hee Yaia-Kubua Baseri Keti Oka». *Inclusión en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural de la Nación.*

CEACR (2007). Observación Individual del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 Colombia (ratificación 1991).

Jenny Macklin MP Minister for Families, Housing, Community Services and Indigenous Affairs (2009). Statement on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Speech delivered at the Parliament House, Canberra, 3 April 2009.

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas <<http://undesadspd.org/Default.aspx?alias=undesadspd.org/indigenouses>>.

- Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE*, «Boletín - Censo General 2005, Perfil Nacional» <http://www.dane.gov.co/files/censo2005/PERFIL_PDF_CG2005/00000T7T000.PDF>,
- Department of Economic and Social Affairs, Division for Social Policy and Development and Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues, *State of the World's Indigenous Peoples*, UN Doc ST/ESA/328 (December 2009).
- José R. Martínez Cobo, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, informe final que presenta el relator especial*, 36 sess, Agenda Item 11, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8 (30 de septiembre de 1983),
- Ministerio de Cultura de Colombia, «Nomination of the Traditional Knowledge for the Management of the World of the Indigenous Groups of the Pirá Paraná River, Hee Yaia-Kubua Baseri Keti Oka for Inscription on the Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity in 2011» (Nomination File No 00574, Unesco-Intangible Cultural Heritage, November 2011), disponible en <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?RL=00574>>,
- Manuel Rodríguez Becerra, «Ley forestal y campeonato ambiental» *El Tiempo* (Bogotá), 29 January 2008 <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2809343>>.
- Grupo de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (G.-DIP), «¿Por qué se cayó la Ley Forestal?» *Semana* (Bogotá), 8 February 2008 <<http://www.semana.com/on-line/articulo/por-que-cayo-ley-forestal/90896-3>>,
- Esther Sánchez Botero, *Los Pueblos Indígenas en Colombia-Derechos, Políticas y Desafíos* (UNICEF, Oficina de Área para Colombia y Venezuela, 2003).

02

Colisión de derechos grupales y derechos individuales. Estudios de caso*

Jorge Andrés Illera Cajiao

Universidad Icesi | jaillera@icesi.edu.co

Yesid Echeverry Enciso

Universidad Icesi | yecheverry@icesi.edu.co

* Fue publicado originalmente en la Revista *Conflicto & Sociedad*, núm. 2 de 2013. Recuperado de <http://goo.gl/0pJ9BO>, y se reproduce con la autorización de la revista *Conflicto & Sociedad* y de los autores.

En el presente trabajo se hará una presentación de cuatro casos en los que directa o indirectamente los derechos colectivos fundamentales de comunidades indígenas han colisionado con derechos fundamentales individuales de integrantes de las mismas y que fueron resueltos por nuestra Corte Constitucional privilegiando los primeros, especialmente el de la integridad étnica y cultural; posición jurisprudencial que, hasta el momento, se mantiene incólume.

Los conflictos están relacionados con la libertad religiosa y de culto de los individuos que pertenecen a las comunidades¹ indígenas reconocidas y protegidas por la Carta de 1991, a favor de quienes también se consagran acciones afirmativas reflejadas en derechos fundamentales, ya no individuales sino colectivos. En otras palabras, los conflictos surgen cuando un miembro de una comunidad étnica decide apartarse del culto profesado por su comunidad para adherirse a otro que no tiene su génesis en ella, argumentando el derecho a la libertad religiosa o de culto. En esta media, es necesario advertir al lector que las comunidades indígenas, para el caso colombiano, han venido siendo objeto de una serie de incursiones de misioneros que intentan *evangelizar* o ganar adeptos para sus doctrinas desestabilizando las creencias, usos y costumbres de la comunidad.

En este sentido, el debate se presenta entre los derechos individuales consagrados por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, de raigambre liberal, frente a los derechos fundamentales colectivos de los grupos minoritarios, especialmente el derecho a la diversidad étnica y cultural, que se ve seriamente afectada por el alejamiento de sus miembros de prácticas y rituales que mantienen y perpetúan los lazos sociales y la identidad del grupo.

Enunciado el problema, se aclara que metodológicamente, se desarrollará el tema de la siguiente manera: En principio, se hará una presentación muy general de nuestro esquema constitucional, específicamente el reconocimiento de derechos individuales y colectivos fundamentales, aunado a esto se tocará, sumariamente, el principio de dignidad humana como esquema fundante del sistema jurídico. En segundo lugar, se procederá a realizar una breve descripción

1. La Constitución Política de Colombia en su articulado no utiliza una sola forma de expresión para referirse a todas aquellas personas, que desde tiempos ancestrales, han ocupado nuestro territorio y conforman una comunidad étnica indígena; al respecto podemos encontrar expresiones como: comunidades, resguardos, territorios, pueblos.

de conflictos o tensiones que surgen en el contexto del multiculturalismo, ante las comunidades indígenas en su variante del derecho a la integridad étnica y cultural reconocido por la Constitución presentación de casos relacionados con libertades y derechos religiosos y de culto. En tercer lugar, se problematizará la siguiente tesis: en el caso indígena y específicamente en materia religiosa, la Corte Constitucional da prioridad a los derechos colectivos sobre los derechos individuales, creando un precedente que puede ser interpretado de la siguiente manera: en Colombia todas las personas tienen libertad religiosa y de culto, sin embargo, aquellos indígenas que hagan parte de una comunidad cuyos nexos políticos y religiosos confluyan y estén estrechamente ligados, deben aceptar la religión tradicional so pena de atentar contra la integridad étnica y cultural de su grupo, siempre y cuando dichas prácticas interfieran de manera directa con los usos y tradiciones de la comunidad.

En este sentido, se debe proteger a dichas comunidades de las intervenciones de misioneros o agentes religiosos foráneos que pretendan ganar adeptos en tales comunidades, propiciando otras prácticas religiosas, pues de lo contrario, se vería seriamente afectada la existencia de la comunidad en lo que toca con sus valores, prácticas, rituales, tradiciones y demás elementos identitarios que, de no encontrar protección, conllevarían a la desaparición de la comunidad indígena. Esta tesis puede ser interpretada como una vulneración de la dignidad humana al negarse la libre elección del individuo para profesar el culto que a bien tenga a favor del colectivo, dado que puede entenderse como la instrumentalización de la persona a favor del todo a pesar de la insistencia en el carácter antropocéntrico de la carta fundamental.

Planteado así el problema entre derechos individuales versus derechos fundamentales colectivos, no es extraño encontrar acérrimos defensores de una posición claramente liberal que privilegia la acción individual y postula la no intervención del Estado en aspectos culturales, dejándole esa decisión al individuo, sin embargo, es de advertir que dicha corriente encuentra sus más grandes opositores en los denominados Comunitaristas. Como corriente de pensamiento, el comunitarismo tuvo sus orígenes en la década de los ochentas, entrando rápidamente en polémica con el liberalismo en general y con el liberalismo igualitario en particular. Los pensadores de esta corriente expresaban diversas opiniones, pero con el tiempo terminarían por ser vistos como un bloque, entre ellos: Charles Taylor, Michael Sandel, Alasdair Ma-

MacIntyre y Michael Walzer. A diferencia del liberalismo, los comunitaristas, en menor o mayor medida, enfatizaron en la identidad del sujeto como esencial y radicalmente marcada por la pertenencia a ciertos grupos. Para ellos, a los sujetos los definen ciertas prácticas comunitarias, de tal forma que los vínculos que necesariamente establecen los sujetos en su desarrollo, son considerados como valiosos y esenciales para definirlos. A grandes rasgos, dentro del comunitarismo, se pueden distinguir dos vertientes: *comunitarismo orgánico* (MacIntyre y Sandel) y *comunitarismo estructural* (Walzer y Taylor). El *comunitarismo orgánico* hace referencia a un *comunitarismo en sentido fuerte* que reivindica un cierto modelo de comunidad sustraído a la historia y que se habría olvidado en la modernidad de las sociedades liberales. Por su parte, el *comunitarismo estructural* se refiere a un *comunitarismo más débil o relativo* que, en principio, únicamente reivindica la presencia dentro del marco político, moral y jurídico de algunos elementos básicos de definición que habrían sido censurados, entre los que ocuparían el lugar esencial la comunidad y la cultura tradicional, por lo que no llega a establecer de una forma cerrada cuál es esa comunidad, ni el alcance de su superioridad moral. (Al respecto véase: Echeverry y Jaramillo, 2006)

Como se verá a continuación, al resolver el conflicto en el escenario constitucional planteado líneas atrás, nuestra Corte Constitucional ha acogido una tesis comunitarista, en la medida que da preponderancia a los elementos culturales esenciales por encima de las libertades individuales de las personas, específicamente la libertad religiosa o de culto cede ante el derecho fundamental a la existencia étnica y cultural de las comunidades indígenas.

Reconocimiento constitucional de la libertad religiosa y de culto y derechos colectivos de minorías étnicas

El sistema normativo colombiano funciona dentro del marco de un Estado Social de Derecho forjado sobre estructuras democráticas que reconocen y protegen la diversidad étnica y cultural de determinados grupos que habitan nuestro territorio, consagrando en su favor, derechos específicos que buscan salvaguardar sus particulares formas de vida, creencias, costumbres y tradiciones,

todo lo cual ha generado conflictos y tensiones² entre derechos individuales y colectivos. Dichos conflictos han sido resueltos por nuestra Corte Constitucional a través de la aplicación de principios y reglas que informan nuestro ordenamiento y que se nutren a su vez de argumentos diversos relacionados con la filosofía del derecho.

Para tal efecto y en aras de ofrecer una mejor comprensión del problema que más adelante se expone, se presentará el marco normativo constitucional que reconoce³ algunos derechos y libertades a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional, *verbi gratia* la libertad de expresión, conciencia y, especialmente, religión y culto. De igual manera, se presentará el marco normativo constitucional que protege y reconoce derechos a las comunidades indígenas, ya no como la suma de individuos sino como un ente colectivo con derechos propios diferentes a los de sus integrantes. Ejemplo de lo anterior lo constituye el derecho a la subsistencia e integridad étnica y cultural de la comunidad, propiedad colectiva de sus tierras y participación en la toma de decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.

El citado marco Normativo Constitucional que reconoce derechos y libertades individuales a todas las personas que habitan el territorio colombiano como límite al poder y cuya promoción y protección queda a cargo del Estado,

2. «Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que estos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una «ética universal». Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales». Sentencia T-254 de 1994 «5.1. El artículo 246 de la Constitución, al referirse a los elementos de la jurisdicción especial indígena, prevé una tensión entre las normas y procedimientos propios de las comunidades indígenas, que son desarrollo del principio de la diversidad étnica y cultural de la nación, y los límites trazados por la Constitución y la ley, dirigidos a la consecución del fin del Estado referente al aseguramiento de la unidad nacional» Sentencia T-811 de 2004.

3. Debe tenerse en cuenta también que el Estado colombiano se rige por un modelo de Estado de Derecho donde el poder crea y produce derecho, pero al mismo tiempo ese derecho regula, racionaliza, pausa y limita el ejercicio del poder. El poder genera derecho, crea normas pero a la vez ese poder se ejerce en el marco de las normas.

esta contenido principalmente y para los efectos de este escrito en los artículos 1º, 2º, 5º, 13, 16, 18, 19, 20 y 27 de la carta fundamental. También tenemos un marco normativo constitucional que confluye en la protección ya no de derechos individuales sino de derechos colectivos que buscan favorecer a las minorías étnicas en Colombia y es el contenido en los artículos 7º, 8º, 10º, 70, 72, 286, 329 y 330, ampliados, complementados y desarrollados a su vez por nuestra jurisprudencia constitucional.

La lectura del marco normativo antes citado deja entrever la existencia en el ordenamiento jurídico de unos derechos fundamentales individuales resistentes a la intromisión del poder de los grupos y que gozan con igual rango constitucional de un mecanismo especial de protección denominado «Acción de Tutela».

El eje moral positivizado mediante cláusula abierta sobre el cual giran los derechos fundamentales objeto de reconocimiento por las disposiciones normativas antes mencionadas lo constituye, entre otros, el principio de dignidad humana, que reconoce al hombre en virtud de su racionalidad como un ser superior y como un fin en sí mismo, dando lugar al primer fundamento para castigar cualquier actuación que ponga a la persona humana en una situación de inferioridad o como mero instrumento al servicio de un fin, pues ello conllevaría la reificación del hombre y su desnaturalización como ser autónomo y racional, capaz de crear su propia idea del bien y de seguir sus convicciones.

Sin embargo, dicho sea de paso, la Constitución Política de Colombia no solo reconoce derechos individuales, sino que también y conforme lo ha determinado la Corte Constitucional Colombiana, consagra derechos colectivos con la característica de *fundamentales*, es decir con la misma importancia de los individuales, todo lo cual crea una tensión entre los derechos derivados de la diferencia cultural y la autonomía política representada en los derechos de autogobierno reconocidos a las comunidades indígenas, por un lado, y los derivados de la unidad cultural, jurídica y política de nuestra nación por el otro (Bonilla Maldonado, 2004 : 47), generándose choques y diferencias frente a la interpretación del concepto de dignidad humana (en función del individuo y en contra del Estado y los grupos).

Dicha tensión se vuelve más compleja cuando tenemos en cuenta que si bien la Constitución Política de 1991 reconoce expresamente derechos y libertades a todas las personas, en aras de proteger y promover la subsistencia de minorías

étnicas, especialmente las comunidades indígenas, hace prevalecer los derechos de un grupo sobre los derechos fundamentales e individuales de los miembros que lo conforman cuando estos entran en pugna.

Al respecto y centrándonos en el tema objeto del presente estudio, la Corte Constitucional Colombiana en aras de favorecer la efectiva protección del derecho fundamental colectivo a la integridad étnica y cultural de las poblaciones indígenas en Colombia se ha pronunciado en contra del derecho a la libertad de culto de diferentes comunidades cristianas⁴, favoreciendo en contraposición el derecho de poblaciones indígenas, al no permitirles el ingreso a sus territorios por la no compatibilidad de ideologías religiosas (Ver sentencias T-257 de 1993, SU518 de 1998, T-1022 de 2001 y T-349 de 2008). interesa destacar en este aparte, que dicho conflicto se presentó de manera directa y en materia de libertad religiosa y de culto en los años 1997 y 2007, ya no solamente frente a individuos externos a la comunidad indígena, sino también frente a treinta y uno (31) de sus miembros (Arahuacos) que voluntariamente se apartaron de la ideología religiosa seguida por su comunidad y acogieron la que profesa la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia.

A continuación se presentarán los cuatro casos que hasta la fecha ha conocido la jurisprudencia constitucional:

Presentación de casos

Libertad Religiosa y de Culto. Sentencias T-257 de 1993, SU-510 de 1998, T-1022 de 2001 y T-349 de 2008.

Sentencia T-257 de 1993

En esta sentencia, la Corte Constitucional Colombiana resuelve una acción de tutela interpuesta por la asociación evangélica denominada «Nuevas Tribus de Colombia» a quien se le negó por parte de la Aeronáutica Civil colombiana y, por solicitud de la comunidad Wanano ubicada en el resguardo indígena del Vaupés, el permiso de operación del aeródromo de Yapima y su pista de

4. Comunidades Cristianas que pretendían evangelizar o desarrollar su labor evangelizadora dentro del territorio de comunidades indígenas.

aterriaje que resultaba necesaria para que pudieran desarrollar su actividad de promulgación y difusión del evangelio entre tribus indígenas del Vaupés. La asociación demandante fundó la acción de tutela entre otros, en los derechos de libertad religiosa y de libre locomoción. Sobre este caso ha de decirse que la Corte no abordó directamente el tema de la libertad religiosa, sino que resolvió el conflicto puesto a su consideración, con fundamento en los derechos de propiedad privada que dicha comunidad indígena tenía sobre los predios donde se hallaba ubicada la pista de aterriaje y que, armonizados con los nuevos derechos de las minorías étnicas consagrados en la Constitución de 1991, les permitían válidamente oponerse a la entrada de extraños a sus territorios, debiendo también advertir que en este primer fallo no se habló del derecho a la integridad étnica y cultural. En otras palabras, la comunidad religiosa pretendía que se le permitiera entrar libremente a los territorios indígenas para profetizar y evangelizar a sus habitantes en la doctrina cristiana bajo el amparo del derecho fundamental a la libertad de culto, pues consideraban que este derecho les confería poder para llegar a todas las almas independientemente de donde se encontraran. La Corte resolvió la controversia restringiendo el acceso a la asociación religiosa, amparando su decisión en el derecho a la propiedad colectiva que sobre las tierras donde estaba ubicado el aeródromo poseían los indígenas y cuyas autoridades autóctonas se oponían a la campaña evangelizadora.

La Corte explicó que:

La porción de terreno ocupada por la pista Yapima es propiedad de la comunidad indígena que la habita, puesto que mediante Resolución del Incora, fue constituida en resguardo indígena, por lo que se hace necesario el consentimiento de dicha comunidad a fin de legitimar al interesado para obtener el respectivo permiso de operaciones.

(...).

De lo anterior se desprende que no existe vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de locomoción (art. 24), igualdad (art. 13) y libertad religiosa (art. 19), que considera la Asociación Evangélica Nuevas Tribus de Colombia, les han sido vulnerados por la negativa a otorgarles el permiso definitivo para la operación de la pista Yutica-Yapima, por cuanto la nueva Constitución consagra el derecho de propiedad privada de los indígenas sobre los resguardos. La Corte Constitucional desea enfatizar que lo anterior es sin perjuicio de la libertad de toda comunidad religiosa de expandir su mensaje a quien quiera recibirlo.

En este primer antecedente, debe resaltarse, también, que no se invocaba o demandaba la protección de derecho alguno de los integrantes de la comunidad indígena, por el contrario, se trataba de derechos de un extraño a la misma, razón por la cual no se discutirá dicho fallo en este escrito.

Sentencia SU-510 de 1998⁵

La renuncia a la ideología religiosa que de acuerdo a los usos y costumbres hacía parte de la tradición cultural de la comunidad indígena de los «Arahuacos» generó una grave tensión, entre las libertades individuales de varios de sus individuos y el derecho colectivo a la integridad étnica y cultural, razón por la cual, treinta y un (31) miembros de la mencionada comunidad en compañía y con la asesoría de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC), presentaron demanda en acción de tutela en contra de las autoridades de la comunidad para hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, a la libertad religiosa y de culto, a la libertad de expresión y a la libertad personal, entre otros. Esta controversia tuvo lugar en la zona oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta.

La vulneración a dichos derechos, al decir de los accionantes, se venía dando en un periodo aproximadamente de 15 años y consistía concretamente en que: «(...) las autoridades tradicionales han decidido impedir, dentro del resguardo, la práctica colectiva del culto evangélico; el proselitismo dirigido a obtener las adhesiones de nuevos miembros a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia; el ingreso del pastor foráneo o *civil*⁶ a territorio indígena; y, la construcción de templos evangélicos».

5. Las sentencias de tutela que llegan a la Corte Constitucional para su eventual revisión son decididas en sala de tres magistrados (son 9 en total), pero cuando se advierte la conveniencia de unificar criterios sobre un asunto que ha sido fallado de diversas maneras por las salas o de resolver un problema de gran trascendencia, los magistrados en sala plena (presencia de todos los integrantes de la corporación) se reúnen y entre todos adoptan una sola decisión que deberá ser acogida en casos similares que se presenten con posterioridad. A este tipo de sentencias se les denomina *Sentencias de Unificación* y se hace referencia a ellas bajo la sigla *SU*. Las demás sentencias de la Corte en materia de revisión de tutelas se las conoce como tipo *T*.

6. Los *Ikas* o Arhuacos utilizan, entre otros, el término *civil* para referirse a las personas que no pertenecen a su comunidad. En otras ocasiones, se refieren, por ejemplo, a los *hermanitos menores* a quienes tienen que proteger de su propia autodestrucción.

Adicionalmente, los integrantes de la citada iglesia y que a su vez hacen parte del pueblo arahuaco, alegaron que se les había prohibido la salida colectiva del resguardo cuando ella tenía la finalidad de practicar el culto evangélico; que los discriminaban a la hora de efectuar la distribución de bienes escasos (como la tierra) y servicios (como la salud o la educación), pese a que ellos también eran indígenas y, que eran objeto de severos castigos (encerrados en lugares oscuros sin comida y sin alimento; colgados de los brazos durante horas; obligados a arrodillarse sobre piedras; etc.) por el solo hecho de pertenecer a la mencionada congregación religiosa (Ver Sentencia SU-518 de 1998).

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte demandante solicitó a la justicia constitucional⁷ amparara a los miembros indígenas de la IPUC el derecho a la práctica de su culto religioso en condiciones de libertad, «sin temor alguno a ser maltratados o castigados por ese hecho».

Por su parte la comunidad indígena arahuaca, representada por sus autoridades, replicó que:

(...)las prácticas religiosas adelantadas por los miembros de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia dentro del resguardo, amenazan la existencia misma del pueblo Arahuaco y, en consecuencia, su derecho fundamental a la integridad, identidad y diversidad cultural. Alegan que las restricciones a las que han sometido a sus *compañeros evangélicos* se encuentran plenamente legitimadas por la *Ley de Origen*, y que, adicionalmente, están amparadas en las normas constitucionales que protegen la cultura indígena y que les confieren un alto grado de autonomía para definir sus propias reglas conforme a sus creencias y valores. Sin embargo, indican que no rechazan a los miembros de la comunidad que han *caído* en el evangelio, y que no los castigan por el mero hecho de predicar otra religión, sino por incumplir las normas de convivencia de la colectividad. Adicionalmente, sostiene que quienes vivan en territorio arahuaco, deben obedecer las normas propias de convivencia y respetar a las autoridades tradicionales.

7. En Colombia la jurisdicción constitucional está conformada por todos los jueces en materia de acción de tutela y tiene como órgano de cierre la Corte Constitucional que tiene entre otras, la función de revisar eventualmente las sentencias de tutela que hayan proferido los jueces de la república con la finalidad de unificar criterios acerca de la resolución de casos relacionados con la afectación de derechos fundamentales, así como el sentar las bases jurisprudenciales y de doctrina constitucional que permita el manejo e interpretación homogéneos de los derechos fundamentales en Colombia. No es una tercera instancia dado que no revisa la totalidad de las sentencias de tutela de los jueces del país sino tan solo las que a su discreción considere conveniente resolver.

Este conflicto presentado en el año 1997 enfrentó directamente derechos individuales y colectivos fundamentales, todos reconocidos en la Constitución Política y obligó a tomar una importante decisión en materia de conflicto entre derechos liberales y derechos comunitarios (por decirlo en términos multiculturalistas), que resulta fundamental al momento de analizar nuestro objeto de estudio, de ahí que dediquemos gran parte del texto a este pronunciamiento jurisprudencial.

En la mencionada sentencia, acudiendo a aspectos metodológicos, la Corte formuló el siguiente problema jurídico para resolver el asunto planteado: «¿las autoridades tradicionales de un pueblo indígena se encuentran autorizadas para restringir la libertad de cultos de sus miembros a fin de mantener la diversidad e integridad de su cultura?».

Para resolver este interrogante la Corte manifestó que:

«(...)los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Ciertamente, cada comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos (C.P., art. 88) (Véanse las sentencias T-380 de 1993 y T-001 de 1994)».

Expuesto el criterio de diferenciación entre el individuo como sujeto de derechos y la comunidad étnica en la misma calidad, la Corte advierte, para preservar la diversidad étnica y cultural reconocida en el artículo 7º de la Constitución, que ha de preferirse el principio de maximización de la autonomía indígena a fin de no convertir en pura retórica el mandato constitucional de autonomía que les ha sido reconocido como comunidad étnica⁸. Aunado a lo anterior, el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas no es solo un propósito nacional y constitucionalmente avalado, pues existen tratados internacionales reconocidos por Colombia que autorizan la prioridad de la comunidad sobre

8. Ya había explicado la Corte Constitucional en Sentencia T-254 de 1994, que las disposiciones constitucionales que permiten derivar la afirmación planteada resultan complementadas por los artículos 8º y 9º del Convenio N° 169 de la OIT. (Ley 21 de 1991), conforme a los cuales los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar y a conservar sus usos y costumbres, «siempre que estos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».

ciertos requisitos o exigencias individuales de los miembros de la comunidad (Al respecto, véase Sentencia T-349 de 1996).

Adicionalmente, la Corte explicó que:

«Con mayor razón debe preservarse en favor de la comunidad indígena, caracterizada externamente por la preponderancia que en ella tiene el factor religioso, su condición de sujeto que ha efectuado y mantenido históricamente una determinada forma de espiritualidad. El pueblo indígena, desde este punto de vista, tiene su anclaje directo en una visión religiosa. Sus autoridades, por definición llamadas a secundar las creencias del grupo, no estarían obligadas a garantizar la libertad general de elección religiosa. La correcta interpretación del principio de protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, impide asignar a las autoridades de un grupo indígena portador de arraigadas creencias religiosas, la tarea de obrar como órgano garante de la apertura religiosa de la respectiva comunidad.(...) Desde el punto de vista externo, las conductas examinadas, podrían catalogarse como violatorias de la libertad religiosa. En cambio, desde el punto de vista interno de la comunidad, tienen un significado cultural plenamente comprensible como acciones dirigidas a compensar un desequilibrio causado en el mundo y que debe subsanarse de una determinada manera. (...) La militancia o el proselitismo de otras religiones, dentro de territorio arhuaco, independientemente de que se realice por miembros de la comunidad o por terceros, pertenece a un género de conductas que por atentar contra el núcleo de las creencias de la comunidad, pueden ser objeto de serias limitaciones por parte de las autoridades internas. La comunidad indígena, resguardada bajo el principio de la diversidad cultural, puede autónomamente controlar su grado de apertura externa. Si le fuera dado a los jueces de tutela, haciendo caso omiso de la legítima pretensión de defender la propia identidad cultural, garantizar a terceros las acciones de proselitismo en territorio arhuaco, se habría patentado la forma más eficaz y rápida para poner término a esta cultura milenaria. De otro lado, reconocida la diferencia cultural por la Constitución, la decisión sobre la oportunidad y la extensión de los contactos culturales cuyos efectos pueden tener un impacto notable dentro de la comunidad, no se libra al azar o se asigna a las autoridades del Estado nacional, sino que ella se integra al haz de funciones autónomas que solo cabe tomar al pueblo indígena concernido».

La posición de la Corte da entonces una mayor importancia a los derechos fundamentales colectivos que protegen la existencia de las comunidades ancestrales respetando su autonomía, su diversidad étnica y cultural, pues si se impidiera la aplicación de mecanismos de cierre frente a las incursiones foráneas equivaldría a facilitar los procesos de transculturación y pérdida de la identidad cultural, requisito indispensable para que puedan existir como comunidad.

De otra parte, la Sentencia SU-510 de 1998 que generó tan importante debate hace ya casi 14 años, es todavía objeto de discusión en materia de protección de derechos fundamentales reconocidos y amparados a todos los colombianos en la Constitución Política de Colombia de 1991, constituyendo el antecedente jurisprudencial más importante, dado que no solo consolidó la posición de la Corte, sino que hoy día sigue siendo el precedente directamente aplicable ante cualquier caso que enfrente derechos colectivos fundamentales de comunidades indígenas e individuales de sus miembros (específicamente en lo que tiene que ver con libertades religiosas y de culto)⁹.

Sentencia T-1022 de 2001

En ejercicio de la autonomía y respeto de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, el Gobernador del Cabildo Indígena Yanacona de Caquiona en el municipio de Almaguer, departamento del Cauca, impidió en el año 2000 a un pastor de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia pregonar su religión y en general cualquier otra distinta a la católica¹⁰.

Al desconocer la orden dada por el Gobernador, el pastor fue detenido¹¹ y mantenido en un calabozo durante 16 horas junto con otros miembros de la comunidad indígena prohibiéndole al primero «el regreso al resguardo indígena

9. Dicho precedente fue ratificado en la Sentencia T-349 de 2008.

10. «Está probado dentro del proceso que la comunidad Yanacona del resguardo de Caquiona en el Cauca, profesa y acepta la religión católica como parte de su identidad cultural, pese a que esta religión fue impuesta mediante la colonización española. Creencia que a la vez ha obrado como una fuerza aceptada como propia dentro del proceso de reestructuración y movilidad de dicha comunidad». Ver Sentencia T-1022 de 2001.

11. «Está probado en el proceso que el demandante Anama Ramírez conocía el procedimiento y se sujetó a él, pero al no favorecerlo la decisión, hizo caso omiso al sentir de la mayoría de la comunidad, expresado a través de las autoridades indígenas(...) no solamente se atentó contra el derecho a no ser molestados que tienen los habitantes que no profesan el culto evangélico, sino que se ejercitó la mencionada práctica religiosa como un reto, como un desafío a la decisión de la autoridad tradicional, la cual solamente actuó cuando la prolongación *en el tiempo de la perturbación y las reiteradas manifestaciones de burla hicieron intolerable tal comportamiento, desembocando en la sanción de expulsión de los territorios del resguardo*» *Ibidem*.

para continuar con el ejercicio de pastor y se les prohíbe a los demás miembros de la comunidad escoger libremente su religión»¹².

La respuesta a la acción de tutela por parte del Gobernador del Cabildo Caquiona explicó que la adopción de las citadas medidas se debió a que la religión profesada por el citado pastor «ha contribuido a enfrentamientos entre los católicos y los evangélicos, atentando contra los usos, costumbres y tradiciones propias de la comunidad»¹³, generando además el incumplimiento de deberes propios por parte de sus miembros¹⁴.

Huelga destacar que la demanda de tutela fue presentada por el pastor pentecostal como persona externa a la comunidad indígena, pero incluyendo en su relación fáctica hechos que involucraban límites al ejercicio de la actividad religiosa y de culto de miembros de la Comunidad Yanacona y que fueron posteriormente confirmados a partir de declaraciones extrajudiciales allegadas con la tutela, acompañada de otras ordenadas por la misma Corte Constitucional.

Antes de decidir de fondo el asunto puesto a consideración de la Corte, dicha corporación precisó la tensión de derechos así:

Mientras que los declarantes que se encuentran vinculados a la Iglesia Pentecostal Unidad de Colombia (IPUC), señalan que las autoridades indígenas del Cabildo de Caquiona han hecho uso desproporcionado de la fuerza en su contra impidiéndoles injustificadamente realizar manifestaciones religiosas dentro del territorio del resguardo; el Gobernador, así como otras autoridades indígenas justifican sus acciones

12. Hecho citado en la Sentencia T-1022 de 2001.

13. *Ibidem*.

14. «De acuerdo con lo manifestado por el señor Everth Quinayas en su escrito de impugnación, la introducción del culto evangélico de la IPUC ha creado conflictos más o menos graves dentro de la comunidad indígena. El primero, la perturbación de la tranquilidad por contaminación auditiva de la zona en la cual se lleva a cabo el culto, mediante altavoces y amplificadores que impiden el sueño de los habitantes de la zona que no participan del mencionado acto. El segundo, el fenómeno de descomposición social que implica por cuanto los indígenas que profesan el credo de la IPUC se niegan a cumplir con las labores de vigilancia y trabajo comunitario establecidos por la comunidad, mostrando una clara contienda frente a quienes profesan la religión católica, la cual ha sido aceptada de manera mayoritaria por los lugareños, especialmente porque no afecta las decisiones de la comunidad en otros ámbitos». Ver Sentencia T-1022 de 2001.

en la autonomía que tiene la autoridad del Resguardo para impedir que se continúen ejecutando actos que, en su criterio, solamente se encuentran dirigidos a perjudicar su unidad cultural y socio económica»

De manera previa la Corte también explicó que «desde un punto de vista general no es dable afirmar que las raíces y valores que aseguran la permanencia de un pueblo indígena sean fijos y estáticos, debiendo al efecto conservarse este dentro de una urna de cristal para evitar su alteración. Por el contrario, la comunidad indígena debe ser comprendida como la sociedad móvil que permanentemente está experimentando mutaciones más o menos significativas, merced a las fuerzas internas y externas que sobre ella obran»¹⁵, pues de lo contrario, es decir, exigir una especie de puritanismo a la hora de reconocer autonomía y protección a las comunidades indígenas sería como condenarlas al abandono del Estado, dado que sería una injusticia y una desproporción histórica exigirle a las comunidades que para obtener protección deben profesar un culto único y ancestral pasando por encima 500 años de colonización, explotación, mestizaje y aculturación. De allí que el hecho de profesar la religión católica, a pesar de no ser autóctona de la comunidad indígena, no sugiere que por no tener el carácter de puritana y asepsia cultural, le es dable a las demás organizaciones religiosas penetrar válidamente en sus prácticas y tradiciones menoscabando sus cimientos y poniendo en peligro su existencia como comunidad étnica y cultural.

La Corte dio solución a este conflicto citando la Sentencia SU-510 de 1998 y recordó el universalismo relativo que en materia de derechos humanos se reconoce en nuestra constitución y, a partir del cual se construyó también, el *principio de maximización de la autonomía* (Ver Sentencia T349 de 1996), siendo interesante para el objeto del presente estudio, advertir que la Corte reitera la posibilidad de imponer límites a «la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad» (Sentencia T-1022 de 2001).

15. *Ibidem*.

Para la Corte se dan por probados tres aspectos:

- a) No se trata solamente del enfrentamiento religioso, sino de las repercusiones que tal contienda entraña frente a la organización social, política y económica de la comunidad, toda vez que, los indígenas que se han afiliado a la IPUC se oponen al modo de producción comunitaria y a las obligaciones de vigilancia, al propio tiempo que desconocen las tradiciones ancestrales.
- b) Se violan los derechos de los demás miembros de la comunidad al obligarlos a escuchar el culto protestante mediante amplificadores y se desafía las decisiones tomadas por la autoridad tradicional, luego de agotado un proceso.
- c) No se desconoce la libertad de culto a los miembros de la IPUC; simplemente se le advierte a sus correligionarios que el ejercicio de tal libertad se condiciona y desplaza fuera de los linderos del territorio del resguardo».

La Corte reitera la posibilidad de imponer límites a «la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad».

Frente al análisis de estos puntos, la Corte Constitucional explica que la autonomía de las comunidades ha de protegerse cuando los aspectos religiosos inciden de manera directa con los elementos identitarios de la comunidad tales como el trabajo comunitario, la forma de producción, las prácticas sociales y las tradiciones asentadas desde antaño. Luego la prohibición de profesar cultos religiosos que implican el desconocimiento de las autoridades indígenas, la negativa a participar en las actividades y trabajos comunitarios, así como el desconocimiento de algunas tradiciones que constituyen la esencia o marcan la diferencia cultural con otros asentamientos humanos, es legítima en procura de la existencia de la comunidad, máxime cuando dichas religiones o cultos socaban la convivencia pacífica de los miembros de la comunidad indígena. De allí que se permita a las autoridades indígenas tomar las medidas preventivas y correctivas para mantener a la comunidad en su estado normal de convivencia. Ello no implica un absolutismo o un esencialismo, pues se reconoce que los valores, usos y costumbres de los pueblos son dinámicos y abiertos al cambio, pero ello no conlleva un proceso de transculturación en el cual los valores de

la comunidad originaria son desvertebrados y olvidados por la imposición de un modelo religioso que desconoce elementos estructurales de la comunidad.

Por estas razones, la Corte consideró «que existiendo derechos en conflicto, de un lado, el del Cabildo del resguardo indígena de Caquiona que en este caso concreto y enfrentado a otro interés como el de la libertad religiosa, y sopesados ambos valores, se debe dar primacía, en las circunstancias particulares de este caso, a los derechos fundamentales del pueblo Yanacona en cuanto integridad étnica y cultural, y en cuanto propiedad colectiva sobre su resguardo» (Ibídem), para dar prioridad a los elementos que conforman las tradiciones culturales, el respeto de las formas de autogobierno, las instituciones colectivas como el trabajo comunitario y los modelos económicos no necesariamente basados en la acumulación de capitales.

Sentencia T-349 de 2008

Nuevamente la renuncia a la ideología religiosa ancestral por parte de miembros de la comunidad «arhuaca» que habitan la zona oriental y, esta vez también la occidental de la Sierra Nevada de Santa Marta, generó graves tensiones entre las libertades individuales de varios de sus individuos y el derecho colectivo a la integridad étnica y cultural.

En esta ocasión no solo fueron 31, sino 165 indígenas arhuacos los que, optando por la fe cristiana enseñada por la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (con presencia de más de 50 años en la zona), «abandonaron algunas prácticas tradicionales de la comunidad arhuaca», varios de ellos también animados porque se trataba de la religión transmitida por sus padres.

Al igual que en el caso resuelto en la sentencia hito SU-510 de 1998, los demandantes actuando en nombre propio (ya no por intermedio de la citada congregación religiosa), denunciaron que por razones religiosas fueron objeto de fuertes discriminaciones y persecuciones por parte de sus autoridades indígenas, «quienes además les retiraron subsidios de vivienda, restringieron el derecho de poner a producir la tierra, a la salud, prohibieron sacar arena, gravilla y madera, les prohibieron a sus hijos recibir educación por parte de la comunidad, malos tratos y discriminación, generando todo ello un conflicto interno dentro de la comunidad(...) negación del derecho a beneficiarse de partidas que el Estado entrega para el desarrollo la comunidad, y privación de

la libertad por cualquier causa(...)), a tal punto que en el mes de marzo del año 2006, dichas autoridades les advirtieron que «debían abandonar el Resguardo Indígena, lo que produjo un desplazamiento forzado de muchos de ellos, por miedo a ser apresados o torturados por el solo hecho de ser cristianos» (Hecho no presentado en la SU-510 de 1998. Al respecto véanse los hechos de la Sentencia T-349 de 2008).

Nuevamente el argumento esgrimido por los demandantes consistía en que «pese a ser cristianos, también continúan siendo indígenas arhuacos y se identifican con su pueblo y no encuentran justificable tener que abandonar sus familias, su gente y su modo de vida, y tener que adaptarse a otras costumbres y a otro lugar ajeno a sus propias raíces».

Con fundamento a lo anteriormente expuesto la Corte debía estudiar, entre otros, «si los derechos fundamentales de los demandantes a la libertad de cultos, libertad de conciencia, libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la igualdad y a no ser desterrados han sido vulnerados por las autoridades tradicionales del pueblo arhuaco, o si las actitudes de estas últimas, que son tenidas por los actores como desconocimiento de tales derechos, en realidad corresponden a mecanismos legítimos de defensa de su identidad cultural».

Para resolver el asunto puesto a su consideración, la Corte Constitucional reseñó la similitud de los supuestos fácticos objeto de estudio, con los conocidos en la Sentencia SU-510 de 1998, razón por la cual los argumentos y consideraciones expuestos en ella fueron retomados como precedente aplicable. Entre otros aspectos, recordó que las reglas generales establecidas para dirimir los conflictos entre diversidad y unidad, debían entenderse e interpretarse «a la luz de las particularidades de cada caso concreto, según la cultura involucrada, su grado de aislamiento o integración respecto de la sociedad mayoritaria, etc.», así mismo, reiteró que en dicho fallo «había establecido una serie de principios generales de interpretación, fundados en axioma según el cual la diversidad étnica y cultural solo podía ser limitada por normas fundadas en principios de mayor monta. Dichas reglas interpretativas eran las siguientes: (1) a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía y (2) el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituía el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares» (Ver Sentencia T-254 de 1994).

Con fundamento en las anteriores subreglas, la Corte recordó que en la sentencia SU-510 de 1998 se había podido establecer «que los dogmas y

prácticas religiosas de los indígenas arhuacos que habían abrazado la fe de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia contradecían elementos centrales de la cosmovisión arhuaca o ika». Dicha contradicción, fue considerada en su momento como una afectación que «comprometía seriamente la organización político-religiosa de la comunidad, la obediencia y respeto a las autoridades tradicionales y el acatamiento de normas tradicionales de la cultura arhuaca. En este sentido,(...)el ejercicio de la libertad religiosa por parte de los indígenas que habían adoptado la fe cristiana evangélica amenazaba gravemente el derecho fundamental a la integridad cultural de la población arhuaca o ika», dado que eran precisamente esas creencias y tradiciones ancestrales las que daban unidad al grupo, sin que fuere posible para sus autoridades en el ejercicio de sus funciones, delimitar la esfera religiosa de la política¹⁶, además porque si se pretende garantizar la diversidad étnica y cultural a la luz de los postulados constitucionales, al tratarse de creencias religiosas arraigadas, su tarea no se circunscribía al aseguramiento de la apertura religiosa, sino por el contrario a mantener la unidad del grupo¹⁷, fin de acuerdo al cual debían entonces organizar la convivencia del grupo de conformidad con el *credo colectivo*.

Así las cosas, resultaba constitucional que las autoridades arhuacas prohibieran el proselitismo religioso y el culto en lugares públicos, más no en lugares privados «de forma individual o en grupos familiares mas o menos reducidos»,

16. Recordó la Corte que para resolver dicho conflicto en la Sentencia SU-510 de 1998, el problema jurídico a plantearse era si constitucionalmente resultaba válido para las autoridades arhuacas «limitar la libertad religiosa del grupo minoritario en aras de mantener la integridad y diversidad de su cultura», llegando a la conclusión de que dicha comunidad en su conjunto «se integraba en torno de sus creencias religiosas y que ellas le conferían unidad al grupo. Que las autoridades religiosas tenían un campo de acción y de responsabilidades en el que resultaba imposible distinguir la esfera religiosa de la política. Frente a esta realidad, expuso que la aspiración de los demandantes de ejercer y practicar la religión evangélica introducía una tensión intensa difícil de aplacar, pues dado que el mandato que habían recibido las autoridades tradicionales consistía en organizar la convivencia de acuerdo con los mandamientos inscritos en el credo colectivo, no era posible considerar que dichas autoridades tuvieran que garantizar dentro del territorio bajo su jurisdicción las prácticas evangélicas».

17. En este punto recordó la Corte que en Sentencia SU-510 de 1998 se había indicado que «la correcta interpretación del principio de protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, impide asignar a las autoridades de un grupo indígena portador de arraigadas creencias religiosas, la tarea de obrar como órgano garante de la apertura religiosa de la respectiva comunidad».

como medio legítimo «para garantizar la identidad cultural del pueblo arhuaco», siendo decisión libre y autónoma de dichas autoridades la apertura a otros credos religiosos y la imposición de las sanciones que según sus usos y costumbres deban aplicarse a quienes siendo miembros de la comunidad desconozcan sus normas tradicionales, «siempre y cuando no se tratara de «punir al no creyente por el mero hecho de serlo»¹⁸, ni se utilizaran medios de sanción inhumanos o degradantes». Dentro de dichas sanciones, resaltó también la Corte (aludiendo también a lo dicho en la sentencia SU-510 de 1998), resultaba proporcional tener en cuenta el grado de «identidad cultural» para «efectos de hacer una distribución de la tierra con miras a mantener la propiedad colectiva de la misma y de sus frutos», todo ello teniendo en cuenta los fuertes nexos de unidad inescindible a la madre tierra.

Si bien el patrón fáctico que le permitió a la Corte resolver este caso utilizando el precedente fijado en la Sentencia SU-510 de 1998, dicha corporación precisó que sí había un hecho nuevo diferente y relevante, a saber, el desplazamiento libre y consciente¹⁹ de un amplio número de miembros de dicha comunidad (entre 60 y 70 familias arhuacas muy numerosas) hacia la vereda Palmarito, perteneciente al municipio de Pueblo Bello, Departamento de Cesar, que si bien constituye un «espacio geográfico que la tradición arhuaca considera que es «zona de ampliación», por tener un significado sagrado dentro de su cultura,(...) en estricto sentido no forma parte del Resguardo propiamente dicho».

18. En el fundamento jurídico N° 6.3.2. de la Sentencia T-349 de 2008 se explicó este aspecto de la siguiente manera: «En lo concerniente a las denuncias de los indígenas pentecostales relativas a haber sido víctimas de sanciones por el solo hecho de haber abrazado ese credo, debe recordarse que en la Sentencia SU-510 de 1998 se explicó que los castigos impuestos por la mera circunstancia de haber ingresado a la Iglesia Pentecostal carecían de justificación; empero, en ese mismo fallo judicial se hizo ver que el cambio de cosmovisión que implicaba la adopción de esa nueva creencia religiosa implicaba el abandono o incumplimiento de algunas prácticas de la tradición arhuaca, que dentro esta cultura son miradas como obligatorias; por lo cual, desde esta perspectiva, tal incumplimiento podía legítimamente ser objeto de sanción».

19. Sobre dicho desplazamiento la Corte Constitucional consideró probado que «los indígenas pentecostales que prefirieron salir del Resguardo ejercieron su libertad religiosa y su derecho de elegir libremente su no permanencia dentro de las exigencias de la cultura ancestral en la que nacieron» (Subrayas y negrillas fuera de texto).

El citado desplazamiento, la Corte lo enmarcó en un posible desconocimiento del «derecho “a no ser desterrados”, ya que, en razón de sus creencias han sido forzados a emigrar con sus familias por fuera del territorio del Resguardo arhuaco, lo cual les ha originado una situación de vulneración de su vida en condiciones dignas». La vulneración de la vida en condiciones de dignidad se explica por cuanto en los sitios de llegada, vereda Palmarito, estos indígenas no tenían servicios públicos, ni la atención médica y el estudio que les brindaba su resguardo (aspectos estos dos últimos que la Corte descartó porque no se allegó prueba o constancia alguna de su negación, además porque tampoco obraba prueba alguna de que se les hubieren retirado por el simple hecho de haber adoptado otra religión)²⁰, además de negárseles cualquier tipo de participación en las transferencias que giraba el Estado, generando todo ello una insatisfacción de las necesidades básicas.

El posible destierro también lo descartó la Corte al considerar que las familias arhuacas que dejaron el resguardo, lo hicieron como «individuos que han nacido dentro de una cultura indígena tradicional no tienen el deber de permanecer dentro de ella durante toda su vida... para desarrollar un proyecto de vida que responda a sus convicciones morales», pues solo de esta manera «puede afirmarse que en cabeza de los miembros de las comunidades indígenas existen la libertad religiosa, de cultos, de conciencia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad». Sin embargo, al advertir la Corte una afectación latente del mínimo vital de subsistencia de estas familias indígenas «desertoras», ordenó al Estado satisfacer las necesidades básicas esenciales de las mismas y destinar parte de los recursos del sistema nacional de transferencias dedicados a ese cometido para que «beneficien también a la población arhuaca evangélica recientemente radicada en Pueblo Bello».

De lo expuesto en los cuatro eventos desarrollados en este punto del presente trabajo, es posible percibir que dependiendo del grado de importancia,

20. Expresamente concluyó la Corte que: «Así pues, no resulta claro que dentro del resguardo se les nieguen a los indígenas pentecostales los derechos a la salud o a la educación, y las quejas en este sentido se refieren más bien a la calidad, a la naturaleza del servicio o a la manera en la que les es prestado. Por lo cual, como sucede con la denuncia relativa a las supuestas sanciones por el solo hecho de ser cristianos, la Sala no encuentra probada una vulneración seria de derechos fundamentales que deba ser objeto de protección mediante una orden emitida por el juez de tutela».

la religión es mucho más que una opción de vida en las comunidades indígenas, pues ella conforma, en muchos casos, la razón de ser de la colectividad, da las pautas de comportamiento y su cosmovisión está bastante signada por ella; los procesos de secularización y apartamiento que el mundo occidental logró hacer del universo religioso del mundo político y jurídico no operan allí, pues la religión es un elemento indispensable para entender el cosmos de las comunidades, posee la trascendencia que nosotros le quitamos y no nos es dable juzgar si el nuestro es mejor o peor que su mundo. Interferir tratando de secularizar su visión es imponer nuestra visión que, en todo sentido, no es más que otra visión del universo, con igual valor a la suya. Luego el Estado colombiano, representado por la Corte Constitucional en los pronunciamientos jurisprudenciales objeto de estudio, solo se dedica a reconocer la importancia que la religión tiene en las culturas minoritarias o comunidades indígenas como elemento de la subsistencia étnica y cultural sin la cual estarían condenadas a la desaparición.

Derechos colectivos de las comunidades indígenas versus derechos individuales de sus miembros

Previa lectura de los casos presentados, puede decirse que en Colombia todas las personas tienen libertad religiosa y de culto conforme lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Política, pero cuando estos derechos se enfrentan a los derechos de las comunidades indígenas en conjunto, cuyos nexos políticos y religiosos sean fuertes y confluyan a la unidad del grupo, los intereses de las personas individualmente consideradas han de ceder ante los derechos del colectivo o comunidad como un todo orgánico que es diferente a la sumatoria de las partes. Cabe entonces recalcar que una cosa son los derechos de las personas que conforman un grupo o comunidad étnica y otra muy distinta los derechos de existencia de la comunidad en sí misma considerada, pues ella en su conjunto posee una serie de bienes que no le pertenecen a ninguno en particular, siendo la depositaria de las tradiciones, prácticas sociales, usos, costumbres, valores y creencias que dan estabilidad e identidad al grupo a efectos de distinguirlo de otros.

Dicha consideración ha sido criticada con frecuencia por posiciones liberales que, entre sus argumentos más sonados, ponen de relieve la idea de los derechos humanos, la concepción de la dignidad y un marcado acento sobre el individuo como eje motor del andamiaje social, veamos algunos referentes:

1. Universalidad de los derechos humanos.
2. Naturaleza de los derechos humanos y sus bases morales justificadas.
3. Derechos Colectivos y Minorías Indígenas en Colombia – Justificación del individualismo frente a los derechos concedidos a las minorías étnicas indígenas.
4. Normatividad internacional.

Universalidad de los derechos humanos en Colombia

a) Si en el mundo occidental no es posible hablar con absoluta certeza de la existencia de una universalidad de los derechos humanos debido a la multiplicidad de códigos culturales y de identidad difícilmente compatibles, debe explicarse que en Colombia tampoco podemos hablar de un código único cultural y de identidad, pues nuestra sociedad está inmersa todavía en un proceso de construcción de una idea de nación, dada la variedad de costumbres y culturas derivadas a su vez de diversas comunidades que fueron explotadas y obligadas a coexistir a partir de la conquista española.

Recordemos entonces que en nuestro territorio cohabitan culturas indígenas, negras (descendientes de esclavos provenientes de África en la época de la colonia), mestizas, mulatas y blancas (españolas hasta hace dos siglos), culturas estas que en gran parte se fueron mezclando y a su vez generaron nuevas tradiciones y culturas.

Aun hoy y a pesar del exterminio indígena a manos de los españoles, en el territorio nacional coexisten 87 comunidades indígenas²¹ (Datos consultados

21. Del caso anotar que en la misma dirección web, agremiaciones indígenas cuestionan que: «En Colombia perviven 102 pueblos indígenas debidamente ilustrados por fuentes documentales. Algunos de estos pueblos son reconocidos por el Estado a través de instituciones como la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, el DNP, el Ministerio de Defensa, el Incodec y el Dane, a partir de relaciones propias que incluyen y excluyen pueblos indígenas de acuerdo a intereses y políticas de gobierno».

en la web <http://www.dhcolombia.info/spip.php?article681>) con una población total para Colombia de 1.378.884 personas y una población indígena asentada en resguardos de 933.800 individuos que incluye resguardos contemporáneos y los históricos de origen colonial y republicano²² y, que con diferentes grados de culturización han ido poco a poco integrándose a la sociedad mayoritaria. No obstante dicho proceso de integración, estas 87 comunidades siguen conservando y practicando en mayor y menor grado algunas costumbres, tradiciones y ritos ancestrales que las identifican y las diferencian del medio social en el que se desarrolla la vida en sociedad mayoritaria.

Reconociendo esa diferencia y con la finalidad de preservar y, en parte, resarcir a dichas comunidades todo el daño y exclusión a que fueron sometidas tanto en la época de la conquista, la colonia, los inicios y posterior desarrollo de la república, nuestro constituyente primario decidió en 1991 conceder y especificar en favor de estos grupos, serios e importantes derechos que debían ser desarrollados por el legislador (pero que han tenido su mayor desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional), a partir de toda una serie de acciones afirmativas que les permitirían acceder a las esferas de poder y en general defender y preservar sus tradiciones y culturas.

Así por ejemplo, la Constitución Política de 1991 les reconoció: (a) La oportunidad de tener una circunscripción electoral especial a través de la cual dos indígenas pueden llegar al Senado y uno a la Cámara de Representantes. (b) la facultad de convertir sus territorios en entidades territoriales indígenas como un escalón más dentro de nuestro esquema de ordenamiento territorial. (c) Permisividad para que en el manejo de sus asuntos internos gozaran de autonomía e incluso tuvieran la potestad jurisdiccional²³ y normativa que regulara la vida en sus territorios y solucionara los conflictos entre sus integrantes.

22. *Ibidem* donde se citan datos del Dane año 2005.

23. Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República Unitaria donde coexisten los principios de la centralización política y la descentralización administrativa, pero en virtud de la autonomía entregada a las comunidades indígenas, la excepción en materia de administración de justicia la constituye la posibilidad otorgada a estos grupos de impartir justicia de acuerdo a sus usos y costumbres con la única limitante de respetar o de no permitir dentro de su cosmovisión actos de tortura, ni someter a sus miembros a la esclavitud y siempre y cuando en el ejercicio de su potestad sancionadora se sigan los principios de legalidad (que sus usos y costumbres permitan a los indígenas saber de antemano que conductas sería reprochadas y castigadas por la comunidad) y debido proceso (de igual

(d) Que sus territorios estuvieran por fuera del comercio y se consideraran propiedad colectiva. (e) El derecho a participar con carácter vinculante en la toma de decisiones que en materia de explotación de recursos naturales pudieran afectar sus territorios, su supervivencia y su integridad étnica y cultural. (f) que sus lenguas fueran reconocidas como oficiales en las porciones territoriales que habitan, de manera conjunta con el idioma español. (g) Que en aras de preservar su identidad colectiva sus miembros estuvieran excluidos del deber de prestar servicio militar obligatorio; que si bien el Estado debe prestarles el servicio de educación, dicho servicio no se prestara en forma igualitaria al ofrecido para los demás habitantes del territorio nacional, sino que en su caso se adaptara de tal manera que respete y preserve las costumbres, lengua y tradiciones de cada comunidad indígena, entre otras varias prerrogativas.

Si bien estas comunidades indígenas manejan unos valores y principios que difieren de los de la población mayoritaria, debe tenerse en cuenta que dentro de nuestro marco normativo, la Constitución Política reconoce derechos fundamentales a todas las personas sin distinción de sexo, raza, religión, origen e ideología, lo que hace posible afirmar que los individuos que forman parte de un grupo étnico también gozan del reconocimiento y protección de dichos derechos por parte del Estado y que cualquier renuncia a su ejercicio, o mejor dicho, cualquier renuncia racional a la injerencia que pueda tener el Estado en la protección de los mismos, tan solo compete tomarla al individuo mismo (en nuestro caso el miembro de la comunidad indígena), siempre que no se ponga en peligro la existencia del grupo o comunidad o se alteren los elementos esenciales que dan forma a ella, como lo son las autoridades ancestrales, sus tradiciones, sus usos, costumbres, lengua, religión o modelos económicos, trabajo comunitario y jurisdicción.

En ese orden de ideas, en algunos eventos no es fácil encontrar unos valores mínimos aceptables por todos los habitantes del territorio nacional, pues nuestra conformación pluriétnica y multicultural así lo atestiguan, razón por la cual no existe un consenso nacional que permita hablar de la existencia de la universalidad de unos derechos humanos en Colombia, puesto que existen comunidades a quienes en virtud del multiculturalismo y su cosmovisión de la

manera, saber de antemano según sus usos y costumbres cuales serían los pasos a seguir para imponer una sanción de tipo jurisdiccional).

vida, en el decir de la Corte Constitucional, no se les puede exigir la adopción de comportamientos sociales mayoritarios y específicamente el respeto de algunos derechos fundamentales según la cosmovisión occidental, salvo el respeto al núcleo esencial de los mismos²⁴. Luego, aunque el estado asuma compromisos internacionales en materia de derechos humanos no podemos desconocer nuestra realidad étnica y el respeto a la diferencia, marco dentro del cual, el reconocimiento de su existencia se convierte en adalid del quehacer jurídico y político a fin de preservar nuestras comunidades indígenas y, con ello, nuestras raíces en procura del respeto por nuestros orígenes.

Por lo anterior, querer fundamentar un lenguaje común a partir de un conjunto de normas reconocidas internacionalmente como derechos de los seres humanos y anteponer estos preceptos de corte liberal individual a la existencia de grupos y comunidades étnicas en nuestro país, sometiéndolas a los criterios y pareceres particulares de sus miembros (como se vio en los diferentes casos analizados, donde los demandantes pretendían imponer, bajo una interpretación restringida, el derecho individual contra los lazos sociales que cohesionan a las comunidades étnicas y culturales), es simplemente desconocer el principio de igualdad y olvidar que, aunque en teoría el Estado debe ser neutro, no puede lograr su cometido por favorecer siempre a una cultura dominante o grupo mayoritario, situación que lleva a proteger con mayor ahínco los derechos de la colectividad frente a los derechos individuales de sus miembros, como bien lo entendió la Corte Constitucional en sus fallos antes enunciados, dando prioridad a la existencia de la comunidad y a sus elementos identitarios.

b) Algunos se oponen al reconocimiento de los derechos colectivos fundamentales de las comunidades étnicas bajo el argumento de que quienes pertenecen a ellas no deben verse obligados a la renuncia de sus derechos constitucionales individuales fundamentales en pro de la cosmovisión que defienden las disposiciones de sus autoridades, porque conllevaría el desconocimiento de reivindicaciones históricas de la humanidad y de nuestro mismo pueblo en los procesos de positivización, generalización, internacionalización y especificación de los derechos.

24. Por ejemplo, el cepto y los azotes dentro de nuestra visión occidental pueden ser interpretados como tratos crueles e inhumanos pero dentro de la cosmovisión de algunas culturas indígenas en Colombia no lo son, dado que su efecto purificador, resocializador y ejemplarizante lo justifican y le desvirtúan cualquier matiz denigrante.

Dichas exigencias morales, justificadas en unos valores básicos racionales construidos a través de la historia en occidente y que tienen soporte en la idea de dignidad humana (Peces Barba, 1994) de libertad e igualdad, que son la raíz de los derechos humanos, las encontramos reconocidas o positivizadas en el ordenamiento jurídico colombiano para todas las personas sin hacer mención a ningún tipo de excepción, en virtud de la pertenencia a un grupo racial o étnico, sin importar su grado de civilización y, desde ese punto de vista, es posible hablar de una universalidad en Colombia de los derechos fundamentales²⁵.

Quienes sostienen este argumento, desconocen que el derecho a la diferencia y a la identidad de los pueblos es consustancial a ellos mismos, que la construcción liberal del individuo moderno olvida que los hombres pertenecen a una comunidad, que allí forjan su lengua, religión, usos, costumbres y hasta la idea de bien y mal. En igual sentido, la mayoría de autores llamados comunitaristas enfocan su crítica a la concepción liberal de los derechos y de la justicia, tomando como punto de partida al sujeto, a quien no ven como un individuo aislado, atomizado, capaz de elegir racionalmente principios universales e imparciales de justicia y desprovisto de identidad o desafectado de influencias colectivas. Por el contrario, para ellos, el individuo que reclama su participación a la hora de la distribución del acervo colectivo, es precisamente un sujeto colectivo, estructurado y forjado al interior de unas instituciones que lograron imponerle un lenguaje, una visión moral, religiosa, filosófica y política del mundo; un ser con pertenencia a un grupo determinado con el que se identifica y en el que expresa su propia vida, sus esperanzas, su idea de bien y sus planes racionales de vida.

25. «Para mantener la imprescindible idea de universalidad a priori hay que elevarse desde las pretensiones morales concretas que respaldan cada derecho, a la moralidad genérica que respalda al conjunto de los derechos. quiero decir que una afirmación sobre la universalidad se puede hacer desde la moralidad de los derechos, que es la idea de dignidad humana y de los grandes valores de libertad, igualdad, de seguridad y de solidaridad, que de una forma y otra han estado siempre presentes en la historia de la cultura, aunque es indudable que las grandes formulaciones han aparecido principalmente, aunque no exclusivamente en la cultura europea y occidental. La universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines, y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada). La universalidad a priori es de esa ética pública de la modernidad que es la ética de la democracia (principios de organización del poder) y de los derechos humanos» (Peces Barba, 1994:625).

Sobre esta base, el comunitarismo acusa al liberalismo de tratar al sujeto de la justicia y los derechos humanos como un ser deshumanizado, aislado y asocial, alejándolo del único espacio donde se puede hablar de justicia: la sociedad. No podemos olvidar entonces que el yo es una construcción que tiene su fuente en las prácticas sociales, en las tradiciones, en el universo de significantes y significados que el lenguaje le ha legado y donde adquiere su propia identidad (Echeverry y Jaramillo, 2009).

c) Por otra parte, el proceso de especificación de los derechos pro indígenas que se adelanta en Colombia desde 1991 tiene la finalidad, como punto de llegada²⁶ y no de partida²⁷, de compensar y nivelar a las comunidades indígenas históricamente excluidas y desprotegidas en sus condiciones de existencia social, sin poder olvidar que las mismas se componen de individuos de raza humana, también racionales y es precisamente respecto de estos, para su beneficio y goce (sin ellos no habría comunidad), que se busca instaurar un conjunto de derechos fundados en el valor de la igualdad a través de la técnica de equiparación (Peces Barba, 1994:626) que conlleva un trato desigual con un objetivo específico que es igualar, es decir, un objetivo positivo en pro del individuo que forma parte de un colectivo. En otras palabras, lo que persiguió el constituyente de 1991 fue la nivelación o la posibilidad de equiparar a los indígenas en materia de

26. «(...)la universalidad como punto de llegada distingue entre el ser y el deber ser. En el ser, en la realidad de muchas relaciones sociales la desigualdad impide que se pueda hablar de universalidad, o, si lo vemos desde otra perspectiva, que la moralidad básica de los derechos –libertad, igualdad, solidaridad y seguridad–, de la que se predica la universalidad racional, pueda afectar a esas situaciones. Lo que se genera de la comparación entre esa moralidad básica y esa realidad de desigualdad de determinados colectivos, es la toma de conciencia de la necesidad de acciones positivas para superar esa situación y restablecer el equilibrio, entre aquellas que pueden, por sí mismos, resolver sus problemas de educación, salud, de seguridad social, de vivienda, etc., y que no se encuentran en relaciones sociales de inferioridad (mujeres, niños, minusválidos, etc.), con los que son incapaces por sí mismos de satisfacer una serie de necesidades básicas o de actuar en las relaciones sociales en condiciones de igualdad» (Peces Barba, 1994:629).

27. «Si limitamos la universalidad a esa dimensión aquí dibujada como universalidad del punto de partida, tendríamos que negar ese rasgo a los derechos situados en el ámbito del proceso de especificación, incluidos los derechos económicos y sociales del XIX, puesto que su desarrollo de la moralidad básica, no se concreta en una titularidad de todas las personas, sino solo de colectivos concretos» (Peces Barba, 1994:630).

derechos frente a los demás miembros del Estado, pues se produjo un movimiento que tocó las puertas de los más diversos espacios en procura de la lucha por el reconocimiento de la autonomía indígena y del respeto por sus usos y tradiciones, lucha que llevó al movimiento indígena a lograr unaparticipación directa en la Asamblea Nacional Constituyente y, desde ese espacio, validar su disputa por los medios formales del derecho, lucha que, entre varias otras acciones, ya había tenido lugar en otros ámbitos.

Al respecto, autores como Peces Barba, entre otros, señalan que:

El gran descubrimiento cultural, a raíz de los derechos económicos y sociales, y después por imitación de los colectivos marginados o de las personas situadas en relaciones sociales de inferioridad, es la utilización de los derechos fundamentales para resolver esos problemas, atribuyendo derechos a esos colectivos específicos con la finalidad de restablecer la igualdad, a través de las técnicas que algunos llaman discriminación inversa» (Peces Barba, 1994:630).

Sin embargo, las acciones afirmativas solo constituyen una especie de reconocimiento de las necesidades y prioridades de las comunidades minoritarias, pero no dice nada respecto del imperialismo cultural que se sigue ejerciendo sobre de las culturas subordinadas o minoritarias. De allí que la lucha por el reconocimiento de tales comunidades se expanda a otros ámbitos más allá del simple plano jurídico.

d) La decisión de la Corte Constitucional (especialmente la Sentencia SU-510 de 1998) es fuertemente criticada por posiciones liberales afirmando que ella desconoce la universalidad de los derechos humanos fundados en la dignidad humana y en valores básicos como la libertad e igualdad positivizados en la Constitución Política de 1991, porque retrotrae la evolución de la concepción de los derechos a la libertad de expresión, religión y culto de los miembros de las comunidades indígenas, situándolos en contextos medievales donde el poderoso gobernante determinaba la forma de vida de los súbditos, pues él era quien tenía el conocimiento supremo de lo que era mejor para el pueblo; es decir, desconoce la moralidad de llegada y la transforma en una moralidad atípica. Sin embargo, al hablar desde una concepción *universalista* que parece ser atemporal y desdibujada de espacios, como si se tratara de una jurisdicción sin raigambre o asiento en una cultura determinada, es precisamente lo que se

le critica, pues el aquí y el ahora son los espacios y el momento sobre los que debe tratarse el problema de los derechos, ya que las comunidades son de carne y hueso, arraigadas en un territorio, con costumbres y prácticas determinadas, un lenguaje concreto y creencias y valores objeto de regulación. La concepción universalista de los derechos peca por ausencia de un contexto en el que se mueven los actores y sujetos a regular, es un sistema del cual, aparentemente no participan quienes van a ser los directamente perjudicados con los cánones jurídicos. Se legisla como si se tratara de un conjunto homogéneo de seres con necesidades iguales, identidades similares y sin diferencia alguna.

Así las cosas, en Colombia si bien se puede hablar de una universalidad de los derechos humanos positivizados sobre una base moral de dignidad humana y de valores fundantes como la igualdad y la libertad, dicha universalidad no es absoluta y tiene excepciones en el multiculturalismo, en donde los colectivos cuyas tradiciones no comparten dichos valores, se les reconoce un derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural que ampara y protege la subsistencia de la comunidad como unidad ética en el sentido griego del término.

En este sentido, la Corte Constitucional encuentra como límites válidos a la protección de los derechos colectivos a la diversidad étnica, la prohibición de la tortura (depende de la cosmovisión de las culturas indígenas y el significado que puedan tener los castigos físicos), el debido proceso y el principio de legalidad vistos no desde la cultura occidental sino desde sus propios usos y costumbres, así como la intangibilidad del núcleo esencial de los demás derechos, siendo muy abstracto éste último condicionante, que se diluye fácilmente a la hora de confrontarlo con el principio de maximización de la autonomía indígena.

Derechos colectivos y minorías indígenas

a) La idea moderna de derecho hace referencia a la abstracción del sujeto humano bajo la figura de persona, una entidad desprovista de género, ideología política o religiosa, sobre la que reposa la más variada gama de prerrogativas conquistadas por las revoluciones burguesas, pues la idea individuo, al decir de Hegel, obtiene su reconocimiento no en el Estado sino en un momento ético anterior, en la sociedad civil, pues allí es donde el hombre se enfrenta a los demás y pone ante sí mismo todo su potencial para superar el sistema de las

necesidades que se le presentan y que debe satisfacer, dado que en la institución de la familia el individuo no podía ganar libertad y conocer su singularidad por estar preso del sentimiento y de los lazos de la tradición que lo ataban a la *gens* o al *pater familiae*, es solo cuando la sociedad alcanza un nivel de desarrollo que puede y se propician las condiciones para el surgimiento del individuo como actor en la escena del mercado y como ciudadano en el terreno de la política.

En este sentido, huelga resaltar que si bien los derechos humanos fueron pensados o *reconocido*» en función de la persona individualmente considerada, hoy día se reconocen también derechos de los cuales no es titular la persona humana sino un grupo de individuos colectivamente considerados²⁸. En otras palabras, la noción de persona que representaba el derecho liberal se ha ampliado y cobija hoy a grupos étnicos y culturales como sujetos de derechos fundamentales. Prerrogativas sobre las que se han estipulado varios intentos de definiciones, entre ellas la de Rodolfo Arango, para quien son aquellos que

tienen como finalidad el aseguramiento de beneficios que solo pueden ser disfrutados de manera colectiva. Ello porque el beneficio del que se trata en el caso de los derechos colectivos no es un bien divisible. Es el caso de la autodeterminación política. A la inversa, los derechos que pueden ejercerse individualmente, no son derechos colectivos (Arango,2005:80).

La existencia de estos derechos colectivos no ha tenido plena aceptación y, todavía hoy, es discutida su validez cuestionándolos como un estadio de la evolución humana ampliamente superado en favor del individualismo y en contra del despotismo, que necesariamente llevarían a que, en un momento dado, los derechos o intereses colectivos puedan constituirse en negaciones de derechos individuales, lo cual, en palabras de algunos, ya no es concebible (Véase Hábermas, 1999:189-191).

28. «El titular de un derecho es quien se encuentra en una posición jurídica que puede ser justificada mediante razones válidas y suficientes. Que sea el individuo principalmente quien se beneficia con las posiciones aseguradas jurídicamente, no significa que los derechos atañen exclusivamente a individuos. También grupos de individuos pueden ser titulares de derechos(...) todos los derechos individuales son derechos subjetivos, pero no todos los derechos subjetivos son derechos individuales(...) Hay por lo menos una subclase de derechos subjetivos. Se trata de los derechos colectivos» (Arango,2005:72).

Por otra parte hay quienes pugnan por razones morales que justificarían los derechos colectivos con la finalidad de preservar una determinada cultura o etnia minoritaria en una sociedad (Taylor, 1993; Taylor, 1994; Taylor, 1996; Walzer, 2001; Sandel, 2000), pero ello debe hacerse de manera cuidadosa, vigilando que el individuo no se convierta en un medio que lleve a un fin, pues el individuo por sí mismo es un fin conforme al postulado kantiano de dignidad humana, recordando también, que el mismo Kant, resaltó el papel del mundo de los fines donde cada hombre está moralmente obligado a ayudar a realizar los fines del otro como si se tratara de un fin común. Quizá esta idea del reino de los fines sea la que alimente con mayor audacia la noción de derechos colectivos, pero es necesario advertir que muchos de los críticos de los derechos fundamentales colectivos confunden el todo con la parte y no han podido superar el artificio de la razón que inspiró a los contractualistas para pensar la sociedad como una sumatoria de individuos, donde cada uno constituía una parte esencial, libre e igual en la conformación del Estado. Ello obliga a recordar que el Estado debe limitar su potencial civilizatorio reconociendo las culturas nacionales y las diferencias étnicas. La neutralidad cultural del Estado no existe, situación que lo ubica como portador de una nación y una cultura específica que, en últimas, termina imponiéndose y creando formas de injusticia frente a otras naciones y culturas no estatales o minoritarias. El reconocimiento consiste en propiciar las condiciones de igualdad a las culturas societales y nacionales para que logren alcanzar el autogobierno en condiciones de equidad. En otras palabras, los derechos colectivos tienen como pretensión el reconocimiento, la conquista de la potencialidad total de la nación, esto es, brindar las condiciones de poder y gobierno para que una cultura societal pueda llegar equitativamente al diálogo con otras culturas nacionales y se dé la fusión de horizontes. En el fondo, se trata de lograr unas interacciones entre culturas minoritarias y mayoritarias en un plano de mínima desigualdad, pues el Estado junto con sus instituciones y poderes se constituye en el garante de la existencia de las culturas, esto significa que el Estado, o mata la cultura minoritaria al no reconocer derechos fundamentales colectivos en procura de su existencia como unidad étnica o, renuncia a la cultura mayoritaria admitiendo la existencia de dichas comunidades y otorgando los citados derechos por encima de los postulados individuales de sus miembros. De allí que sea necesario reconocer el derecho a las comunidades étnicas para equipararlas o igualarlas a las culturas dominantes o nacionales practicadas por las mayorías.

b) Nuestra Constitución Política de Colombia, en su artículo 7º (entre otros) reconoce y acepta la existencia al interior de nuestra sociedad de una diversidad étnica y cultural, exigiendo al Estado el deber de velar por su protección y preservación; en su artículo 10 reconoce dentro de la diversidad el derecho colectivo a tener una propia lengua y; en sus artículos 86 y 88 establece expresamente acciones constitucionales encaminadas a la protección de los derechos colectivos (Acción de Tutela, Popular y de Grupo). Este reconocimiento constitucional claramente le está otorgando la posibilidad a grupos concretos de gozar de una acción afirmativa y, por lo tanto, un trato diferente en aras de preservar las características socioculturales que los hacen diferentes del resto de la comunidad mayoritaria. Pues, de una u otra forma, esta posibilidad fortalece la posición jurídicoconstitucional de las minorías culturales y es útil para el reconocimiento de las sociedades multiculturales.

Ahora bien, la aceptación de derechos a los grupos o colectividades étnicas y culturales no se ha dado de manera pacífica, pues al interior de estas colectividades existen fisuras o tensiones entre algunos de sus miembros, generando una colisión de principios cuando los derechos individuales pugnan con los derechos de los grupos, situación que ha dado lugar a los pronunciamientos de la Corte Constitucional ya analizados y que requiere de una metodología para su resolución. A este propósito, se habla de límites generales al ejercicio de los derechos individuales para respaldar las pretensiones colectivas, en todo caso, hay quienes proponen la aplicación del método de la proporcionalidad y razonabilidad a efectos de solucionar los conflictos entre principios colectivos y derechos individuales. De allí que se hable de restricciones internas y de protecciones externas al ejercicio de tales derechos.

Las restricciones internas son aquellas normas que limitan la libertad del individuo en nombre de la solidaridad grupal o en procura de la conservación de la comunidad étnica. Estas reglas, generalmente no son apetecidas por los ordenamientos jurídicos modernos cuya atención se centra más en la noción de individuo que en la de grupo, pues devienen de la tradición liberal occidental. Luego en caso de conflicto entre un individuo y las normas grupales, se le asigna prioridad al derecho fundamental individual, sin embargo, en la actualidad y gracias al avance del multiculturalismo, se han venido presentando importantes apuntes con miras a privilegiar el todo sobre la parte, otorgándole la razón al grupo y permitiendo que este regule hacia el interior, es decir a sus

miembros. Por el contrario, las *external protections* (limitaciones externas) no constituyen amenaza para los derechos individuales de los miembros de un grupo determinado, pues están dirigidas a la protección de las identidades colectivas de grupos étnicos, raciales o nacionales frente al ejercicio de derechos individuales que las puedan afectar.

De lo anterior, es posible concluir que resulta válido dentro del ordenamiento jurídico afirmar la existencia de derechos colectivos consagrados en favor de minorías determinadas y con vínculos culturales, étnicos, religiosos y raciales, que identifican y ligan a sus miembros, con la finalidad de garantizar su existencia. La existencia de esos derechos implica que en caso de presentarse una colisión entre derechos ha de aplicarse el test de proporcionalidad como metodología a utilizar, pues los derechos en pugna se asumen como mandatos de optimización que no pueden ser derogados sino maximizados tanto jurídica como fácticamente, en la medida de lo posible, en procura de la autonomía del grupo y el respeto de los derechos fundamentales del individuo.

Ahora bien, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha reconocido que las comunidades indígenas que habitan nuestro territorio nacional son titulares como cuerpo colectivo de algunos derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993), como por ejemplo el derecho a la subsistencia, a la integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva y a participar en las decisiones de las autoridades que los puedan llegar a afectar, especialmente si tienen que ver con la explotación de recursos naturales en los territorios que habitan y, así mismo ha reconocido que esta discriminación positiva constituye el mínimo necesarios para garantizar su preservación como diversidad étnica y cultural.

El reconocimiento de estos derechos colectivos a los pueblos indígenas²⁹ significa un intento de compensación moral en favor de comunidades indígenas que, a pesar de haber ocupado ancestralmente nuestro territorio nacional, fueron arrasadas, conquistadas, colonizadas, sus tradiciones y cultura combatidas hasta exterminar algunas de ellas y poner en cuarentena otras. Ese proceso de

29. «Los pueblos indígenas han reclamado el reconocimiento de derechos de carácter colectivo, derechos de raigambre histórica, y no ya a los individuos o a los estados» (Anaya, 2005:99).

aculturización³⁰ y de discriminación de dichas comunidades, se ha querido revertir en la Constitución Política ordenando la adopción de medidas necesarias para la recuperación, preservación y promoción de dichas culturas, de allí la contemplación de acciones afirmativas que protejan los grupos y logren atender a su robustecimiento cultural, político y jurídico.

Marco jurídico internacional

A nivel internacional no puede desconocerse que también existe una preocupación por la suerte, existencia y preservación de las culturas indígenas. «El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y Tribales, el Convenio 169 de 1989, es una manifestación destacada del derecho internacional contemporáneo en relación con las demandas de los pueblos indígenas» (Anaya, 2005:96). En este convenio se reconocen ciertos márgenes de autonomía en la medida que propician el control y manejo de sus propias instituciones, tanto a nivel jurisdiccional como territorial y político, contemplando como obligación para los Estados el brindar un presupuesto para que dicha autonomía no se quede en el papel como una aspiración retórica.

Con menor fuerza vinculante para los Estados, la «conferencia celebrada en San José, Costa Rica, adoptó una declaración afirmando el derecho inalienable de los pueblos indígenas a consolidar su identidad cultural y a ejercer la autodeterminación» (Anaya, 2005:107). Así mismo, «el parlamento Europeo adoptó otra resolución en 1994 sobre las medidas internacionales necesarias para una protección efectiva de los pueblos indígenas. La resolución de 1994 mantiene que los pueblos indígenas tienen el derecho a ser dueños de su propio destino eligiendo sus instituciones, su estatuto político y el de su territorio» (Anaya, 2005:121).

30. «En Brasil, la legislación colocó a los indios bajo la tutela del estado y puso en funcionamiento programas gubernamentales para gestionar sus asuntos y facilitar su adopción de hábitos eurobrasileños. En Venezuela, la Ley de Misiones de 1915 delegó en la Iglesia católica la misión de “civilizar” a los indios y de persuadirles para que adoptaran un modo de vida sedentario. En misma línea, la Constitución de Argentina de 1853 delegó al Congreso el poder para mantener relaciones específicas con los indios, y para alterar su conversión al catolicismo» (Anaya, 2005:74).

También el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos al consagrar el derecho a la integridad cultural tanto de los individuos como de los grupos ha impulsado diversos pronunciamientos por parte del Comité de derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos. «Ambos órganos han establecido que la norma ampara todos los aspectos de la supervivencia de un grupo indígena como constitutivo de una cultura diferenciada, en el entendimiento de que la cultura incluye instituciones económicas o políticas, patrones de uso de la tierra, así como la lengua y prácticas religiosas» (Anaya, 2005:185).

Colombia también ha sido participe de este proceso internacional en favor de la protección de las culturas indígenas, ello puede observarse en la «Declaración de Colombia en Nombre del Grupo Latinoamericano y el Caribe» en la cual se señaló que:

En América Latina existe un proceso de reconocimiento del papel jugado por las culturas indígenas en la definición de nuestra identidad, un proceso que toma la forma de medidas del Estado, por respeto de las culturas indígenas, la devolución de las tierras indígenas, la administración, y justicia indígena y la participación en la definición de los asuntos gubernamentales, en especial en cuanto concierne a sus comunidades. En el marco de la unidad estatal, este proceso está caracterizado por la consagración en algunas constituciones del carácter multiétnico de nuestras sociedades» (Declaración de Colombia en nombre del grupo Latinoamericano y del Caribe en la Conmemoración del Año Internacional de las Poblaciones Indígenas. Conferencia mundial de Derechos Humanos. 18 de junio de 1993).

Como puede verse, el derecho internacional se ha preocupado por el reconocimiento del derecho colectivo en favor de minorías, especialmente étnicas.

Adicionalmente no podemos olvidar que estos pronunciamientos de organismos internacionales parten del supuesto que la cultura depende o se construye a partir de creencias, ritos, prácticas, usos y costumbres que han de preservarse para la subsistencia del grupo.

Conclusiones

Los derechos humanos como libertades *universales*, fueron pensados en función del individuo y no de los grupos, razón por la cual al comparar las facultades que estos conceden a las personas individualmente consideradas, pueden reñir con las pretensiones de carácter grupal o colectivo de las comunidades a las que estos sujetos pertenecen, es así como encontramos la libertad de culto que posibilita a un miembro de una comunidad étnica, practicar distintos ritos y celebraciones, donde se impone la obligación de respetar o resguardar un día en la semana, por considerar que es de exclusiva dedicación a la deidad o divinidad, impidiendo al miembro cumplir con obligaciones comunales, cual es el caso en que se prohíbe el trabajo los días sábados para dedicarlos a la adoración y respeto de su dios, sin embargo, ese día, por tradición comunal, se deben realizar actividades comunitarias como la *minga* o labores en provecho de toda la colectividad o, de otra parte, la práctica de rituales y el seguimiento de ciertas creencias pueden atentar, incluso, contra la identidad colectiva y los usos o costumbres que constituyen la razón de ser de la comunidad étnica, como el uso de vestidos, collares, tatuajes o emblemas que hacen parte de la singularidad de la comunidad diferenciándola de otras etnias o comunidades culturales. En estos casos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dividido favoreciendo, en algunas oportunidades a los individuos y, en otras a las agrupaciones culturales.

Ante las anteriores situaciones, se advierte una tendencia de corte extremadamente liberal que en pro de los derechos individuales, sacrifica los procesos comunitarios, dejando de lado el mandato constitucional contenido en el artículo séptimo, el cual constituye una clara obligación de parte del Estado al hacerlo garante de la diversidad étnica y cultural de la nación. De igual manera, en sus artículos 70, 71 y 72, hace especial énfasis en la protección del patrimonio cultural en procura de conservar y mantener la identidad de la nación y de sus diferentes expresiones o manifestaciones atendiendo a los componentes étnicos de las colectividades que la conforman.

De allí, que con el propósito de preservar y mantener la identidad cultural, se deba brindar especial protección a la comunidad étnica, armonizando los derechos individuales y colectivos hasta constituir una categoría de derechos

colectivos fundamentales, cuando se trate de la existencia o identidad cultural de grupos minoritarios, los cuales se ven amenazados por la desintegración cuando sus miembros optan por la práctica de cultos y rituales que amenazan las costumbres y usos de ancestral tradición avalados y reconocidos por el Estado. Luego ante la colisión de derechos entre la comunidad y los miembros individualmente considerados ha de observarse si dicha contradicción amenaza la existencia de la comunidad por vía del deterioro de la identidad, el abandono de prácticas, usos y costumbres que le dan el carácter particular a la colectividad o la singularidad que los lleva a diferenciarse de otras formas de agrupación societal, en este caso, deberá protegerse a la comunidad por encima de los derechos individuales de sus miembros con el único propósito de proteger la existencia del grupo del cual el individuo es solo un miembro.

Referencias

- Anaya, S. J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Andalucía: Editorial Trotta, Universidad Internacional de Andalucía.
- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis.
- Bonilla Maldonado, D. (2007). *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Editorial Siglo del Hombre editores.
- Convenio N° 169 de la OIT (Ley 21 de 1991).
- Corte Constitucional, Sentencia T-257 de 1993.
- Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993.
- Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 1996.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-518 de 1998.
- Corte Constitucional, Sentencia T-1022 de 2001.

- Corte Constitucional, Sentencia T-811 de 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia T-349 de 2008.
- Echeverry, Y. & Jaramillo, J. (2006). El concepto de justicia en Rawls. En: *Revista Científica Guillermo de Ockham*. pp. 27-52.
- Echeverry, Y. & Jaramillo, J. (2000). La justicia como problema político. Del constructivismo moral kantiano al constructivismo político rawlsiano. En: *Revista Eidos* 11, pp. 108-142.
- Fisk, M. (2004). *Bienes públicos y justicia radical. Una moralidad política para la resistencia solidaria*. Cali: Programa Editorial Universidad del Valle.
- Grueso, D. (2004). La determinación histórica y contextual de la filosofía de John Rawls. En: García Jaramillo, L. (Ed.) *John Rawls. El hombre y su legado intelectual*. Manizales: Universidad de Caldas.
- Hábermas, J. (1999). *La inclusión del otro*, Barcelona: Editorial Paidós.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Peces Barba, G. (1994). La Universalidad de los Derechos Humanos. *Doxa*, 15-16.
- Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Taylor, C. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Editorial Paidós, 1994.
- Taylor, C. (1993). *El multiculturalismo y la ética del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Taylor, C. (1996). *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*. Barcelona: Paidós.
- Walzer, M. (2001). *Las esferas de la justicia*, México: Fondo de Cultura Económica.

03

La última Corte Suprema de Justicia de la hegemonía conservadora en los inicios del gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo, 1934-1935*

Mario Alberto Cajas Sarria

Universidad Icesi | mcajas@icesi.edu.co

* Este artículo es una versión revisada del trabajo: «Alfonso López Pumarejo y la última Corte Suprema de Justicia de la hegemonía conservadora, 1934-1935», publicado originalmente en la *Revista de Derecho*, núm. 40 de 2013. Se reproduce con la autorización de la *Revista de Derecho* y del autor.

La consolidación de la Segunda República Liberal en Colombia inició con la llegada al poder del presidente Alfonso López Pumarejo, quien gobernó en el período constitucional 1934-1938 pues, si bien la administración que lo antecedía era la del también liberal Enrique Olaya Herrera (Concertación Nacional: 1930-1934), su gobierno había sido de transición. Con Olaya los liberales recuperaron una buena parte la burocracia que había monopolizado el partido Conservador por varias décadas, pero aun así pervivían en manos conservadoras varias instituciones claves del Estado, como por ejemplo la rama judicial, y en particular la Corte Suprema de Justicia.¹

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia y la rama judicial que recibían al nuevo gobierno liberal eran ampliamente dominadas por jueces de origen conservador. La Corte era el ejemplo paradigmático de cómo ese partido había monopolizado los poderes públicos gracias a que su dominio electoral le había hecho ganar de manera sucesiva el Ejecutivo y el Legislativo desde el año 1914, luego del fracaso electoral de la Unión Republicana que gobernó entre 1910 y 1914 tras la salida de Rafael Reyes del poder.² En efecto, en 1934 el tribunal estaba compuesto por siete magistrados conservadores y cinco liberales.

1. Olaya mantuvo un gabinete ministerial con representación conservadora en su gobierno de la *Concertación Nacional*. El dirigente y senador conservador Laureano Gómez empezó a obtener el dominio de su partido hacia 1932, mientras arreciaba su oposición al gobierno y sus críticas al partido liberal. La confrontación partidista aumentaba a medida que Gómez obtenía el control del partido e iba desplazando a influyentes conservadores moderados, como Guillermo Valencia quien renunció al senado y se retiró de la política en 1933. Ese mismo año, argumentando la violencia ejercida por el liberalismo en contra de los conservadores, Gómez ordenó la abstención de su partido en las elecciones y el liberalismo se hizo al control de los concejos municipales en abril y de la Cámara de Representantes en mayo. (Henderson, 2001).

2. La Unión Republicana fue un partido que agrupó a liberales y conservadores y fue fundamental para la salida del poder de Rafael Reyes en 1910. Reyes era conservador, había sido elegido en 1905, y ante el bloqueo de facciones conservadores en el Congreso, decidió clausurarlo y se declaró dictador. La Unión Republicana fue también artífice de la reforma constitucional, aprobada por la asamblea constituyente en 1910, que optó por un sistema de *frenos y contrapesos* entre las ramas del poder público, unas reglas básicas para la convivencia pacífica de los partidos políticos, y estableció la acción pública de inconstitucionalidad, según la cual cualquier ciudadano podía demandar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes que considerara contrarias a la Constitución. Sobre la Unión Republicana y el gobierno de Carlos E. Restrepo (1910-1915), véanse: Rubiano Muñoz (2011); Restrepo (1972); Melo (1989).

Su período había iniciado el 1º de mayo de 1930, y terminaba el 30 de abril de 1935³. Los magistrados llegaban a la Corte tras ser elegidos por congresos abrumadoramente conservadores, a partir de ternas propuestas por gobiernos del mismo partido, todo lo cual había garantizado el predominio continuo de los conservadores en la Corte por cerca de veinte años⁴. Cuando el presidente López se posesionó el 7 de agosto de 1934 los magistrados habían sido elegidos por el Congreso a partir de ternas conformadas por el presidente Conservador Miguel Abadía Méndez a mediados de 1929, así que aunque el liberalismo gobernaba desde 1930, no había logrado afectar el dominio conservador sobre la rama judicial y su cabeza.

La espera de López para renovar la Corte Suprema de Justicia duraría poco. Como veremos en breve, con el triunfo en las elecciones legislativas de 1933, el Ejecutivo liberal no solo había asegurado el dominio de su partido en la Cámara de Representantes, sino también la posibilidad de postular un mayor número de ternas liberales para elegir magistrados en la Corte Suprema de Justicia para el período quinquenal que iniciaba el 1º de mayo de 1935⁵. Pero mientras llegaba el momento del cambio, la administración López Pumarejo

3. Por ejemplo, en la elección de magistrados de la Corte por la Cámara de Representantes el 29 de agosto de 1929, el partido conservador tenía setenta y cinco curules, mientras que el partido liberal ocupaba treinta y cinco; es decir, el conservatismo prácticamente doblaba a su contraparte. De las seis ternas para magistrados de la Corte postulados ante la Cámara por el presidente Abadía Méndez, cuatro eran conservadoras y dos liberales (Consejo de Estado, sentencia del 1 de abril de 1930, M.P. Pedro Alejo Rodríguez). Sobre la elección de los magistrados de la Corte por la Cámara de Representantes en 1929 véase: *El Tiempo* (31 de agosto de 1929:1).

4. Esta era la composición política del Congreso en el último gobierno de la hegemonía conservadora y los inicios de la República Liberal: En 1927 el Senado se componía de 15 liberales y 33 conservadores. En 1929 en la Cámara de Representantes 42 curules eran liberales y 71 conservadoras. En 1931, los senadores liberales eran 25 y los conservadores 31. En 1935 había 56 senadores liberales y ningún conservador, mientras que en la Cámara había 118 liberales y ningún conservador (Palacios, 2004).

5. «Artículo 17: Es atribución del Senado (...) elegir cuatro Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y sus suplentes, de ternas presentadas por el Presidente de la República.» «Artículo 20: Son atribuciones de la Cámara de Representantes: (...)3. Elegir cinco Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y sus suplentes, de ternas que presente el Presidente de la República» (Acto Legislativo No. 03 de 1910).

tendría que lidiar con el tribunal que era percibido como el último bastión de la hegemonía conservadora⁶.

Este trabajo analiza las relaciones entre el Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, integrada por una mayoría de magistrados de origen conservador, durante el primer año de gobierno del presidente liberal Alfonso López Pumarejo; en particular con ocasión del control constitucional que ejerció la Corte a la reforma tributaria dictada por decreto de estado de sitio, que era considerada central para el proyecto político del gobierno de la Revolución en Marcha.

En primer lugar, el artículo plantea el enfoque bajo el cual se examina este momento de la historia de la Corte Suprema de Justicia. La segunda parte se ocupa del comportamiento estratégico de una Corte dominada por magistrados de origen conservador, que parecía intentar una relación de colaboración institucional con el nuevo gobierno. Luego reconstruye el juicio de constitucionalidad a la reforma tributaria que la corporación declaró inexecutable en 1935, y que produjo que la Corte Suprema fuera percibida como un órgano que actuaba con intereses partidistas. Al final se presenta un análisis en conjunto del papel político de la Corte en esta coyuntura del régimen político colombiano.

6. En la historia política colombiana la hegemonía conservadora comprende el largo período que va de 1886 a 1930, en el cual el partido conservador dominó ampliamente las instituciones del Estado. Sin embargo, es importante matizar este período con algunos momentos de mayor participación de los liberales en el poder, o con gobiernos de *coalición*, como fue el caso de la Unión Republicana, que tuvo lugar entre 1910 y 1914. También es importante resaltar que *hegemonía* no alude a cohesión total de la República Conservadora, pues en varios de sus gobiernos hubo divisiones y tensiones facciosas, como fue el caso del gobierno del presidente Sanclemente, que terminó con el golpe de estado por el vicepresidente Marroquín, que también era conservador.

La Corte Suprema de Justicia como juez constitucional en una perspectiva histórica y política⁷

En la literatura jurídica, política e historiográfica colombiana hay un vacío en los estudios sobre el papel político de los tribunales constitucionales en una perspectiva histórica. El derecho suele estudiar las Cortes enfocándose en una doctrina legal aislada del contexto político y con escasas aproximaciones historiográficas⁸. Para la Ciencia Política la justicia constitucional se analiza desde la preocupación por la independencia judicial o la *política judicial*, con enfoques que en muy poca medida dan relevancia a las doctrinas legales, o que no rastrean las trayectorias de los tribunales en un largo período.

Este artículo hace parte de una agenda de investigación que busca reconstruir la trayectoria de la justicia constitucional colombiana con una perspectiva más amplia que aquellas que predominan en la literatura jurídica, politológica e historiográfica local. Esto significa comprender que el cambio constitucional no es solo el producto de la evolución –o involución– doctrinal de la jurisprudencia de la Corte Suprema o del derecho nacional, ni es resultado único de las condiciones políticas en que estuvo inmersa la Corte, o de las ideologías de sus magistrados, o de las estrategias políticas de cada uno de ellos o de la corporación en su conjunto frente a otras instituciones, en una determinada decisión (Cajas, 2015).

En esta perspectiva, la Corte Suprema de Justicia no se considera como un tribunal que tomó decisiones aisladas de todo contexto e influencia política, o ajeno a ambientes institucionales. Por el contrario, la corporación tomó decisiones en determinados contextos políticos y en distintas coyunturas políticas, tanto por las cuestiones que debió decidir o como producto de haberlas resuelto o dejado sin resolver. Así mismo, actuó bajo un ambiente institucional interno (los magistrados, sus estrategias) y externo (las presiones de las otras ramas, las audiencias: partidos, opinión pública); y por supuesto, de las doctrinas (Gillman

7. Para un estudio amplio sobre cómo construir una narrativa de la Corte Suprema de Justicia en Colombia, véase: Cajas Sarria (Tomo I, 2005:13-54).

8. Dentro de la literatura sobre la historia de las Cortes en perspectiva política en la región, con diferentes enfoques, véanse: James (2013); Tanzi (2008); Oteiza, (1994); De Lima Lopes (2012); Para el caso de la Corte Suprema de Justicia colombiana véanse: González Jácome (2007). Para una historia judicial colombiana que reconoce la interdependencia entre derecho y política, véanse: Sarmiento (2012) y Cajas Sarria (Tomos I y II, 2015)

y Clayton, 1999:2). La Corte, pues, fue un órgano judicial y a la vez un actor político, pero un actor político *especial* que no se puede comparar con el Congreso o el Ejecutivo. A diferencia de esos órganos elegidos democráticamente, la legitimidad de la corporación descansaba sobre su jurisprudencia; sobre sus decisiones que debían expresar el ideal de un ejercicio apolítico y neutral del Derecho. Al ser un operador jurídico, el tribunal estuvo sometido a las restricciones del sistema jurídico en el que debía actuar, por el discurso jurídico en el que operaba, y por su pertenencia a una comunidad interpretativa de juristas (Kahn y Kersch, 2006:1-32).

El cuanto al rol político de la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional es importante recordar que este sigue aún inexplorado. En efecto, es muy poco lo que se conoce sobre la historia de las relaciones entre el Ejecutivo y la cúpula de la rama judicial en el régimen político colombiano. Con respecto a la coyuntura particular de la que se ocupa este artículo, no se han estudiado las relaciones entre el gobierno y una Corte integrada por mayorías Conservadoras: un tribunal que tenía facultades para ejercer control sobre los actos del gobierno, y que además arbitraba en los conflictos suscitados entre el Ejecutivo y un Congreso en el cual los conservadores conservaban una amplia capacidad de maniobra política.

Sobre el primer gobierno del presidente Alfonso López Pumarejo (1934-1938) es oportuno señalar que politólogos, historiadores y juristas han privilegiado como objeto de estudio la célebre reforma constitucional de 1936, o se han enfocado en las reformas sociales o la economía de la Revolución en Marcha, o en el proyecto político, o en la figura notable del presidente López⁹, dejando a un lado el análisis de aspectos tales como las relaciones de su administración con la rama judicial.

En suma, este trabajo pretende contribuir a una mejor comprensión del control constitucional colombiano, y del papel que jugó la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional, y por tanto actor del régimen político, en una perspectiva histórica, en este caso en el contexto de la transición de la hegemonía conservadora a la Segunda República que se consolidó con el gobierno de la Revolución en Marcha.

9. La bibliografía es amplia. Ejemplos contemporáneos son: Botero (2006); Mora Toscano (2010) y Muñoz Segura (2010).

La Corte Suprema conservadora en los primeros días del gobierno de Alfonso López Pumarejo, 1934.

El partido conservador se abstuvo de participar y de presentar candidato en las elecciones presidenciales de abril de 1934, mientras mantenía una férrea oposición al partido liberal y al candidato Alfonso López Pumarejo. Como era de esperarse, la confrontación partidista se intensificó desde la llegada de López al poder el 7 de agosto del mismo año. El nuevo gobierno integró su gabinete exclusivamente con ministros liberales, mientras el conservatismo bajo el liderazgo del senador Laureano Gómez dirigía sus más enconadas críticas contra el liberalismo y contra el Ejecutivo.

La Corte Suprema de Justicia, integrada mayoritariamente por magistrados de origen conservador, tan solo esperó diez días desde la posesión del presidente López para visitarlo en el Palacio de San Carlos, que era la sede presidencial. Al encuentro del 17 de agosto de 1934 acudieron los magistrados de origen conservador Francisco Tafur, Julio Luzardo Fortoul, Ignacio González Torres, Juan C. Trujillo Arroyo, Juan Evangelista Martínez, Germán B. Jiménez, Jenaro Cruz Victoria, y el presidente de la corporación, Enrique Becerra. Los magistrados de la minoría liberal eran José Miguel Arango, Remigio González Gooding, José Joaquín Hernández y Tancredo Nannetti.¹⁰ Si bien esta visita parecía protocolaria, en ella pronunciaron discursos tanto el presidente López como el presidente de la Corte, y ambos aprovecharon para dejar sentada su posición sobre el papel del Derecho y los jueces en la realidad nacional.

El presidente López tomó la palabra, e inició refiriéndose a la necesidad de devolverle la independencia al poder judicial y «rescatarlo» de los dominios de la hegemonía judicial del conservatismo:

Necesitamos el apoyo invaluable de los jueces, porque a ellos está confiado, quizás en un momento más definitivo que a los otros poderes, el sostenimiento de la democracia(...) El movimiento social que me ha llevado al poder procurará devolver al juez colombiano la integridad de su independencia, libertándolo hasta donde ello es posible,

10. Es probable que esta Corte que visitó al presidente López Pumarejo aún tuviera aspiración de ser reelegida para el período siguiente, pues aquél postularía al Congreso las ternas para los magistrados que ejercerían funciones desde el 1º de mayo de 1935, y el proceso de elección se surtiría entre el segundo semestre de 1934 y el primer trimestre de 1935.

de la preocupación política, que forzosamente habrá de dominarlo mientras en su elección, su permanencia en la carrera, o su destitución, dependen principalmente del partido que ejerce el poder. El mismo no aspira a subsistir con su hegemonía judicial, la que existían antes de 1930. Quiere devolver al poder judicial, como devolvió ya y seguirá devolviendo a la nación, a la competencia técnica de la lucha civil respetable y pura de sufragio, las posiciones que encontró en manos del conservatismo(...)¹¹

López también demandó de la Corte su compromiso con las reformas liberales:

Espero de los señores magistrados una íntima colaboración con el Legislativo y el Ejecutivo para que las iniciativas y las reformas que hayan de presentar tengan el apoyo de vuestra sabiduría, de vuestra experiencia. La opinión pública está de acuerdo con casi todas ellas, y solo la pesada tradición que nos ata a viejas concepciones sin realidad, es lo que ha impedido que las aspiraciones populares encuentren expresión legal.

López también aprovechó para recordarle a la Corte que la realidad social del momento exigía nuevos enfoques interpretativos a los jueces:

Para que haya una justicia inteligente, que busque adaptarse a los nuevos hechos sociales, es necesaria una atmósfera de libertad judicial que no ha existido entre nosotros. (...) La adaptación de los preceptos que han perdido fuerza por su inactualidad a una vida mucho más compleja, donde no son ya idénticas las relaciones individuales y sociales ante los mismos hechos, ni los hechos idénticos a aquellos para los que se legisló hace medio siglo, es una función de los jueces que requiere una mayor libertad. (...) Vosotros, señores jueces, tenéis la manera de hacer confianza en el régimen nuevo, abandonando la tradición que os ha hecho refugiar tantas veces en una interpretación pálida y rígida de los preceptos legales, imponiéndole al país un tiránico concepto de la Constitución y la ley. Quiero invitaros a entrar en este movimiento nacional (...) para que se administre justicia con rapidez, con buena voluntad, con un criterio más contemporáneo, y para que nuestras normas arcaicas tengan en vosotros los vitalizadores entusiasmados que les permitan sobrevivir o ser sustituidas sin perjuicio de los intereses nacionales y de la misma ley, que cuando queda en contradicción con un nuevo espíritu nacional acaba por ser desobedecida o violada abiertamente (El Tiempo, 18 de agosto de 1934:1-2).

El presidente cerró su intervención afirmando que el gobierno garantizaría la independencia al poder judicial, pero que solicitaba de los jueces «justicia

11. El discurso de López y la respuesta del presidente de la Corte en: El Tiempo (18 de agosto de 1934:1-2).

democrática y colaboración para que con su concurso y su apoyo la ley sea más fácil de cumplir, y se cumpla» (El Tiempo, 18 de agosto de 1934:1-2).

El presidente de la Corte Suprema, Enrique Becerra, respondió al presidente López con un discurso que combinaba la postura doctrinal de la corporación y al mismo tiempo sus puntos de vista sobre la política judicial. Así, insinuó que la Corte y el poder judicial tenían una visión contemporánea del Derecho, tal vez tratándolo de hacer coincidir con las exigencias transformadoras del gobierno de López Pumarejo:

Nuestra generación judicial gusta del esfuerzo y ama la acción, porque está convencida que quienes ejercen la judicatura no tienen por fin oculto ignorar la ley, ni abatirla ni sustituirla con su libre arbitrio: los más progresistas de entre ellos, aunque otra cosa se piense, son los que más la respetan; y este respeto estriba en el carácter de realidad que la informe, porque ellos saben que la ley no es sino la voz de la justicia y que al lado de ellas hay otras fuentes de derechos fundamentalmente imperativas, y por más que se les pida, en nombre de una lógica seductora, de una pseudociencia, una decisión que consagre una inequidad o contrario al buen sentido, ellos habrán de contestar siempre, NO.

El magistrado Becerra expresó así el ánimo de colaboración del tribunal con el nuevo gobierno:

En un sistema genuinamente democrático como el nuestro, donde la libertad individual ejercida mediante el sufragio como función constitucional, es la norma de todas las instituciones, la colaboración de los poderes públicos –aunque diferenciados en sus atribuciones– establece la verdadera fórmula del equilibrio político, porque ellos entre sí y en todo tiempo se controlan, se limitan y se complementan. Y así, como aparece demostrado, cuando la ley es insuficiente por sí misma para regir la complejidad de las relaciones sociales, la labor normal que al poder judicial corresponde, dentro de la esfera de sus atribuciones, es la de adecuar la ley al momento histórico que se viva, para hacerla eficaz de acuerdo con las costumbres, precisándola dentro de la equidad. Esta misión, en el sentido estricto de la palabra, es gobernar; es ejercer grande influencia sobre los principios de orden, de justicia y de libertad que son la base de nuestras concepciones humanas y de nuestra civilización; misión que es de orden superior porque es de ideas, de moral pura, de equilibrio social; y así, interviniendo los jueces en el sostenimiento de estos principios fundamentales, consolidan y defienden la civilización. (...) Poner al juez bajo el imperio de los principios, en los casos de insuficiencia u oscuridad de la ley, tal como ésta lo prevé, nada tiene de arbitrario ni nada que contradiga su carácter de rector de la jurisprudencia; es hacer

que prevalezca el espíritu sobre la letra; resultado con el cual no sería lógico protestar, porque esto no es abandonar al juez ni a una libre interpretación científica sin garantía, ni a impulsos inquietantes para la equidad. La orientación del juez hacia principios determinados significa que el orden social, como la justicia y el bien, están polarizados en una dirección ordenada y conselente; así se admite que por encima de la ley existe la legitimidad jurídica constitucional a la cual están sometidos tanto los legisladores como los jueces y los justiciables; legitimidad que, como ordenamiento racional domina desde lo alto todas las realizaciones jurídicas positivas.

Becerra concluyó su discurso ante el presidente López tanto afirmando las posturas de la Corte, como haciendo solicitudes al Ejecutivo:

Para que nuestros jueces en sus actividades llenen estos anhelos es necesario [que] gocen de independencia política, social y económica que los eleve sobre el nivel común. (...) Como jueces colombianos estamos vinculados a vuestra labor de gobierno: un mismo ideal nos inspira, un solo sentimiento mueve nuestras actividades y una misma responsabilidad nos obliga: ese ideal de nuestra patria, ese sentimiento es el deber y esa responsabilidad procede del mandato que aceptado mediante el juramento, hace garante de nuestro obrar al Todopoderoso, en Quien, ante la flaqueza de nuestro entendimiento y la debilidad de nuestro brazo, para asegurar el éxito debemos poner nuestra confianza a fin de que nos ilumine y fortalezca (El Tiempo, 18 de agosto de 1934:1-2).

En suma, en este primer encuentro con la Corte conservadora, López dejaba muy en claro que requeriría de su participación para las transformaciones institucionales que se proponía. Al mismo tiempo López expresaba sus preferencias por la interpretación jurídica que dejaba de lado el formalismo de los textos, y clamaba por una acorde a la realidad social. Por su parte, el presidente de la Corte insistía ante el Ejecutivo en la necesidad del apoyo estatal al poder judicial, y quería mostrarse del lado de un derecho contemporáneo, acorde con los vientos de cambio que soplaban en las ciencias jurídicas; y por supuesto, dispuesto a acompañar al gobierno desde la neutralidad de la función judicial.

Sin embargo, como veremos en seguida, este ambiente de armonía terminaría pronto cuando el partido Conservador en el Congreso se convirtiera en protagonista, y la Corte tendría que arbitrar entre éste y el gobierno, justo cuando parecían darse los primeros pasos del enconado enfrentamiento bipartidista que produjo la Revolución en Marcha.

La reforma tributaria por decreto de estado de sitio y la Corte Suprema de Justicia, 1935.

La reforma tributaria de 1935 como salida al bloqueo conservador

Como se dijo, Alfonso López Pumarejo había ganado las elecciones presidenciales en 1934 y el 7 de agosto se posesionó ante un Senado de la República dominado por el partido conservador bajo el liderazgo del enconado adversario del liberalismo, el senador Laureano Gómez Castro. Con su llegada al poder se emprendería profundas reformas en materia educativa, laboral, a la propiedad, en materia tributaria y una reforma a la Constitución de 1886, todas bajo la denominada Revolución en Marcha. De inmediato la oposición conservadora haría todo lo posible por oponerse a las reformas y al gobierno, como también lo harían algunos sectores económicos y la Iglesia Católica.

Al iniciar su mandato, el presidente López contaba con mayorías en la Cámara de Representantes, pero no ocurría lo mismo en el Senado, en donde, como se dijo, el partido conservador era mayoritario.¹² Así, durante el primer año del periodo de López (1934-1935) el gobierno enfrentó la fuerte oposición del Senado, que bloqueó varios proyectos de ley, al punto que a escasos tres días de terminar el año 1934, y de vencerse el período de sesiones del Congreso, aún no se había aprobado el presupuesto que requería la administración para el año fiscal 1935. El gobierno, por su parte, se dedicó a hacer notar a la opinión pública las consecuencias negativas de no contar con un presupuesto de rentas y gastos para el periodo siguiente, tarea que no le quedó nada difícil pues para 1934 la percepción generalizada era que la economía nacional atravesaba serias dificultades: la tasa inflación había sido del 39%, una de las más altas registradas en el país (Palacios, 2004).

12. López, además, enfrentó la oposición de la Iglesia Católica, que había sido uno de los grandes apoyos de la hegemonía conservadora, y que ahora rechazaba la postura política del liberalismo con respecto a aspectos tan sensibles como la educación, el matrimonio, el divorcio, la reforma constitucional y el proyecto de modificación del Concordato suscrito con la Santa Sede en 1887. Como la rebelión de Franco contra las autoridades de la República Española fue aprovechada por la derecha colombiana para tratar de hacer un paralelo de lo que estaba sucediendo en el país, varios prelados hacían uso de sus pastorales para atacar al gobierno de López por sus supuestos vínculos con la masonería (Malagón y Gaitán, 2009:300).

Aunque el recurso del estado de sitio para evadir el bloqueo conservador del Senado era una herramienta que estaba a la mano del poder Ejecutivo, en este caso López prefirió esperar hasta los últimos días del mes de diciembre de 1934 para dictar los decretos No. 2429 y 2432 al amparo del decreto de estado de sitio No. 1435 del 11 de septiembre de 1932, por el cual el gobierno del presidente Enrique Olaya Herrera había declarado turbado el orden público en Amazonas, Caquetá y Putumayo, con motivo de la Guerra con el Perú¹³. Por medio de los decretos No. 2429 del 28 de diciembre y 2432 del 29 de diciembre de 1934 se modificaba el impuesto sobre la renta, incluyendo el aumento de la tarifa, y se establecía la contribución de «cuota militar»¹⁴. Con esas medidas López pretendía afrontar el déficit fiscal para el año 1935. El gobierno buscaba la conexidad de las medidas con el conflicto fronterizo al expresar que «por razones claras de defensa nacional ha sido preciso aumentar en forma muy considerable el presupuesto del ministerio de guerra para atender la defensa del territorio patrio como a la conservación y mantenimiento de los nuevos elementos adquiridos» (El Tiempo, 29 de diciembre de 1934).

Los decretos fueron percibidos como una reforma tributaria impuesta por el Ejecutivo. La oposición conservadora criticó con dureza los decretos y en

13. Con base en ese decreto de 1932 Olaya había dictado diversas medidas, aduciendo la necesidad de repeler la ocupación peruana del trapecio amazónico. Sobre el conflicto, entre otros, véanse: Atehortúa Cruz (2007); Betancur y Restrepo (2001); Donadio (2002) y González et al. (2012).

14. «Los decretos legislativos ponen en vigencia una parte de los proyectos del gobierno que fueron llevados a la más amplia discusión del congreso y consultados a la opinión pública hace tiempo. Uno es el crédito adicional para gastos del ministerio de guerra, ya realizados, ya ejecutados, ya cumplidos, o demorados hasta ahora por la falta de aprobación del senado (...), que no han sido considerados en primer debate después de haber llegado de la Cámara de Representantes. El otro es el denominado cuota militar (...) Como lo ha explicado el gobierno y el propio presidente de la república al país por radio, los cuantiosos gastos ocasionados por el conflicto con el Perú están sin pagar en parte y han creado nuevas necesidades que es preciso atender (...) Al quedar el gobierno nacional sin presupuesto y sin recursos para cubrir el déficit fiscal que mostró al Congreso en el presupuesto para 1935, al quedar sin autorización extraordinaria alguna para solucionar esta situación administrativa gravísima, debe someterse al presupuesto de 1934 (...) (que) suma alrededor de 44 millones de pesos, y los gastos calculados para 1935 son de 61 millones» (El Tiempo, 29 de diciembre de 1934).

la Cámara de Representantes se llevó a cabo un debate que duró varios días.¹⁵ Por ejemplo, el destacado constitucionalista y congresista de ese partido, Francisco de Paula Pérez, en la sesión del 2 de enero de 1935 expresó que «sin sentido de partido y con un criterio esencialmente jurídico» debía estudiarse el problema creado por las medidas dictadas por López. Según *El Tiempo*, el parlamentario afirmó que no podían vulnerarse impunemente los principios de la democracia, «porque en este juego de la política, lo que es hoy mayoría, puede ser mañana minoría y viceversa y que un precedente funesto como el de estos decretos constituye un arma de dos filos que más tarde puede perjudicar al liberalismo» (El Tiempo, 3 de enero de 1935:7). Pérez también señaló «que sólo los representantes directos del pueblo pueden establecer gravámenes». Con respecto a la facultad presidencial de decretar el estado de sitio por turbación del orden público manifestó que «el poder ejecutivo no puede crear el acto social que determina esta turbación, sino reconocer un hecho determinado y obrar en consecuencia», lo cual el gobierno no había hecho en este caso pues «en la actualidad no existe uno solo de los hechos que podrían determinar la turbación del orden público, y esto no solo en lo interno sino en lo internacional» (El Tiempo, 3 de enero de 1935:10).

La minoría conservadora en la Cámara de Representantes incluso hizo esta proposición a la plenaria en la sesión del 2 de enero de 1935:

La Cámara de Representantes, en vista de los recientes decretos emanados del poder ejecutivo que establecen nuevos impuestos, modifican otros ya existentes y abren créditos adicionales al presupuesto de la actual vigencia, resuelve:

Reafirmar la prerrogativa que la Constitución y las leyes nacionales otorgan exclusivamente al congreso para abrir créditos adicionales al presupuesto, no estando aquel en receso y para imponer contribuciones en tiempo de paz, y en especial a esta cámara para iniciar la formación de las leyes que establezcan nuevos tributos y aumento a los existentes. Publíquese por carteles y en los Anales de la Corporación (El Tiempo, 3 de enero de 1935:7).

El gobierno reaccionó por conducto del Ministro de Gobierno y uno de los artífices de Segunda República Liberal, Darío Echandía, quien participó en el

15. El Senado de la República también analizó con detalle las medidas del gobierno con la crítica fuerte del partido conservador. Por ejemplo, véase *El Tiempo* (8 de enero de 1935:1-2).

debate y refutó que el representante Pérez argumentara la defensa de la Constitución pues en realidad la vulneraba cuando proponía una «censura» en contra del gobierno, lo cual era abiertamente inconstitucional. Según Echandía, él mismo como senador había propuesto una reforma a la Constitución vigente que prohibía los votos de censura pero que desafortunadamente ese proyecto no había prosperado en el Congreso. De igual modo, hizo una defensa jurídica de la constitucionalidad de los decretos: Argumentó que la Constitución no tenía «fórmulas sacramentales» y que tanto el significado textual de las palabras como al sentido jurídico de ellas indicaban que el poder ejecutivo sí tenía la facultad necesaria para dictar los decretos firmados. Recordó también que «todas las constituciones de los países civilizados» reconocían que existía una «legalidad normal y otra anormal, lo que hacía diferente el valor de las medidas legislativas en una y en otra a tal punto que garantías individuales como la propiedad privada y la libertad civil, consagradas explícitamente en la Constitución, la misma Carta Política las limitaba en las circunstancias especiales de la legalidad anormal» (El Tiempo, 3 de enero de 1935:7). Agregó que sí podían coexistir ciertas facultades del Ejecutivo que podrían llamarse *legislativas* cuando expedía este tipo de decretos y que coexistían con las del poder legislativo (El Tiempo, 3 de enero de 1935:7). También expresó que las situaciones de guerra y paz de que hablaba la Constitución debían entenderse en el sentido de que había otros «estados intermedios» que requerían actuaciones del Ejecutivo, como por ejemplo cuando ocurrían «cataclismos» como en Mánizales o de un «peligro social» como la pasada huelga en Medellín en los cuales el gobierno suspendió las garantías individuales. Echandía recordó ejemplos de cómo presidentes «legalistas y respetuosos de los fueros de los poderes públicos», como el conservador José Vicente Concha, había reglamentado las huelgas por medio de un decreto que estuvo vigente hasta que se dictó la ley de huelgas, a pesar de que ningún artículo constitucional lo facultaba para expedir tal decreto, o el de «vagancia y ratería» (El Tiempo, 3 de enero de 1935:13).

El ministro Echandía también insistió en la urgencia de dictar los decretos criticados por la minoría conservadora, en especial el de los créditos de guerra. Recordó que aunque el proyecto ya había sido aprobado en tres debates en la Cámara, el presidente del Senado le había dicho al gobierno que ni siquiera pondría el proyecto en el orden del día. La minoría conservadora le replicó que el gobierno no había enviado mensaje de urgencia para el proyecto, a lo

que Echandía contestó que de la exposiciones de motivos se desprendía la imperiosa necesidad de aprobarlo. Por último, afirmó que los decretos tendrían una vigencia temporal de modo que no derogaban sino que suspendían leyes vigentes que le fueran contrarias mientras duraban vigentes tales medidas (El Tiempo, 3 de enero de 1935:13).

El representante liberal Jorge Eliécer Gaitán también intervino en otra sesión del debate que tuvo lugar el 10 de enero de 1935. Manifestó que el partido conservador debía ahora soportar las consecuencias de la aplicación de la Constitución de 1886 por los liberales pues esa Carta Política «cesarista» había sido «hecha por el conservatismo para no caerse del poder» y uno de sus defectos era la de conceder «grandes facultades al presidente de la república en el orden político y restringirlas todo lo posible en los órdenes económico y social» (El Tiempo, 11 de enero de 1935).

La Corte Suprema juzga los decretos de estado de sitio

Los decretos de estado de sitio dictados por el gobierno de López Pumarejo trasladaron la tensión partidista entre el Ejecutivo liberal y la oposición conservadora hacia la Corte Suprema y el gobierno con motivo del juicio de constitucionalidad del Tribunal a las demandas de inconstitucionalidad formuladas en contra de las medidas mencionadas. Esto ocurriría a muy escasos meses de aquel encuentro cordial en el Palacio de San Carlos.

Las demandas de inconstitucionalidad en contra de los decretos de López llegaron con el primer día de 1935 y fueron presentadas en su propio nombre por Enrique Soto, Gabriel Ortiz, Alberto J. Williamson, José Luis Trujillo Gómez, Enrique Casas, Daniel Sáenz, Juan de Vengoechea y José Camacho Carreño. Varios de los demandantes, tenían vínculos con el gremio cafetero del país, y con la Sociedad de Agricultores de Colombia, una de las organizaciones gremiales que se oponía a las políticas de López en materia de tierras. Por ejemplo, Soto era miembro del Comité Nacional de Cafeteros de Colombia y vicepresidente de la Sociedad de Agricultores de Colombia (SAC) en Cundinamarca, Ortiz era cafetero y había sido secretario privado y vicepresidente de la SAC; Williamson era vicepresidente de la SAC; De Vengoechea era dirigente cafetero en Cundinamarca. Por su parte, Camacho Carreño, era un destacado político, escritor e

intelectual conservador fundador del grupo *Los Leopardos* en 1935 y además de la A.P.E.N. (Acción Patriótica Económica Nacional), sector de derecha fundado en 1934 que también se oponía a las políticas de la Revolución en Marcha a la que acusaban de poner en peligro el derecho de propiedad.¹⁶

La demanda formulaba dos tipos de cargos de inconstitucionalidad. En primer lugar, que los decretos de López carecían de conexidad con el estado de sitio declarado por el presidente Enrique Olaya Herrera con motivo del conflicto con el Perú del año 1932, pues ya para 1934 este se había superado, de modo que el estado de sitio habría cesado al recuperarse la paz y la tranquilidad en la región fronteriza con Perú. Asimismo, señalaron que el estado de sitio declarado en el año 1932 se circunscribía a una zona específica del país, mientras que los decretos dictados por López en 1935 tenían vigencia en todo el territorio nacional, con lo cual el Ejecutivo había excedido el uso de sus facultades constitucionales. Por todo esto, argumentaron ante el tribunal que los decretos demandados se habían dictado «en tiempo de paz», y que por lo tanto, de acuerdo con la Constitución, el Congreso era el único órgano competente para tomar medidas de alcance tributario y presupuestal.

Tres meses después de recibidas las demandas, en plena confrontación partidista entre el Ejecutivo Liberal y la oposición conservadora, y a menos de un mes de que la Corte terminara su período legal, el 2 de abril de 1935, con ponencia del magistrado Enrique Becerra la corporación declaró inexecutable los dos decretos dictados por López. Para el momento de la decisión ya se sabía que los magistrados que la suscribían no habían sido reelegidos para el período 1935-1940, pues entre agosto de 1934 y abril de 1935 el presidente López había presentado las ternas para que el Congreso eligiera a los magistrados que harían parte de la Corte, y en ellas solo había incluido el nombre de Juan Francisco Mujica, suplente del magistrado liberal José Miguel Arango¹⁷. Así, para abril de 1935, el Congreso dominado por los liberales ya había elegido

16. Sobre la oposición de los propietarios agrupados en la SAC y la APEN a la reforma agraria de López, así como del papel de la Federación Nacional de Cafeteros y de sectores de la misma con respecto a la «cuestión agraria» véanse entre otros : Ocampo (1987); Henderson (2001); Palacios (2004) y Pécaut (2001).

17. El Tiempo, en ediciones de agosto de 1934, mencionaba que el presidente López venía preparando las doce ternas para magistrados de la Corte. Para el gobierno, decía el periódico, era claro que jugaría un papel importante la política parlamentaria.

una nueva Corte Suprema, y a partir del 1 de mayo la minoría pasaría a ser mayoría, y los conservadores serían la minoría¹⁸.

En su sentencia, en primer lugar la Corte se declaró competente para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de los decretos, porque a su juicio la Constitución le atribuía una «competencia genérica» de juzgar los actos que fuesen demandados por inconstitucionalidad, sin distinguir las razones o motivos de la acusación¹⁹.

Con relación al cargo de que los decretos violaban la Constitución porque se habían dictado cuando ya había cesado la turbación del orden público que dio origen a la declaratoria del estado de sitio de 1932 (Guerra con el Perú), la corporación se preguntó si aún persistía tal turbación en la región fronteriza con el Perú, y encontró que el presidente López Pumarejo en su mensaje al Congreso del 10 de julio de 1934 había afirmado que el orden público en la frontera ya era normal, que había cesado toda hostilidad con el Perú, y que se había zanjado la disputa fronteriza en el «Pacto de Río de Janeiro» de 1934, que se elevaría a un tratado público binacional. Por último, la Corte tuvo en cuenta el Boletín del Ministerio de Relaciones Exteriores de julio y agosto de 1934, que informaba sobre el restablecimiento total de las relaciones diplomáticas entre Perú y Colombia. Por todas estas razones, para la corporación era claro que se debía «convenir con los demandantes que la situación de hecho que contempló el decreto sobre turbación del orden público no persistía cuando se dictaron los decretos acusados»²⁰.

18. Para el momento del fallo la Corte estaba integrada por Ignacio González Torres, Enrique Becerra, Jenaro Cruz, Carlos Bravo (Conjuez por el impedimento del magistrado Trujillo Arroyo debido a que un familiar suyo era demandante), Remigio González Gooding, José Joaquín Hernández, Manuel Vicente Jiménez, Germán B. Jiménez, Julio Luzardo Fortoul, Juan E. Martínez, Tancredo Nannetti, y Juan Francisco Mujica. Salvaron su voto los magistrados Nannetti, Mujica, Cruz, González Gooding, y Hernández, todos ellos de origen liberal.

19. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de abril de 1935. M.P. Enrique A. Becerra, G.J. No. 62., p. 111.

20. Debe tenerse en cuenta que entre 1932 y el momento en que López dictó los decretos, el gobierno no dictó ningún decreto declarando restablecido el orden público y levantando el estado de sitio. La Corte recordó el artículo 33 del acto legislativo 03 de 1910, que reformó la Constitución Nacional de 1886: «El Gobierno declarará restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos extraordinarios que se hayan dictado».

Aunque la Corte respaldaba el mencionado argumento de los demandantes, optó por estudiar con mayor despliegue otro de los cargos de inconstitucionalidad formulados en contra de los decretos: aquel según el cual el presidente López se había excedido en sus facultades constitucionales al dictar un decreto que no estaba amparado en una declaratoria de estado de sitio de alcance nacional, pues la declaratoria de estado de sitio de 1932 únicamente se aplicaba a la región fronteriza con el Perú. La Corte determinó que el gobierno sí había vulnerado la Constitución, pues este no podía suspender leyes vigentes en materia tributaria, que eran de aplicación en todo el país, ni mucho menos decretar una «cuota militar»²¹.

Por último, la Corte sostuvo que aunque el gobierno de López había justificado los decretos legislativos de 1934 en la urgencia y la necesidad, tanto de los recursos para atender la defensa nacional, como de las partidas presupuestales para el año 1935, la Constitución era clara al asignarle al Congreso la competencia para fijar impuestos y aprobar el presupuesto nacional; de modo que los decretos legislativos acusados eran inexecutable, porque vulneraban el precepto constitucional según el cual «en tiempos de paz solamente el Congreso, las Asambleas y los Concejos podrán imponer contribuciones»²². A este respecto, la Corte señaló que:

Aunque se insista en que para atender a la defensa de las fronteras de la República es preciso llevar adelante la construcción de varias obras públicas, para las cuales no hay en el Presupuesto de mil novecientos treinta y cinco partidas apropiadas; y que en consecuencia el Gobierno está en la obligación de arbitrar los recursos necesarios para atender la construcción de esas obras, por medio de la creación de nuevos tributos (...), y en que por razones claras de defensa nacional, ha sido preciso aumentar en forma muy considerable el presupuesto del Ministerio de Guerra (...) y aunque con todo esto se insista, es imprescindible reconocer que estando atribuida al Congreso,

21. Aquí la Corte interpretó que cuando el artículo 121 de la Constitución expresaba que «en los casos de guerra exterior o de conmoción interior, podrá el Presidente declarar el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella», esto significaba que la Carta distinguía entre dos regímenes distintos para la validez de las medidas de excepción, de modo que si el gobierno solo había declarado el estado de sitio en una parte del país, los decretos legislativos dictados al amparo de aquel debían tener el mismo ámbito de validez territorial. La alusión de la Corte es al artículo 33 del acto legislativo 03 de 1910.

22. La Corte se refería al artículo 6º del A.L. 03 de 1910.

en tiempos de paz, la facultad de establecer las rentas nacionales y de fijar los gastos de la Administración, lo mismo que la votación del Presupuesto (...) así como también la de decretar impuestos extraordinarios (...)»²³.

La decisión dividió a la Corte. El bloque conservador seguía imponiéndose ante los magistrados de origen liberal, que salvaron su voto.

El magistrado Jenaro Cruz consideró que la Corte juzgó los hechos de orden público y su relación con el estado de sitio, de modo que se convirtió en un «Tribunal de Hecho» sobre el conflicto con el Perú y se involucró indebidamente en terrenos políticos que solo eran de competencia del Ejecutivo. Le pareció inaceptable que el fallo sugiriera que ya no estaba turbado el orden público como en 1932, pues «la normalidad legal no se entiende restablecida, sino por un acto jurídico, que es privativo del Gobierno, y es entonces cuando caducan los decretos que haya dictado»²⁴. A su juicio, el constituyente había querido confiarle amplias facultades al gobierno nacional para que este pudiera restablecer el orden público a través del estado de sitio, mientras que la doctrina de la Corte impedía al gobernante «actuar como estadista». En suma, estimó que no había razones jurídicas para que la Corte declarara la inconstitucionalidad de los decretos, pues el Gobierno había obrado dentro del marco constitucional.

Por su parte, Remigio González Gooding agregó que la sentencia se fundaba en una interpretación «errónea, ilegal e injustificada» de la Constitución, pues la Carta establecía que el gobierno «podrá declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella» sin distinguir sobre las medidas que podrían aplicarse en una parte o en todo el territorio nacional. En su opinión, el argumento de la corporación «es contrario a las reglas sobre interpretación, especialmente a aquella que dice que cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu». Por último, dijo que era necesario que la Corte entendiera la diferencia entre la *declaratoria* del estado de sitio y los *resultados* de ese régimen de excepción, pues una cosa era el origen de la turbación del orden público en una región del país, que obligaba a declarar el estado de sitio en esa zona, y otra muy distinta

23. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de abril. P. 116.

24. Salvamento del magistrado Jenaro Cruz a la sentencia del 2 de abril de 1935, p.121.

eran los resultados de tal turbación, de modo que para contrarrestar la crisis se hiciera necesario extender las medidas excepcionales a todo el país.

El magistrado José Joaquín Hernández expresó que la corporación se había equivocado al evaluar las razones por las que consideró que habían cesado todos los factores que condujeron a declarar el estado de sitio en la frontera con Perú en 1932. Para esto se apoyó en el campo internacional, y analizó con detalle el proceso posterior al conflicto binacional. Este magistrado concluyó que hasta tanto no se ratificara el Protocolo de Río Janeiro no se podía hablar de paz, y que tal instrumento internacional apenas cursaba su trámite por el Congreso. Por tanto²⁵, para él, en 1934 seguían plenamente vigentes las razones para mantener el estado de sitio declarado por el gobierno en 1932²⁶. Hernández también expresó que, dado que las medidas requeridas por el gobierno exigían una vigencia inmediata, el Ejecutivo no podía esperar a que el Congreso dictara una ley que tan solo permitiría el cobro de impuestos seis meses después de que fuera sancionada. De igual modo, aunque su opinión era que las facultades presidenciales dentro del estado de sitio debían interpretarse en su sentido literal, si lo que la Corte buscaba era «consultar el espíritu de esas facultades», de todos modos habría llegado a la conclusión de que el propio constituyente de 1886 y la reforma de 1910 le «confirieron sabiamente poderes omnímodos al Gobierno para mantener el orden público y para defender la soberanía nacional».

Juan Francisco Mujica cuestionó el papel que cumplía esta Corte, que no dudó en calificar como conservadora²⁷. En sus palabras, con este fallo:

El prestigio de la Corte ha sufrido mengua (...) la Corte pretermitió el procedimiento en presencia de la necesidad de aprovechar esta singular oportunidad antes de la expiración de su período, para confirmar en su última sentencia doctrinaria los fines teológicos que la han guiado en la interpretación de nuestras disposiciones constitucionales.

25. En este mismo momento, sectores liberales y el conservatismo liderado por Laureano Gómez habían manifestado su desacuerdo y oposición al Protocolo negociado bajo el gobierno de Olaya, que López apoyaba.

26. Salvamento de voto del magistrado José Joaquín Hernández a la sentencia del 2 de abril de 1935.

27. Salvamento de voto del magistrado Juan Francisco Mujica a la sentencia del 2 de abril de 1935. P.129.

A su juicio, la corporación había declarado la inconstitucionalidad de los decretos porque estos estaban relacionados con intereses de «individuos que constituyen la clase social afectada con los impuestos», lo cual era propio de una Corte que tendía a conservar «el dato histórico, al mantenimiento de la tradición, y a que el orden legal no sea transformado por las fuerzas sociales que actúan de modo lento y secreto»²⁸.

Tancredo Nannetti denunció que la Corte implícitamente se había inmiscuido en los terrenos del poder presidencial del estado de sitio. Estimó que la doctrina del tribunal conduciría a que el Gobierno extendiera el estado de sitio declarado en una región del país a todo el territorio nacional, cuando «el constituyente lo que ha querido es restringir los desastrosos efectos de una declaración de estado de sitio, que suspende todas las garantías, trastorna la economía nacional, y difunde la inseguridad en todas partes, a los casos de excepcional gravedad para la vida del Estado, de manera que pudiera resultar el remedio mucho más pernicioso que el mal, circunscrito a una pequeña porción del territorio nacional»²⁹. Para el magistrado liberal parecía «tan ajustada al derecho y a la hermenéutica esta solución» que varios gobernantes la habían usado en el pasado, como fue el caso de José Vicente Concha, que en 1917 declaró el estado de sitio en Arauca y Casanare «a causa de haber sido asaltada la ciudad de Arauca por una cuadrilla de malhechores que privó de la vida al Comisario Jefe de la Guarnición, y a gran parte de los individuos que la componían», estableció una jefatura civil y militar, y autorizó al ministerio de guerra para gastar el material necesario sin cumplir las formalidades del Código Fiscal; todo esto porque fue necesario enviar tropas a esa región. Agregó que en 1918 el gobierno de Concha también declaró turbado el orden público en algunos departamentos de la costa atlántica, ante los «motines y tumultos» ocasionados por varias huelgas de obreros; y que aunque esta situación no se prolongó por largo tiempo, se expidió un decreto que era «una verdadera ley de carácter general sobre huelgas, precursora de la ley 78 de 1919», así como también otro decreto que dispuso que los fondos sobrantes de la canalización del Río Magdalena se destinasen a la fuerza pública. Por todo esto consideró que había una tradición y un uso acertado de las medidas de estado de sitio, que solo perseguían como

28. *Ibid.*

29. Salvamento de voto de Tancredo Nannetti a la sentencia del 2 de abril de 1935, p. 130.

fin el restablecimiento del orden público. De modo que la Corte se equivocaba al imponerle al Ejecutivo un «desastroso» límite a la validez territorial de los decretos dictados dentro de las facultades de estado de sitio.

Es importante tener cuenta que en este fallo la Corte actuó de manera inédita para la época al declarar la inexequibilidad de un decreto de estado de sitio dictado por un Presidente de la República en ejercicio. Es decir, que le impuso límites constitucionales al poder presidencial dentro del régimen del estado de sitio³⁰. Tal vez esto contribuyó a prender las alarmas de los críticos de este fallo, que acusaron a la Corte de actuar movida por intereses políticos, y con el ánimo de propinarle un duro golpe político al régimen liberal, secundando así a la oposición conservadora en el Senado.

En cuanto a los salvamentos de voto, si se analizan en su conjunto las razones de los cinco disensos, es evidente que todos ellos defendieron el poder presidencial y se apartaron de los criterios de la Corte que limitaban las facultades del Ejecutivo dentro del estado de sitio. Así, mientras el tribunal interpretó de manera textual el precepto constitucional que establece que el Presidente podrá decretar turbado el orden público, y el estado de sitio en todo el territorio nacional o en parte de él, para concluir que la Constitución distingue dos ámbitos de validez territorial de los decretos de estado de sitio que son excluyentes y no complementarios, por el contrario, los salvamentos expresaron que si se interpretaba «literalmente» esa facultad presidencial no cabía la distinción de la Corte. Por último, los salvamentos de voto criticaron fuertemente que la Corte, implícitamente, se hubiese inmiscuido en juicios de tipo político sobre el orden público, y estimaron como artificiosa la argumentación que construyó la corporación para justificar la inexequibilidad de los decretos.

Así las cosas, cuando en la Corte predominaban magistrados de origen conservador, el tribunal se mostraba más decidido que la minoría a defender los derechos y libertades, y a garantizar la separación de poderes, pues esta última exigía menos control al poder presidencial. Es decir, que en esta coyuntura la corporación parecía girar hacia una defensa del control de la Constitución, una limitación del poder presidencial, y el uso de métodos de interpretación

30. La trayectoria del débil control constitucional de la Corte sobre el estado de sitio en ese período aparece rastreada en: Cajas Sarria (2015).

de diversos orígenes y tendencias doctrinales, pero justo cuando enfrentaba un asunto de claro interés para el gobierno.

El giro doctrinal de la Corte, como vimos, no fue bien recibido por la minoría de la corporación. Ese súbito cambio inflamó el disenso de los cinco magistrados y atizó las interpretaciones según las cuales el tribunal había dictado su sentencia movido por puras razones políticas. Además, es interesante poner de presente que la doctrina sentada en este fallo no volvería a hacer presencia en la Corte. En efecto, se convierte en una doctrina olvidada que nunca se posicionó en la jurisprudencia constitucional del tribunal, ni en la producida por la Corte, o por la Corte de Oro que la sucedió en mayo de 1935, ni mucho menos en décadas posteriores³¹.

Como dijimos atrás, la sentencia se inscribía en un ambiente político de alta tensión, marcado por el enfrentamiento entre un gobierno y un Congreso dividido entre una Cámara de Representantes dominada por el liberalismo, y una feroz oposición conservadora en el Senado³². Además, se producía en momentos en que la pugna entre los dos partidos por las reformas políticas y económicas que se proponía el gobierno liberal se había intensificado al punto que los conservadores declararon, el 16 de abril de 1935 que se abstendrían de presentar candidatos y de participar en las elecciones a las asambleas departamentales y a la Cámara de Representantes que se realizarían ese mismo año (El Tiempo, 17 de abril de 1935:1). También es de destacar que algunos de los argumentos sobre la inconstitucionalidad de los decretos que planteó la

31. Desde luego, la afirmación amerita ser matizada. Con algunos destellos en la década de los sesenta, la Corte solo caminó con firmeza hacia un mayor control constitucional de los estados de excepción a finales de la década de los ochenta.

32. Antes de que el fallo fuera notificado oficialmente al gobierno, El Tiempo del 3 de abril de 1935 registró la noticia en primera plana, y dijo que la sentencia habría sido aprobada por 7 magistrados contra 5, con una mayoría conservadora. Así mismo, puso de presente el «nerviosismo» de los círculos bursátiles en la tarde en que se filtró la noticia del fallo que aún no era oficial. Señaló que hubo una clara tendencia a la baja en los «bonos y papeles oficiales, así como en muchas acciones particulares, que por su esencia, sufrirán graves perjuicios con la derogatoria de los decretos». También comentó el periódico que se esperaban grandes recortes presupuestarios en las finanzas estatales y la paralización de obras públicas: «Puede asegurarse que la sola enunciación de la sentencia de la Corte ha causado un completo trastorno en las actividades comerciales, bancarias y bursátiles, y una alarma verdadera en los círculos burocráticos».

mayoría de los magistrados de la Corte coincidían con los esgrimidos por la minoría conservadora en el Congreso de la República meses antes de producirse el fallo, como vimos atrás.

Las reacciones a la sentencia fueron de crítica a la Corte y de respaldo al gobierno de López, en parte porque los liberales y algunos sectores del empresariado habían justificado que el Ejecutivo dictara los decretos legislativos que apuntaban a prevenir una crisis fiscal mayor y a superar la intransigencia conservadora en el Congreso. Pero, además, porque el proceso ante la Corte se vio salpicado por acusaciones públicas de ilegalidades cometidas dentro del trámite que siguió el tribunal, que incluso movieron al Procurador General de la Nación a solicitarle a la Corte la nulidad del proceso antes –y con motivo– del fallo (El Tiempo, 17 de abril de 1935:1). Y para completar, porque los cinco salvamentos de voto fueron suscritos por la minoría en contra de la mayoría conservadora, lo cual contribuyó a la interpretación del fallo como animado por intereses partidistas y en contra del gobierno³³. Por todo esto, para sectores de opinión, y por supuesto del liberalismo, no cabía duda de que el fallo solo buscaba un revés jurídico y político del Ejecutivo, justo cuando los magistrados de la Corte estaban por dejar su cargo y ya era por todos conocido que la Corte dominada por magistrados conservadores daría paso a la mayoría que iniciaría funciones el 1º de mayo de 1935.

Desde luego, tampoco se puede subestimar el hecho de que para el momento en que la Corte juzgó la constitucionalidad de los dos decretos demandados la oposición en contra del gobierno de López no solo provenía del partido conservador. En efecto, influyentes sectores económicos y del empresariado colombiano mostraban su fuerte descontento en contra de las medidas de López Pumarejo y su Revolución en Marcha, a las que acusaban de poner en riesgo la propiedad privada. La reforma tributaria por decretos de estado de sitio sin duda contribuía a alimentar las tensiones con sectores económicos que, al mismo tiempo, veían en el fallo de la Corte un alivio parcial a sus preocupaciones.

33. «Los decretos fueron demandados y declarados inexecutable en un fallo en el que se confrontaron las posiciones partidarias, pues los magistrados conservadores de la Corte, que en ese momento eran mayoría, votaron por la inexecutable y los liberales por la validez del decreto» (Tirado, 1989:336).

El Ejecutivo reaccionó al fallo el 12 de abril de 1935 a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público, Jorge Soto del Corral, quien dijo (El Tiempo, 13 de abril de 1935:1):

El gobierno, respetuoso de la Constitución de la República, y especialmente del artículo 41 del acto legislativo No. 3 de 1910, acata la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. No comparte las razones de la parte motiva del fallo y deja a salvo las irregularidades procedimentales que precedieron a la expedición de la sentencia».

Y también anunció que el 20 de julio del mismo año presentaría al Congreso un proyecto de ley que sustituiría los impuestos declarados inexequibles, eso sí, subrayando que su destinación era cubrir «los gastos de defensa nacional y las obras públicas».³⁴

Por su parte, el presidente López Pumarejo también se refirió a la sentencia en una carta pública de respuesta a un grupo de empresarios y abogados santandereanos que expresaron su respaldo al gobierno (El Tiempo, 15 de abril de 1935). En su comunicación del 13 de abril de 1935, el presidente dijo que su deber era respetar a la Corte Suprema de Justicia, pero que eso no le impedía opinar sobre las tesis que esta defendía, con mayor razón si sus opiniones estaban respaldadas en unas importantes tesis que algunos magistrados habían tratado de plantearle al pleno del tribunal, pero que luego habían sido derrotadas por los votos mayoritarios. A este respecto, López afirmó:³⁵

Tengo que lamentar, y lo lamento, que el curso normal de los juicios ante la Corte Suprema hubiera adolecido de irregularidades y precipitaciones denunciadas públicamente por el señor Procurador General de la Nación, y que dieron lugar a que muchos ciudadanos, como lo hacen ustedes, aceptaran la apariencia de un

34. Hubo más reacciones políticas y económicas al fallo. Por ejemplo, El Tiempo del 15 de abril de 1935 indagó sobre el costo fiscal de la declaratoria de inconstitucionalidad de los dos decretos por parte de la Corte Suprema, y mencionó que la rebaja en el presupuesto de rentas para el año 1935 sería de \$7.851.000, de modo que los ministerios más afectados serían el de Justicia y el de Guerra; y que además, había una «incertidumbre en la situación de los negocios», en parte por la proximidad de las elecciones, pero también como resultado de la sentencia de la Corte que puso en aprietos fiscales al gobierno nacional. También comentó que altos oficiales del Ejército habían manifestado su intención de seguir pagando la «cuota militar», no obstante el fallo de la Corte. El Tiempo (15 de abril de 1935).

35. El Tiempo, 15 de abril de 1935.

fallo político, dictado por una mayoría conservadora en el momento en que era la Corte Suprema de Justicia la única entidad en que había mayoría del partido que ha decretado la obstrucción y la oposición sistemática al gobierno. (...) Yo prefiero suponer que un equivocado criterio jurídico ha conducido a esta sentencia. Estamos dispuestos a afrontar con tranquila energía, mucho más que cuanto la decisión de la Corte Suprema de Justicia ha servido para que la opinión reaccione en favor de esas contribuciones, que fueron tan mal comprendidas o tan deslealmente explotadas como arma política en contra del régimen.

Luego de unas pocas semanas de producirse el fallo, bajo una tensión política e institucional latente, se despedía la Corte Suprema dominada por los conservadores, al vencerse su período quinquenal. El 1º de mayo de 1935 se inauguró la Corte³⁶ en donde los liberales contarían con siete magistrados y los conservadores pasaban a tener cinco.³⁷ El clima partidista en el que se despedía la Corte de las mayorías conservadoras y se instalaba la nueva Corte de mayoría liberal se puede apreciar en la columna de opinión Glosario Sencillo, del periódico liberal «El Tiempo del 30 de abril de 1935 de la cual reproducimos algunos fragmentos:

De la serie de batallas (...) que han ido desalojando al conservatismo y sus ideas, sus sistemas y sus hombres,, de los viejos atrincheramientos erizados de vicios, de privilegios, y de corruptelas, quizá ninguna tenga mayor importancia que esta que vemos culminar con la inauguración de una nueva Corte Suprema de Justicia, cuya mayoría está de acuerdo con la mayoría política de la nación. (...) No habrá de ahora en adelante una justicia liberal, ciertamente por oposición a la justicia, o para escribir con propiedad, a la injusticia conservadora. Habrá una justicia sin apellidos y prejuicios, una justicia pura y simple, ingenua y pulcra, sin malabarismos ni mala fe (...). Porque hay que decir con verdad, que de bien poco hubieran valido y servido las conquistas en el campo legislativo y en otros, si la sombría fortaleza judicial no hubiera sido tomada para arrasarla hasta sus cimientos (El Tiempo, 30 de abril de 1935:3).

36. El 30 de abril dejaron sus cargos los magistrados conservadores Enrique Becerra, Ignacio González Torres, Germán B. Jiménez, Manuel Vicente Jiménez, Juan E. Martínez, Julio Luzardo Fortoul, y Juan C. Trujillo Arroyo; y los liberales Tancredo Nannetti, José Joaquín Hernández, Jenaro Cruz, y Remigio González Gooding.

37. De la Corte que juzgó la constitucionalidad de los decretos de estado de sitio de López en 1934, tan solo había sido reelegido el magistrado Juan Francisco Mujica, quien se había declarado comunista, pero que respaldado por el partido liberal había llegado a la corporación como suplente del magistrado José Miguel Arango.

Precisamente, el día que terminaban sus funciones, algunos magistrados se refirieron públicamente a las acusaciones según las cuales los criterios partidistas habían incidido en el fallo sobre los decretos de López. Por ejemplo, Ignacio González Torres, magistrado de origen conservador, afirmó lo siguiente:

Todos los magistrados de la Corte estamos listos a entregar hoy nuestros despachos a los nuevos magistrados (...) Puedo decirle que hemos trabajado con tal constancia que hoy queda la oficina al orden del día, y que en nuestras actuaciones no hubo ni la más insignificante manifestación partidista. Prueba de ello son los fallos expedidos contra ciudadanos conservadores. (...) Con la misma imparcialidad sancionamos a conservadores y liberales (...) La Corte ha desempeñado un papel importante en la vida de la nación. En la Sala en que yo actúo se expidieron fallos de gran trascendencia, entre ellos el que declaró la inexecutable del decreto sobre los billetes ingleses que expidió el señor Suárez, y cuya vigencia hubiera costado al país no menos de treinta millones de pesos. Se declararon también igualmente inexecutable algunos decretos expedidos por el doctor Miguel Abadía Méndez, entonces Presidente de la República, decretos sobre reorganización de la Policía Nacional y que invadían los fueros del poder judicial. En ninguno de nuestros actos estuvo el criterio partidista, y trabajamos dentro de la mayor armonía, presentándose solo discrepancias en asuntos de derecho, y si la mayoría decretó la nulidad de los decretos sobre impuestos expuestos por el Presidente López, lo hizo con criterio jurídico, porque consideramos de muy buena fe que esos decretos eran violatorios de la Constitución Nacional (El Tiempo, 1 de mayo de 1935:1-15).

El magistrado José Joaquín Hernández, quien salvó el voto en el fallo, también coincidió en que la Corte solo atendía a factores jurídicos y no a cuestiones partidistas cuando dictaba sus fallos, aunque sí reconoció que los magistrados de cada partido habían tenido distintos criterios doctrinales para decidir sobre los decretos de López:

Me retiro a la vida privada, satisfecho del cumplimiento de mi deber. Entre los muchos negocios que me tocó ventilar está el relativo al voto de las fuerzas armadas de la república, fallo que redacté y que la Corte aprobó por unanimidad, sentando una doctrina de singular provecho para la vida democrática de la nación. En los cinco años de ejercicio de la magistratura las sesiones de la Corte plena estuvieron presididas por un amplio espíritu de cordialidad (...) y no se presentó un caso en que hubiera disparidad de criterios por razones de partido. Sólo a última hora, en la discusión del proyecto de sentencia sobre los impuestos, hubimos de diferir los liberales de los conservadores en la manera de apreciar los hechos jurídicos que se discutieron con motivo del fallo sobre los impuestos decretados por el señor presidente de la República.

Estos testimonios de los magistrados ponen de presente cómo los miembros de la corporación intentaban a toda costa poner a salvo el nombre de la misma, por encima de cualquier bandera partidista. Esto lo hacían quizá porque sabían que en la «neutralidad» política de las decisiones de la Corte radicaba el peso de su legitimidad, o porque eran conscientes de que en su comunidad interpretativa, la de los juristas, las disputas siempre tienen que parecer alejadas de todo viso partidista.

Consideraciones finales

Este artículo se ha ocupado del papel político de la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional en la coyuntura de cambio entre la Hegemonía Conservadora y la República, Ese momento de transición no se ha marcado a partir del fin del gobierno conservador del presidente Miguel Abadía Méndez el 7 de agosto de 1930, con la llegada al poder del presidente Enrique Olaya Herrera, sino con los primeros meses del gobierno de Alfonso López Pumarejo, entre agosto de 1934 y mayo de 1935, cuando este enfrentó al último bastión del régimen conservador: la Corte Suprema de Justicia.

En los primeros días del gobierno de López la Corte parecía mostrarse dispuesta a colaborar con el nuevo régimen, al menos en el plano discursivo. Pero luego la situación cambió dramáticamente cuando la Corte tuvo que arbitrar entre el enfrentamiento político del Senado, dominado por el conservatismo, y el Ejecutivo liberal, cuando el primero bloqueó al último con motivo de la reforma tributaria que el gobierno anunciaba como necesaria y que se resolvió con un decreto de estado de sitio. La Corte, integrada por una mayoría de magistrados de origen conservador, intervino en semejante disputa interpartidista, declarando la inconstitucionalidad de las medidas excepcionales tomadas por el gobierno, en un inusual cambio de doctrina hacia un mayor control de las facultades del Ejecutivo bajo el régimen de excepción. La decisión no solo dividió a la Corte con los respectivos salvamentos de voto de los magistrados de origen liberal, sino que produjo reacciones en contra de la corporación, que fue percibida como partidista.

Cuando se produjo el fallo sobre los decretos de López, ya los magistrados de la Corte sabían que no serían reelegidos para un período siguiente, pues la corporación había sido integrada por magistrados elegidos por un Congreso liberal, postulados por el gobierno de López, y ahora el tribunal por primera vez en veinte años tenía una ligera mayoría de magistrados liberales.

Este artículo ha evaluado una coyuntura de cambio desde la mirada de la historia judicial; y en particular, desde la historia de la Corte Suprema de Justicia en una perspectiva política. Este tipo de aproximaciones pretenden contribuir a una mejor comprensión del régimen político colombiano, de la trayectoria de las relaciones entre los poderes públicos, y de la experiencia judicial del control constitucional local. Por tanto, no ha partido de la dicotomía derecho/política en las decisiones del juez constitucional, sino de las complejas relaciones de interdependencia entre ambos, en una coyuntura concreta del régimen político colombiano.

Referencias

- Atehortúa Cruz, A. (2007). «El conflicto Colombo-Peruano: apuntes acerca de su desarrollo e importancia histórica», *Historia y Espacio* 29: 20-30.
- Barreto Rozo, A. (2012). *La generación del Estado de Sitio*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Betancur, Luis I. & Restrepo Juan C. (2001). *Economía y conflicto Colombo-Peruano*. Bogotá: Villegas Editores.
- Botero, S. (2006). «La reforma constitucional de 1936», «El Estado y las políticas sociales en Colombia». En: *Anuario de Historia Social y de la Cultura*, No. 33.
- Bushnell, D. (1993). *The Making of Modern Colombia: a nation in spite of itself*. Berkeley: University of California Press.
- Cajas Sarria, M. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*, Tomo I y Tomo II, Bogotá: Universidad de los Andes- Universidad Icesi.

- Consejo de Estado, Sala Plena. Sentencia del 1º de abril de 1930. [M.P. Pedro Alejo Rodríguez].
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2de abril de 1935. [M.P. Enrique A. Becerra] Gaceta Judicial No. 62.
- Donadío, A. (2002). *La Guerra con el Perú*. Medellín: Hombre Nuevo
- El Tiempo, 31 de agosto de 1929, «La Cámara eligió los magistrados de la Corte Suprema de Justicia».
- El Tiempo, 18 de agosto de 1934. «El régimen liberal quiere devolver su independencia al poder judicial», P. 1.
- El Tiempo, 3 de abril de 1935 «La Corte no puede fallar aún, opina el Procurador», P.1.
- El Tiempo, 13 de abril de 1935, «El gobierno acata la sentencia pero no comparte las razones de ella», P.1.
- El Tiempo, 30 de abril de 1935. «La Nueva Corte», P.3.
- El Tiempo, Página editorial: «Decretos Extraordinarios para salvar la administración pública», Bogotá, 29 de diciembre de 1934.
- El Tiempo, 15 de junio de 1936.
- Friedman, B. (2005). «The Politics of Judicial Review». En: *Texas Law Review*, Vol. 84. No. 2, December.
- Gillman, H. & Clayton C. (1999). *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretations*. Kansas: University Press of Kansas.
- Giraldo Giraldo, C. (2001). «Primera Administración López Pumarejo. Revolución en Marcha». En: *Desarrollo Económico y Social en Colombia*. Siglo XX, Gabriel Misas (Ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- González, M. L. et al. (2012). «El conflicto peruano y sus reacciones del Centro de Historia de Santander, 1932-1937», *Historiolo*, 4, 8, 367-400.
- Henderson J. (2001). *Modernization in Colombia: the Laureano Gómez years, 1889-1965*, University Press of Florida,
- Kahn, R. & Kersch, K. (2006). *The Supreme Court and American Political Development*. Kansas: University of Kansas.
- López Medina, D. (2004). *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá: Legis.

- Malagón Pinzón M. & Gaitán, J. (2009). «Fascismo y Autoritarismo en Colombia». En: *Revista Universitas*, No.118, Enero-junio de 2009, 293-316. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Melo, J. O. (1989). «De Carlos E. Restrepo a Marco Fidel Suárez: Republicanismo y gobiernos conservadores», En: *Nueva Historia de Colombia, Historia Política, 1886-1946*, Bogotá: Planeta.
- Mora Toscano, O. (2010). «Los dos gobiernos de Alfonso López Pumarejo: estado y reformas económicas y sociales en Colombia», (1934-1938, 1942-1945). En: *Apuntes del CENES*, No. 50, Vol. XXIX, II Semestre de 2010.
- Mora Toscano, O. (2013). «La reforma tributaria de 1935 y el fortalecimiento de la tributación directa en Colombia» En: *Apuntes del CENES*, Vol. 32., 2013.
- Ocampo, J. A. (1987). «Crisis Mundial y Cambio Estructura (1929, 1945)», Capítulo 6 En: *Historia Económica de Colombia*, Bogotá: Siglo XXI Editores y Fedesarrollo.
- Palacios, M. (2004). *Entre la Legitimidad y la Violencia, Colombia: 1875-1994*, 2ª. Edición. Bogotá: Norma.
- Pécaut, D. (1987). *Orden y violencia: Colombia, 1930-1954*. Bogotá: CEREC y Siglo XXI.
- Pécaut, D. (2001). *Orden y violencia: Colombia, 1930-1953*, Bogotá: Colección Vitral Norma.
- Powe, L. (2009). *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*, Harvard University Press.
- Pildes, R. & Levinson, D. (2006). «Separation of Parties, not Powers», *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2006.
- Posada Carbó, E. (2000). «Las elecciones presidenciales en Colombia en 1930». En: *Revista de Estudios Sociales*, No. 07, septiembre de 2000, 35-47. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Powe, L. (1992). «The Court between hegemonies», 49 *Wash & Lee. Rev.* 31,1992.
- Rubiano Muñoz, R. (2011). Carlos E. Restrepo y el republicanismo de 1910: a los 101 años de la reforma constitucional, polémicas y debates políticos, *Estudios de Derecho*, Vol. 151.

- Sarmiento, J. (2012). *Surgimiento de la dualidad de jurisdicciones en Colombia: entre la dictadura y la Unión Republicana*, Barranquilla Universidad del Norte.
- Silva, R. (2005). *República, intelectuales y cultura popular*. Medellín: La Carreta Editores.
- Stoller, R. (1995). «Alfonso Lopez Pumarejo and Radicalism in 1930's Colombia», *Journal of Latin American Studies*, Vol. 27, No. 02, May 1995, 367-397.
- Tirado Mejía, A. (1981). *Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo, 1934-1938*, vol. 1. Bogotá, D. C.: Procultura.
- Tirado Mejía, A. (1989). «López Pumarejo: la Revolución en Marcha». En: *Nueva Historia de Colombia*, 305-348. Bogotá: Editorial Planeta.
- Tirado Mejía, A. & Velásquez, M. (1989). *La reforma Constitucional de 1936*. Bogotá: Editorial Oveja Negra y Fundación Friedrich Naumann.
- Tushnet, M. (2006). «The Supreme Court and the National Political Order: Collaboration and Confrontation». En: *The Supreme Court and American Political Development*, Ronald Kahn & Ken Kersch, editores. University of Kansas.
- Vásquez Carrizosa, A. (1979). *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*. Bogotá: Enrique Dobry Editor.

04

Metafísica, esencialismo y panrelacionismo en la filosofía del derecho*

Abdón Mauricio Rojas

Universidad Icesi | amrojas@icesi.edu.co

* Este artículo fue originalmente publicado en *Precedente. Revista Jurídica* vol. 4 de 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.18046/prec.v4.1833>, y se reproduce con la autorización de la revista *Precedente* y del autor.

He defendido en otro lugar que la filosofía de los *pragmatistas* ha generado un importante cúmulo de rendimientos en el contexto iusteórico americano a lo largo de todo el siglo XX¹. De hecho, según como veo las cosas, gran parte de las teorías jurídicas producidas en los Estados Unidos durante el pasado siglo pueden ser explicadas como una consecuencia de la conversación entre filósofos pragmatistas y filósofos del derecho. Para poner un ejemplo de ello, en el seno de lo que se conoció como el *metaphysical club* de principios de siglo XX, y a partir de las observaciones de Charles Sanders Peirce, William James o John Dewey, entre otros, el pragmatismo prestó un importante insumo a personajes como Oliver Wendell Holmes para proyectar potentes propuestas iusteóricas. En efecto, el *experimentalismo* de James, la *psicología motivacional*² de Dewey, Peirce y Alexander Bain, el *evolucionismo* de Chauncey Wright, o el *empirismo* y el llamado a la práctica común a todos ellos, me mueven a pensar que no existe una mejor manera de explicar el realismo jurídico de Holmes más allá de una especie de pragmatismo jurídico temprano.

Y esto ocurrió, desde mi perspectiva, no sólo con Holmes, sino también con Cohen, Pound o Llewellyn, así como con varios movimientos iusteóricos a lo largo del siglo XX, tales como *Law and Society*, el *Feminismo* y el *Análisis Económico del Derecho*, sólo por nombrar algunos; y con varios de los movimientos de principios del siglo que cursa, principalmente el *legal pragmatism*. Ahora bien, sostengo además que una significativa porción de esa conversación interdisciplinaria se filtró en nuestro contexto jurídico a partir del segundo giro antiformalista de los años 90,³ y a través de la ampliación masiva y sistemática

1. Este artículo se construye a partir del trabajo desarrollado por el autor como Disertación Doctoral dentro del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia), bajo la dirección del profesor Diego Eduardo López Medina. Véase, Rojas Marroquín, Abdón Mauricio, *Pragmatismo, Neopragmatismo y sus Rendimientos en Teoría Jurídica*. Disertación Doctoral, Universidad de los Andes, Bogotá, Diciembre de 2012.

2. La idea según la cual existen dos estados mentales con contenido intencional que motivan a actuar (creencias y deseos), fue tomada por Peirce de Alexander Bain, en los textos *The Fixation of Belief* y *How to make our ideas clear*. A partir de ahí concibió a las creencias como hábitos de acción, y a las creencias verdaderas como hábitos de acción exitosa.

3. En este punto sigo la lectura que el profesor Diego López hace en su libro (López Medina, 2006).

en el acceso a la literatura de corte anglosajona. Hoy día, el pragmatismo filosófico sigue generando importantes rendimientos en nuestra cultura jurídica.

Dando por descontado que la filosofía de los pragmatistas ha generado réditos en la filosofía del derecho, y que continúa generándolos, este texto se conduce en esa misma línea de discusión. Quisiera detenerme muy brevemente en un argumento que viene revoloteando, desde hace un poco más de 15 años, en las propuestas de los *nuevos* pragmatistas filosóficos. Se trata de un argumento que el neopragmatista Richard Rorty planteó en el año de 1996 en unas conferencias dictadas en la Universidad de Girona y que, desde mi interpretación, podría nutrir una vez más la conversación entre la filosofía pragmatista y la filosofía del derecho. La pregunta que me planteo, en relación con dicho argumento, es muy concreta: ¿qué consecuencia o qué tipo de rendimientos específicos se desprenden para la filosofía del derecho, especialmente para el *concepto de derecho* y para el concepto de *interpretación*, si tomamos en serio el argumento antimetafísico y antiesencialista de que trata la denominada actitud *panrelacionista* de los nuevos pragmatistas?

Dicho de otra manera: el *Panrelacionismo* fue, en línea gruesa, la reproducción contemporánea de un argumento filosófico orientado a enfrentar, una vez más, no sólo a las posturas metafísicas esencialistas de la filosofía, sino a descontar el fundacionalismo epistemológico. La pregunta que mueve este texto, entonces, se conduce hacia la averiguación de las consecuencias que para la filosofía del derecho se desprenden si sustraemos la metafísica, el esencialismo y el fundacionalismo de nuestra profesión, a través del *Panrelacionismo*. En qué medida lo anterior importa, es algo que más adelante trataré. Pero, si lo anterior es siquiera posible, es claro que varias y drásticas serán las repercusiones frente a la manera en que diseñamos y enseñamos algunas de nuestras asignaturas más teóricas. Para empezar, disolver la metafísica y el esencialismo de nuestra profesión, implica desafiar el elemento *ontológico* del Derecho —que claramente ocupa un lugar preponderante en nuestros programas académicos actuales⁴—; y por el mismo camino, significa reformular de manera significativa el problema de *fuentes*, el de *interpretación*, o el *concepto* mismo de derecho. Más allá de lo interesante que pueda resultar esta discusión en el plano exclusivamente

4. No hay que realizar un estudio empírico para dar cuenta de tal afirmación. Basta con echar una breve mirada a los programas que las facultades de derecho colombianas suben a la web.

filosófico, el éxito de este escrito, como del argumento mismo, reside en que pueda entregarse al menos algunas razones acerca de por qué tomarnos en serio el Panrelacionismo, explicaría y justificaría de una mejor manera nuestras prácticas operativas.

Metafísica, Ontología y Esencialismo en Filosofía

¿En qué sentido uso las expresiones *metafísica*, *ontología* y *esencialismo*, y de qué manera todo ello resulta útil para nuestras reflexiones como abogados? Para responder, comienzo por advertir que es realmente un embrollo jugársela por una de tantas maneras de ver la metafísica. Robert Alexy, por ejemplo, prefiere adoptar un concepto *negativo* del término, es decir, se detiene más bien en aquello que señalan quienes *no* pueden considerarse como metafísicos. Según este autor:

La forma de la crítica a la metafísica es la negación de la existencia: no hay ningún Dios. No hay ningún principio supremo unificador, del cual todo se deriva. No hay espíritu junto a la materia. No existen entes abstractos como los pensamientos, los conceptos y los números. No hay ninguna verdad. No hay ninguna libertad (Alexy, 2007:328).

Esta es una forma particularmente extraña y confusa de ver la metafísica. No veo de qué manera un antimetafísico deba negar la *verdad* o tenga que dejar de defender la *libertad*, cuando justamente su lucha radica en seguir usando estos términos, sólo que desprovistos de compromisos esencialistas u ontológicos. Supongo que es un error bastante generalizado asumir que cualquier ataque al esencialismo metafísico implica de suyo una especie de nihilismo compulsivo. Quien así actuara sería algo así como un irremediable *negador* profesional.

En otro momento, en cambio, sostuvo que la metafísica era más bien aquello que no podía ser derivado de la experiencia (Alexy, 2007:245), pero con ello no hace más que referirse al idealismo, y no a la ontología como metafísica. Precisamente es esa la razón por la cual el punto de arranque de Alexy no me resulta atractivo en ningún sentido. Y por eso digo que existe un riesgo al tomar partido por alguna de las formas de ver un término tan dúctil como el de metafísica.

Con todo, sospecho que la mejor forma de empezar sigue siendo el uso propositivo y declarativo del término. De hecho, el uso afirmativo ha sido empleado desde Parménides. Así que, basándome en una definición relativamente estándar, podría decir que la metafísica es la búsqueda y determinación del ser mismo, del *ente* y sus estructuras, vale decir, del ser esencial, de la entidad trascendental. Sin embargo, si de ser concretos se trata, diría que el término *metafísica* puede reducirse o intercambiarse por el término *esencialista*. En otras palabras, para el metafísico es absolutamente importante averiguar el verdadero ser de las cosas; esto es, la *esencia* de la cosa que se investiga, la *naturaleza*, la característica *inherente* o *intrínseca* de la cosa sobre la cual tenemos interés. Así, por ejemplo, si queremos saber *qué es* o *cómo es* la entidad o el objeto *x*, el metafísico apartará de *x* los elementos que son accidentales y aparentes, y centrará su atención en las propiedades esenciales; en aquello que define *x* de una manera única y universal, de manera incondicional. El verdadero conocimiento de *x* estará entonces subordinado al éxito que se tenga en el hallazgo de dicha esencia o naturaleza intrínseca. Desde luego que en el lugar de *x* puede el lector situar lo que le plazca. Puede preguntarse, por ejemplo, qué es esencialmente el agua, el amor, el derecho, el fútbol o cualquier cosa parecida, así como preguntarse por la naturaleza intrínseca de todo ello.

De manera que la metafísica implica adoptar alguna especie de *esencialismo* y *fundacionalismo*, en la medida en que aquella *esencia trascendental* es el punto a partir del cual puede legitimarse y convalidarse el conocimiento que tenemos del *ente*. Quien no conozca la regla del gol, sencillamente no conoce la verdadera esencia del fútbol, concluiría el metafísico. Algunos conceptos como *Lo Universal*, *Lo Necesario* o *Lo Incondicional* han jugado históricamente papeles centrales para esa rama de la filosofía. La metafísica ha incluido como fuentes de estudio el pensamiento *ontológico*, el pensamiento *teológico*, el pensamiento *esencialista* o el pensamiento *idealista*, dando lugar a diversos principios fundacionales: el principio increado, el principio *a priori*, lo ontológicamente esencial, lo deontológicamente supremo, las propiedades intrínsecas, o lo lógico o axiomático. Si del juicio ontológico se trata, por ejemplo, el metafísico-ontológico buscará hallar la esencia del ente, es decir, su naturaleza intrínseca, por medio de la averiguación de la *realidad*. Es la realidad, en el mundo real en que vivimos (para usar la expresión de Searle), la que entrega el sustrato incondicional del ente. El fundamento del metafísico ontológico es, por consiguiente, la *realidad*

y las partes que la integran (hechos duros); el valor a privilegiar es, desde luego, la *objetividad*. Como consecuencia de lo anterior, el metafísico aspira a revelar las continuidades, las propiedades inherentes, descontextualizadas y ahistóricas que escapan de la contingencia. Como dice Rorty (2001:92):

El metafísico es una persona que considera la pregunta «¿cuál es la naturaleza intrínseca de, por ejemplo, la justicia, la ciencia, el conocimiento, el Ser, la fe, la moralidad, la filosofía?» de forma literal.

Repárese, entonces, en que el metafísico puede adoptar, en ajustada síntesis, dos tipos de rostros: la imagen de un *ontólogo*—por antonomasia la de un *idealista*⁵. Ambos son claramente esencialistas, al menos desde mi interpretación. Estos últimos pueden decir cosas como la siguiente: que no es la ontología incompleta y volátil del ente u objeto— a la cual accedemos a través de la aprehensión y en virtud de nuestra experiencia sensible sino la metafísica inmutable de las ideas autosubsistentes, aquello que determina la verdadera esencia del conocimiento. El esencialismo del idealista descansaría en la afirmación según la cual la «forma» eterna e inmutable de los objetos materiales está en la *idea* que se tenga de ellos. La *idea* posee una esencia separada e independiente del objeto mismo, aunque lo constituye. Este primer tipo de idealismo, ya lo sabemos, está perfectamente representado en Platón. Platón parte del problema metafísico acerca del verdadero *ser* de las cosas. Como lo expresa Julián Marías, la dificultad está en que una vez Platón intenta localizar semejante *ser verdadero*, observando las cosas del mundo, encuentra que las cosas *no son* absolutamente lo que se supone que son; siempre hay algo, alguna característica accidental, que las aleja del *ser ideal* de la cosa. Así, por ejemplo, dice Julián Marías, si quisiéramos conocer el verdadero ser de una hoja de papel blanca, cada vez que nos topamos con alguna muestra:

resulta que en rigor no es blanca; es decir, no es del todo blanca, sino que tiene algo de gris o de amarilla; sólo es casi blanca; otro tanto ocurre con su presunta rectangularidad: ni sus lados son total y absolutamente rectos, ni son rectos sus ángulos. Todavía hay más: esta hoja de papel no ha existido siempre, sino sólo desde hace

5. Lo que quiero decir es que para los propósitos de este escrito podríamos resumir la metafísica en esas dos posturas, haciendo la salvedad de que la teología es también una forma de pensamiento metafísico.

cierto tiempo; dentro de algunos años no existirá tampoco. Por lo tanto, es blanca y no blanca, es rectangular y no rectangular, es y no es; o –lo que es lo mismo no es plena verdaderamente (Marías, 1964:43).

De modo que, para Platón, las cosas del mundo *no son* absolutamente el ser ideal de la cosa, sino simples objetos que procuran allegarse al ser esencial, a lo que verdaderamente *es* la cosa. Si esto es correcto, concluye, las cosas *son* y *no son*. *Son*, en las partes que sí se asemejan al ser ideal de la cosa; *no son*, cuando se apartan de ello, es decir, cuando no son lo que se supone que deberían ser. El asunto reside en que, en tanto se le niega la absoluta rectangularidad o la total blancura a la hoja en blanco del ejemplo, estamos implícitamente aceptando que, por comparación, existe lo que sí es absolutamente blanco y rectangular, sin restricción alguna⁶. La *idea*, a diferencia de la *cosa* –que es volátil y contingente–, contiene la esencia, la naturaleza, la identidad y permanencia del objeto. De ahí que el objeto perfecto, sin restricciones ni accidentes, no existe en el mundo real, sino en el mundo de las ideas. En conclusión, la metafísica idealista de Platón encuentra la *esencia* (el ser verdadero) del ente, por fuera del objeto mismo, lo que explica el que fuera denominada su teoría como *ante rem*. Todo conocimiento del objeto está fundamentado en la idea previa que tengamos del objeto. Y las ideas son, sostiene Marías (1964:45), «unos entes metafísicos que encierran el verdadero ser de las cosas; son lo que es auténticamente».

Más adelante, como se sabe, Aristóteles negará la separación platónica del ente en relación con la idea, a través del concepto de «sustancia». De acuerdo con Aristóteles, hay términos equívocos y otros análogos, dependiendo de si tienen un sentido plural o único, respectivamente. El *ser* de las cosas del mundo no es plural sino análogo, dado que a pesar de que muchas e infinitas cosas del mundo *son*, con todo, tienen una unidad o conexión en razón de la *sustancia*. Todos los entes del mundo son sustancia o afecciones de la sustancia, y de ahí que no pueda separársela del ente como tal. Es por ello que su teoría

6. Concretamente dice: «para ver que una cosa no es verdaderamente blanca, necesito saber ya lo que es blanco; pero como ninguna cosa visible ni la nieve, ni la nube, ni la espuma es absolutamente blanca, esto me remite a alguna realidad distinta de toda cosa concreta, que será la total blancura. Dicho en otros términos, el ser casi blanco de muchas cosas requiere la existencia de lo verdaderamente blanco, que no es cosa alguna, sino que está fuera de las cosas. A este ser verdadero, distinto de las cosas, es a lo que Platón llama idea» (Marías, 1964).

es conocida como *in re*. El error de Platón habría sido, según Aristóteles, no haber visto que la sustancia⁷ es un compuesto tanto de *materia* como de *forma*⁸.

Más allá de Platón y Aristóteles, la metafísica idealista también puede indicar que, ciertamente, lo externo a la mente (principio material de *lo dado*) carece de una existencia autónoma, y por el contrario posee una existencia en tanto en cuanto está siendo creada por el sujeto cognoscente (principio formal de *lo puesto*). Sin embargo, agregaría este tipo particular de metafísica, que como consecuencia de que es el sujeto cognoscente quien impone las formas y las condiciones de todo conocimiento, y como quiera que los objetos de nuestro

7. Dice Aristóteles: «Sustancia, según la distinta inteligencia que se le da, tiene si no muchos, por lo menos cuatro sentidos principales: la sustancia de un ser es, al parecer, o la esencia, o lo universal, o el género, o el sujeto. El sujeto es aquél del que todo lo demás es atributo, no siendo él atributo de nada. Examinemos por de pronto el sujeto: porque la sustancia debe ser, ante todo, el sujeto primero (...). Véase, Aristóteles, *Metafísica, Libro Séptimo, III*; En igual sentido sostiene: «Sustancia se dice de los cuerpos simples, tales como la tierra, el fuego, el agua y todas las cosas análogas; y en general, de los cuerpos, así como de los animales, de los seres divinos que tienen cuerpo, y de las partes de estos cuerpos. A todas estas cosas se llama sustancias, porque no son los atributos de un sujeto, sino que son ellas mismas sujetos de otros seres (...) De aquí se sigue, que la palabra sustancia tiene dos acepciones: o designa el último sujeto, el que no es atributo de ningún ser, o el ser determinado, pero independiente del sujeto, es decir, la forma y la figura de cada ser». Aristóteles, *Metafísica, Libro Quinto VIII*.

8. Es, como dice Julián Marías, «dos momentos ontológicos» (1964:68) que no pueden separarse, que están destinados a permanecer unidos: «la materia es aquello de que está hecha una cosa; la forma es la que hace que algo sea lo que es»: la forma informa la materia, la materia es informada por la forma. En el ejemplo ofrecido por el español, «el hombre, la especie hombre, no está separada de cada hombre, sino presente en él, como forma humana». De modo que tanto forma como materia son sustancias, sólo que la materia es la sustancia primera mientras que la forma es la sustancia segunda. Ahora bien, cuando se emplea la palabra «el» hombre, «el» árbol, en sentido general, se está haciendo uso de una sustancia universal y abstracta, distinta desde luego de la sustancia individual de la cosa concreta de la que se habla, pero con todo, sustancia existente. Así que, para Aristóteles, la sustancia es la base, esencia o fundamento último a partir del cual se construyen los accidentes, esto es, las particularidades sobre las que tratan las diversas disciplinas. La sustancia es, de esta manera, el ser sobre el cual se predicán los atributos, sobre el cual descansan las propiedades, los accidentes. Lo accidental es, desde luego, lo secundario, lo circunstancial, lo que fluctúa, lo contingente, lo que puede o no puede ser, lo que puede perderse sin perder la esencia. De acuerdo con Aristóteles, el ser tiene cuatro maneras de predicarse: (i) bajo la dualidad esencia-accidente, (ii) bajo el tipo categoría que lo califica (calidad, cantidad, posición, tiempo, lugar, relación, estado, acción, etc), (iii) el ser verdadero y el ser falso, (iv) el ser según la potencia y el acto. La sustancia está presente en todas las categorías.

conocimiento son sólo fenómenos amorfos y sin existencia inteligible propia, es la metafísica idealista y no ontológica, la que, a través de los diversos niveles de conocimiento (sensibilidad, entendimiento y razón), promueve un verdadero conocimiento. Es claro que Kant podría estar en este lugar.

Según como interpreto a Kant, su metafísica parte de la siguiente pregunta: ¿existe algo que *preceda* a la experiencia? Recuerde el lector que en las primeras fases del *empirismo* se daba por descontado que la experiencia era la base de todo conocimiento. Por consiguiente, todo conocimiento resulta *a fortiori*, ya que que primero se requiere experimentar el mundo sensible para luego formar las ideas y conceptos sobre él. La dificultad, sin embargo, estriba en que de aceptarse esta imagen, no resulta claro cómo es posible *organizar* la experiencia, sintetizarla y darle coherencia. ¿Cómo es siquiera posible –diría Kant– que podamos relacionar y unir coherentemente experiencias entre sí? Para él, esa circunstancia se explica en la medida en que existen *formas* o esquemas apriorísticos en los sujetos dotados de razón, que permiten la *asimilación* de la experiencia. Si no tuviéramos esquemas conceptuales independientes de la experiencia, todo lo percibido sería un conjunto desordenado, alterado e inteligible de experiencias situadas al azar, a partir de las cuales no sería posible construir un verdadero conocimiento⁹. El *espacio* y el *tiempo*, por ejemplo, son las categorías *a priori* de la sensibilidad. Esa es justamente la diferencia entre lo que es *dado* (sensaciones) y lo que es *puesto* por nosotros (la categoría). Ahora bien, si insistiéramos en que el esquema de organización no es dado, esto es, no es *a priori* sino experiencial, ¿de qué manera podríamos organizar la experiencia de tal forma que nos permitiera construir el esquema en virtud del cual organizamos toda la nueva información y la nueva experiencia? Para Kant no existe otra respuesta sino que deben existir, entonces, principios *a priori* que gobiernan la razón humana, y que trascienden a la experiencia particular¹⁰. Ese es el motivo por el cual Kant denomina a la razón como una Razón *Pura*.

9. En eso radica la diferencia que hace entre *juicio de experiencia* y *juicio de percepción*. El primero hace referencia a un conjunto de percepciones empíricas organizadas, mientras que la segunda hace referencia a la percepción empírica inmediata hecha por los sentidos, es decir, el mero aglomerado de observación sensorial inmediata, sin organización alguna, ni principio de unificación.

10. Con todo, Kant no llega a restar importancia al empirismo, y tampoco concluye que exista un *conocimiento* que preceda propiamente a la experiencia. Lo que la precede son

En cierto modo, la metafísica kantiana fue un recio golpe en contra de la metafísica ontológica así como contra el empirismo. El método trascendental, en contraposición al empírico cuyo propósito inicial fue la constatación experimental *a fortiori* del conocimiento, consiste en la averiguación de las condiciones racionales *a priori* de todo objeto cognoscible¹¹. La primera consecuencia, evidente por demás, es que al trascender la experiencia, el método se vuelve universal y necesario. Y es universal, justamente, porque trasciende las particularidades de la experiencia, conminando la labor del nuevo filósofo metafísico (idealista y no ontólogo) hacia la realización de una síntesis teórica y procedimental de los juicios experimentales. El metafísico sintetiza, compendia, reduce todo a su verdadera esencia, hacia esquemas —o más propiamente dicho hacia *categorías* incondicionales—. La razón, dice Kant, «es el poder que nos suministra los principios del conocimiento a priori» (2010:64), abreviando a través de unidades o categorías absolutas las experiencias particulares. Como señala Rojas Amandi (s.f.:170):

La razón es la función superior sintética del intelecto que lleva a la unidad sintética que se piensa en categorías hasta lo absolutamente incondicional, esto es, libre de todas las limitaciones que las condicionan, incluidas las condiciones impuestas por

esquemas o categorías independientes tanto del conocimiento como de la experiencia. La sucesión sería básicamente esta: categoría-experiencia-conocimiento. Así que un conocimiento verdadero y completo necesita de la realidad y de la experiencia, pues de lo contrario se caería nuevamente en la metafísica especulativa totalmente ajena a la experiencia. Concretamente en su introducción sostiene: «Que todo conocimiento empieza con la experiencia, esto no ofrece la menor duda. En efecto, ¿por qué nuestro poder para conocer podría ser despertado y puesto en acción, a no ser por objetos que impresionan nuestros sentidos y que, por una parte, producen por sí mismos representaciones y, por otra, ponen en movimiento nuestra facultad intelectual, con objeto de que compare, ate o separe estas representaciones, y trabaje de este modo la materia bruta de las impresiones sensibles para sacar de ello un conocimiento de los objetos, que es lo denominado por la experiencia? De este modo, cronológicamente, ningún conocimiento precede en nosotros a la experiencia y es con ella con lo que todo comienza. Pero si todo conocimiento debuta con nuestra experiencia, ello no prueba que saque todo de la experiencia (...)». Kant (2010, 49-50). En este texto se discrimina la introducción que tuvo la primera como la segunda edición del texto. La cita hace referencia a la segunda edición.

11. Dice Kant: «Llamo trascendental a todo conocimiento que, en general, se ocupa menos de los objetos que de nuestros conceptos a priori de los objetos. Un sistema de conceptos de este género se llamaría filosofía trascendental», Kant (2010, 49-50).

la experiencia. De esta forma, el pensamiento tiende al esclarecimiento completo de las condiciones bajo las cuales cada generalización particular de la razón puede considerarse absolutamente correcta.

Las categorías racionales son entonces esquemas *a priori* y universales que *condicionan* la posibilidad misma de experimentación, fijando formal y procedimentalmente principios incondicionales del entendimiento. Estos principios o formas necesarias e incondicionales del pensamiento, representan la verdadera esencia cognoscitiva del objeto, pues es la forma necesaria en qué éste debe ser pensado. Los principios *a priori* kantianos reciben el nombre de *leyes* o *máximas*.

Hay otros pensadores, como John Searle (1997:24), que intentan ingeniosamente emplear la metafísica ontológica (de la realidad) como la única metafísica posible, a través del argumento según el cual basta con diferenciar entre la ontología de los hechos *reales* y la ontología de los hechos *sociales*. La ontología primera, esto es, la de los hechos físicos y naturales del mundo, es definida por el lenguaje de la biología, la física y la química. Empero, existiría una ontología «especial» y característica de las construcciones sociales, que también se contraería a la categoría de *hechos*, sólo que se evaluaría más por las funciones socialmente definidas (Searle, 1997:24). Así, entonces, un «billete» (distinto a la ontología del papel), la «bañera» (distinta a la ontología de la «concauidad de hierro esmaltado que contiene agua») y el «automóvil» (distinta de la ontología del acero de la carrocería, o del motor de combustión, etc.) sólo se entienden en razón de una metafísica de la realidad construida mancomunadamente a partir de la asignación de funciones, y de una intencionalidad colectiva, para cumplir propósitos previamente determinados. Una vez desaparece la función, dice Searle, nos cuesta trabajo identificar la ontología de esos objetos a través de sus rasgos intrínsecos. Sin embargo, la ontología de lo social depende sustancial y fundamentalmente de la ontología de lo real¹² (Searle, 1997:25-26). Esta forma de descender al mundo real la metafísica idealista, descansa en una especie de naturalización por doble vía. De un lado, dice Searle, los seres humanos somos seres vivos, evolucionados, con un rasgo biológico bastante específico: aparte

12. Esta afirmación la basa Searle en dos teorías para él irrefutables: la teoría atómica de la materia y la teoría biológica evolucionaria. Según este punto de vista, sería una especie de ingenuidad o tontería negar que el mundo consiste en particulares o entidades, organizados en sistemas o campos de fuerza.

de nuestra estructura física, tenemos consciencia. Con la consciencia, inicia la intencionalidad. No obstante, repárese en que la consciencia y la intencionalidad hacen parte del mundo físico de la biología humana. Por el otro lado, la consciencia y la intencionalidad se refieren a (hablan de) cosas *reales* del *mundo*.

Recapitulación

El metafísico encuentra la averiguación de la esencia o naturaleza del ente como algo ineludible. Por consiguiente, todos los objetos o entes tienen una *esencia* o naturaleza intrínseca. Si la esencia o naturaleza intrínseca del ente radica en su *realidad*, se suele asumir un compromiso ontológico con los *hechos*. Generalmente, los ontólogos asumen, como sus valores principales, a la objetividad y la neutralidad del conocimiento, generados por la realidad de la *esencia*, de manera que el conocimiento verdadero del ontólogo lo proporciona la indagación de la realidad. Ese es su principio fundacional. Por su parte, el metafísico idealista, orientado hacia la reivindicación del sujeto cognoscente y de la idea de que existe algo más allá de la simple existencia física, dispone que la realidad considerada en sí misma no debe ni puede funcionar como principio fundacional, en tanto que no resulta cognoscible para el hombre.

En otras palabras, no es posible capturar, de modo racional, la «cosa en sí» de los objetos, toda vez que a la razón le está vedado trascenderse a sí misma para llegar a la esencia del ente. Una vez se captura la cosa, deja de ser «en sí» (*noúmeno*) y pasa a ser «en mí» (*fenómeno*), llena de subjetividad. La realidad, dice Kant, puede pensarse pero no conocerse. De manera que la esencia o naturaleza intrínseca de las cosas debe estar en otro lugar, en algún principio ajeno a la realidad misma, en alguna categoría abstracta, en un concepto *a priori*. Las categorías, o principios del entendimiento, permiten el conocimiento de todo objeto, razón por la cual es tarea del filósofo la averiguación de dichos principios metafísicos. Sólo de esta manera puede entenderse lo que es homogéneo a la propia categoría. El esencialismo del idealista radica en la suposición del principio metafísico que gobierna el entendimiento de la realidad *fenoménica*. Desde luego, como dije, este es un duro golpe a la metafísica ontológica, a pesar de que se conserva todavía tanto la metafísica como el esencialismo.

Consecuencias de la Metafísica

Hecha la anterior recapitulación, debo agregar unas breves observaciones. Al momento de acoger el esencialismo, resulta natural adoptar una serie de dualismos filosóficos que para los metafísicos resultan fundamentales. Si se acepta la división entre lo que es *esencial* y lo que es *accidental*, se concede, por pasos contados, la diferencia entre lo que *es* y lo que *debe ser*, entre el *objeto* y el *sujeto*, entre el *hecho* y el *valor*, entre *describir* y *prescribir*, entre lo *objetivo* y lo *subjetivo*, entre lo *analítico* y lo *sintético*, etcétera. De hecho, este tipo de posturas alimentan teorías epistemológicas como, por ejemplo, la de la Teoría de la Verdad como Correspondencia. En lo que a mí respecta, tanto la metafísica idealista, incluso la kantiana, así como la metafísica ontológica, adoptan una fuerte necesidad de adecuación entre el pensamiento y el ente metafísico esencial. La diferencia estriba en que el ontólogo lo hace basándose en un realismo externo, en tanto que el metafísico idealista opera a través de un método trascendental.

Así que esa ha sido, básicamente, la consecuencia natural de adoptar la metafísica como punto de partida de la investigación filosófica. Repárese en el siguiente ejemplo: si puedo identificar lo que *es* esencialmente el objeto *x*, esta identificación es *objetiva* y no depende de mis inclinaciones o creencias: la esencia del agua, que para los químicos ontólogos se reduce a la fórmula H₂O, es objetiva y ajena a cualquier tipo de pensamiento. Así desaparezca la raza humana de la faz de la tierra, la esencia del agua seguirá siendo H₂O, diría el metafísico ontólogo. Con ello puede diferenciarse entre lo que el agua *realmente es*, de *hecho*, de lo que podemos pensar sobre ella (que moja, que es cristalina o que calma la sed). Lo primero hace referencia a una *descripción objetiva* de su realidad; lo segundo a una *valoración* subjetiva por parte del hablante. Una interpretación *correcta* u *objetiva* de lo que el agua *es*, debe acercarse o dar cuenta de la esencia del agua, pues ocurre que, respondiendo al conocido principio realista, «nada se da en la mente que no estuviese previamente diseñado en la realidad». Una interpretación que no se acoja a ello, sino que simplemente verse sobre aspectos valorativos, será simplemente subjetiva e incorrecta. La epistemología depende absolutamente de la ontología. Es parasitaria. La Física y la Química, en ese orden de ideas, estarían más cerca de las interpretaciones

correctas del mundo pues disponen de una fuerte ontología de la realidad (realismo externo) sustentada en una teoría representacionista del conocimiento y una teoría correspondentista de la verdad. De modo que otra de las principales consecuencias de adoptar un punto de partida metafísico, reposa en la suposición según la cual podemos extraer conclusiones epistemológicas a partir de premisas metafísicas, pero no al contrario. Lo que es válido afirmar sobre algo, responde a la realidad/esencia de lo que se describe cuando se afirma. Esa es básicamente la manera de pensar de buena parte de la filosofía.

En su lugar, el metafísico idealista dirá que lo que conocemos del agua depende de la categoría incondicional de *espacio, sustancia y forma* —o cosas por el estilo—. Sin la idea de la sustancia líquida no es posible concebir o entender el agua. Esa es su condición de posibilidad, su categoría *a priori*. Todo conocimiento válido del agua debe partir de esa categoría como quiera que constituye el objeto *agua*. Quien parta de la *refrescadura* del agua, por ejemplo, asumirá una categoría no esencial ni incondicional al objeto, de suerte que su interpretación será incorrecta¹³ (Laserna, 1985). Con todo, suena realmente extraño que Kant adopte una teoría de la verdad como correspondencia/adecuación, que como vimos es antonomásticamente ontológica y no idealista, después de que ha dicho que cualquier proceso de conocimiento se contrae a la conciencia y, por consiguiente, que ningún conocimiento es externo al sujeto. Ello sonaría contradictorio si entendemos que dicha teoría de la verdad sostiene, en cambio, que la verdad de nuestros juicios depende del nivel de adecuación que tengan estos y el mundo como tal.

Para dar una breve explicación de por qué esto ocurre, recuerde el lector que Kant diferencia entre *juicios analíticos* para los cuales el predicado hace parte del significado del sujeto, y *juicios sintéticos*, esto es, juicios cuya verdad no se establece teniendo en consideración solamente el significado de los términos empleados. Así, por ejemplo, la expresión «todas las madres son mujeres» puede ser fácilmente catalogada como verdadera a base de observar su estructura analítica, y a partir de ahí concluir que el predicado hace parte del significado del sujeto. Negar ello tornaría lógicamente auto-refutatorias las expresiones «todas las madres no son mujeres» o «todas las madres son hombres». Con ello no hay

13. Particularmente iluminadores resultan los escritos de Mario Laserna y Adolfo León Gómez sobre este punto. Véase Laserna (1985) y León Gómez (s.f.).

mucho lío. El gran dilema está en cómo plantea Kant el tema de la verdad para los juicios sintéticos, es decir, los no-analíticos. Y, como sostiene Mario Laserna, no solamente para los juicios no analíticos *a priori* sino *a posteriori*, pues un criterio de verdad debe funcionar para toda clase de juicios. El punto es que Kant se desliga del realismo externo o trascendental que plantea la «cosa en sí», con propiedades, categorías y clases propias, independientemente del sujeto cognoscente, y de acuerdo con la cual las representaciones mentales son sólo un espejo de lo que está ya previamente diseñado en la realidad. Por el contrario, dice admitir la existencia de la materia sin que ello implique restar importancia a la conciencia. Lo que hace entonces es *variar* los términos de la adecuación de la teoría. Voy a tomar prestada la explicación de Laserna sobre este punto.

La primera censura que plantea Kant radica en que, en principio, para comparar dos términos, estos deben al menos compartir ciertos rasgos comunes que los hacen precisamente «comparables». Lo que evidentemente se encuentra, en cambio, es que mientras la *proposición* no es un hecho espacial o temporal, el *evento* sí lo es. El idealismo, por oposición, sale rápidamente al paso de semejante censura, toda vez que considera que tanto *proposición* como *evento* son actividades del entendimiento. Ninguna de las dos escapa a la conciencia. O dicho en una palabra, ambos son eventos de la conciencia, es decir, contenidos de ella. Desde luego que se dan de manera diferente, pero con todo, son productos del entendimiento. ¿Cómo se plantea este salto argumentativo? *Pensamiento*, por un lado, y *sensibilidad* o *percepción*, por el otro, son eventos distintos, pero que llegan a lo mismo. Recuerde el lector que más arriba se dijo que para Kant la primera función del entendimiento es producir conceptos y esquemas, categorías unificadoras del entendimiento. El objetivo es organizar coherentemente percepciones en principio inconexas, arbitrarias y aprehendidas al azar. Con esto en mente, el sujeto plantea proposiciones. La sensibilidad, en cambio, contempla y representa el mundo a través de la intuición sensible. Sin embargo, contemplar el mundo y sus objetos es algo demasiado vago y abstracto, abstruso e ininteligible. Para no sólo contemplar los objetos sino además pensarlos, es necesario aprehenderlos a través de categorías y conceptos. Vale decir que la única manera de pensar un objeto es por conducto de las categorías unificadoras del pensamiento. La categoría es el fundamento de posibilidad de la experimentación.

Así las cosas, el evento es *interno* a la conciencia; y debe serlo, además, si lo que se quiere es realizar la mencionada adecuación, toda vez que antes de que el evento sea incorporado a la conciencia, nada sabemos de él. Dicho esto, la consecuencia surge inmediatamente. Si saber algo significa haberlo incorporado a la conciencia, entonces lo que se compara no es finalmente la proposición con el evento en sí, sino la proposición con otra proposición acerca de la percepción del evento. Existe, sin embargo, otro corolario, contundente, de lo anterior: la diferencia concreta entre el realista trascendental y Kant estriba en que mientras el evento es el espacio en el que se da la externalidad para el realista, para Kant hace parte de las categorías de espacialidad y temporalidad, y estas dos categorías son internas al entendimiento. El tercer argumento es también una consecuencia de lo anterior: es diferente el Yo-psicosomático que plantea la proposición del Yo-epistemológico que decide sobre la adecuación entre las proposiciones que plantea aquél. Este último plantea una relación de adecuación de validez general. Para ello se vale de la actividad sintética del intelecto y de la lógica formal. Con ambas, el Yo-epistemológico sigue reglas y principios de unidad y permanencia. Como estas categorías, reglas y principios de unidad son universales e incondicionales, el conocimiento es objetivo¹⁴.

Así que, en lo que para nuestros propósitos interesa, la epistemología kantiana es clarísimamente parasitaria de su propuesta metafísica. La lógica formal nos ayuda a entablar las relaciones veritativas de correspondencia entre distintas proposiciones por conducto de principios formales. El verdadero conocimiento, de cualquier disciplina, surge sólo a través de juicios de experiencia objetivos, proporcionados por el Yo-epistemológico cuando entabla la adecuación.

Por fortuna, lo anterior es todo lo que tengo que decir sobre metafísica antes de continuar con mi argumento. Tengo la suerte de que éste no es un escrito sobre metafísica sino, justamente, acerca de un argumento antimetafísico. Así las cosas, basta con que se comprenda, a través de las explicaciones ofrecidas, la idea general de que la metafísica, en cualquiera de sus dos modalidades, ontología o idealismo, implica un radical *esencialismo*, sin necesidad de seguir

14. Esa es la diferencia entre el juicio de *experiencia* y el juicio de *percepción*. La primera organización de la percepción a través de proposiciones la realiza un juicio de percepción. El juicio de experiencia, si quiere ser objetivo, debe además organizarlas mediante categorías de unidad, incondicionales y universales, esto es, de validez general.

explicando los ejemplos de otras importantes metafísicas¹⁵. También importa entender que la asunción de un punto de partida metafísico suministra el soporte para el resto de dualismos filosóficos fundamentales tales como ser-deber ser, objetivo-subjetivo, esencia-accidente, hecho-valor, describir-prescribir, etc. De igual modo, resulta cardinal comprender que para el metafísico la epistemología resulta claramente parasitaria, como quiera que sólo pueden extraerse conclusiones epistémicamente válidas una vez tengamos un punto arquimédico de corte metafísico. Ahora bien, este tipo de discusiones tan aparentemente extrañas para los abogados, en ningún sentido han sido ajenas al estudio de disciplinas como el Derecho. De hecho, no lo han sido para ninguna disciplina. Todo lo contrario. En los cursos tradicionales de filosofía del derecho se *asume*, más implícitamente, por supuesto, una postura metafísica. Voy a detenerme un poco para ilustrar este punto.

Metafísica, Ontología, Esencialismo y Fundacionalismo en Filosofía del Derecho

En este pequeño capítulo intentaré presentar muy brevemente algunos de los más importantes rasgos metafísicos de la filosofía de cuatro grandes filósofos del derecho: Kant, Kelsen, Hart y Alexy¹⁶.

15. Podría el lector reprocharme que sostenga que el idealismo de Kant pueda intercambiarse por el calificativo de esencialista, en la medida en que el mismo Kant indicó que la esencia de las cosas resulta incognoscible. Pero ello, desde mi interpretación, sería un error. Como veo a Kant, es un declarado esencialista. Lo que más bien está diciendo es que esa esencia resulta incognoscible si nos detenemos en el fenómeno, vale decir, que no podemos conocer la esencia simplemente viendo empíricamente el mundo, pues una vez lo asumo, es un mundo «en mí». Por ello creo que negar el esencialismo fenoménico u ontológico no implica necesariamente negar todo tipo de esencialismo. De hecho, en Kant la esencia está en otro lado, en la *idea*, tal y como lo he señalado líneas atrás.

16. Se preguntará el lector por qué excluyo a Dworkin cuando parece ya pacífico aceptar que, junto con los iusfilósofos que he nombrado, hacen parte del elenco de los más influyentes pensadores en nuestro medio. La razón es que, como lo he sostenido *in extenso* en mi disertación doctoral, no considero a Dworkin, a pesar de sí mismo, un pensador metafísico sino un claro exponente del neopragmatismo filosófico. De igual manera, se preguntará el lector por qué escojo a estos autores y no a otros. La respuesta, muy concreta, es que en este punto sigo lo dicho por Diego López en su texto *Teoría impura del Derecho*, en el

La filosofía del Derecho de Kant

He dicho que este tipo de discusiones también se ha desplazado hacia el campo jurídico. Y es cierto. Repárese en que, por ejemplo, la filosofía del derecho kantiana propone un elenco de principios metafísicos para nuestra profesión. En su libro *Metafísica de las costumbres*, Kant presenta el capítulo *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, en el que se pretende formular las categorías incondicionales a través de las cuales es posible entender y asimilar la praxis jurídica. Según señala, debemos ver al derecho en su forma *pura*, conceptual, incondicional, *a priori*.

Kant parte de un supuesto que para él resulta cardinal: si el derecho desea ser *ciencia*, debe partir de un conocimiento *a priori* y no *a posteriori*. El conocimiento fundado en la experiencia no es universal ni necesario, pues se encuentra limitado a la experiencia particular del momento (*aquí y ahora*). La ciencia del derecho, como toda ciencia, debe asentarse en categorías, esquemas y principios apriorísticos cuya funcionalidad reside en que permiten a los sujetos cognoscentes la *asimilación* de la experiencia. No son entonces la metodología empírica positivista y su comprobación experiencial los recursos idóneos para dar cuenta de la esencia del derecho. Como en todo conocimiento, dice Kant, son el método trascendental y la indagación de las condiciones racionales *a priori* los que pueden cumplir con esa tarea.

La síntesis metafísica entrega las principales categorías incondicionales, las condiciones de posibilidad y de experimentación del objeto pensado, su real esencia cognoscitiva, la forma necesaria en que debe ser pensado. De ahí que Kant sostenga que «una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso» (Kant, 1993:38). O, como dice Rojas Amandi en la lectura que hace sobre Kant, que «una teoría puramente positivista del Derecho es incapaz para exponer en su real magnitud la esencia del Derecho» (s.f.:192). Así, dado que el método empírico resulta insuficiente en la

sentido de que son estos autores los que mayor recepción han tenido en nuestro contexto jurídico en las últimas décadas. Véase López Medina (2008). Al único que incluyo por fuera del cuarteto Kelsen, Hart, Alexy y Dworkin es a Kant, por la obvia razón según la cual el pensamiento kantiano está en varios de ellos.

determinación de la esencia del derecho, no es la ontología sino el método trascendental el que fija procedimentalmente los principios metafísicos del derecho.

En este punto cabe preguntarse cuál es el principal principio metafísico del derecho. Desde una perspectiva kantiana este sería la *Libertad*. Ésta —y junto con ella la autonomía de la voluntad— es una categoría *a priori* de la razón pura, un concepto trascendente a la realidad empírica. Y no sólo para el derecho, sino casi que para cualquier ámbito en el que se desenvuelva el ser racional. La Libertad es, después de todo, el principal principio metafísico sobre el que descansa toda la filosofía de Kant.

La libertad es una presuposición fundamental para el derecho debido a que éste se encarga finalmente de los principios metafísicos que usan los seres racionales libres y autónomos para relacionarse entre sí, bajo leyes universales. Dicho en una palabra «el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad» (Kant, 1993:39).

Obsérvese que la libertad como principio metafísico *a priori* condiciona el entendimiento mismo del derecho, al punto que una acción será *conforme a derecho* si permite la coexistencia de las diversas libertades de acuerdo a una ley universal. ¿Cómo podría formularse una de tales leyes o máximas universales? Kant da el siguiente ejemplo para responder a esa pregunta: «obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal» (Kant, 1993:40).

De esta manera, la libertad es un principio racional *a priori* toda vez que no necesitamos de la experiencia que nos arroja la legislación externa y positiva para poder conocerla y aceptarla. La sola razón nos conduce a ella. Por tanto, el derecho no puede ser entendido como aquello que establecen las leyes de un país en un momento determinado, pues de ser así, indica Kant, permanecerán ocultos los fundamentos mismos de aquellos juicios empíricos.

Otro de los grandes principios metafísicos del derecho es «la facultad de coaccionar». Las condiciones del entendimiento del Derecho están igualmente condicionadas de manera inexorable a dicha facultad, como quiera que es ésta la que puede remover los obstáculos a la libertad de acuerdo a leyes universales.¹⁷

17. La cuestión, sin embargo, está en que en principio todo aquello que limite u obstaculice la libertad (la coacción, por ejemplo) es por ese mismo hecho contrario a derecho, así que

Como puede observarse, Kant no tuvo algo así como una teoría de la interpretación jurídica, y menos todavía una teoría de la argumentación jurídica. De ahí su limitada influencia en los abogados si lo comparamos con otros autores. Lo que Kant hizo fue más bien proporcionar una metafísica idealista para el *concepto* de derecho a través de las categorías o condiciones de posibilidad del derecho.

Una epistemología jurídica hubiera sido, además, tremendamente compleja debido a que el conocimiento científico del derecho debe estar expresado en proposiciones objetivas, dentro del proceso de adecuación que realiza el Yo-epistemológico. El intérprete debe entonces formular en cada caso tales proposiciones y establecer juicios que superen los datos empíricos de la percepción directa hasta alcanzar un contenido de validez general. A este respecto Laserna plantea que:

la facultad de coaccionar sólo debe entenderse como un obstáculo que se pone a los obstáculos frente a la libertad. Vale decir: es el límite a los límites de la libertad. Entendida de esta manera, la facultad de coaccionar concuerda con la libertad según leyes universales y por esa razón resulta conforme al derecho (véase Kant, 1993:40-41). Las tres razones de la *coacción* como principio esencial al derecho residen, de acuerdo a como interpreto a Kant, en lo siguiente: en primer lugar, si bien es cierto que «obrar conforme al derecho es una exigencia que me hace la ética» (ibidem), no obstante ello, el derecho tiene por objeto lo que es *externo* a las acciones. Por consiguiente, dado que escapa al fuero interno de las motivaciones éticas, el derecho debe encontrar sus propios fundamentos externos de determinación del arbitrio. Como consecuencia de ello, el derecho se conserva *puro* y ajeno a la ética, sin estar «mezclado con prescripciones referidas a la virtud. Por lo tanto, sólo puede llamarse derecho estricto (restringido) al derecho completamente externo». Si el derecho en sentido estricto es *externo* y no posee una fundamentación ética, es inevitable la facultad de coacción para limitar los actos que no estén conformes al derecho, esto es, aquellos que no respeten la libertad bajo leyes universales. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, lo que establece este principio es entonces una coacción recíproca universal con la libertad de todos. Finalmente, en tercer lugar y como corolario de las dos premisas anteriores, el derecho externo, sostiene, «se fundamenta en la conciencia de la obligación de cada uno según la ley; pero, para determinar el arbitrio conforme a ella, ni le es lícito ni puede, si es que debe ser puro, recurrir a esta conciencia como móvil, sino que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede coexistir con la libertad de cada uno según leyes universales. Por consiguiente, cuando se dice: un acreedor tiene derecho a exigir el pago de la deuda a su deudor, esto no significa que pueda persuadirle de que su propia razón le obliga al pago, sino que una coacción, que obliga a todos a hacer esto, puede muy bien coexistir con la libertad de cada cual, por tanto, también con la suya, según una ley externa universal: derecho y facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa» (Kant, 1993:41-42).

El problema del conocimiento está en lograr establecer estas proposiciones objetivas, es decir válidas para cualquier sujeto. Tal validez no se refiere a su verdad sino a su significado, o sea que ellas tienen un contenido que se refiere al mundo de los eventos y no al del sujeto que profiere la proposición. Por consiguiente, si la proposición que anuncia algo objetivo es verdadera o falsa, ello depende de la experimentación. Empero su forma de objetividad depende de la manera como ella se constituye. Y es este proceso de constituir objetividad lo que solamente se logra a través de las categorías y demás principios a priori. Principios y conceptos que pertenecen al entendimiento en cuanto este crea o constituye la posibilidad de experimentación y por lo tanto no se pueden provenir de ella» (s.f.:28).

Sospecho que la ardua labor de plantear juicios sintéticos y elaborar categorías incondicionales que sirvan, junto con la lógica formal, como reglas de validez universal orientadas a alcanzar el carácter veritativo de las distintas proposiciones jurídicas, tornaría la labor de cualquier intérprete en dispendiosa, prolija y demasiado restrictiva.

La Filosofía del Derecho de Kelsen

Con todo, la metafísica de corte kantiano no se limitó a la filosofía del derecho de Kant. Hans Kelsen también se propuso desarrollar una teoría del derecho de corte kantiano, concebida en su forma *pura e incondicional*¹⁸. Que Kelsen

18. Esta afirmación no desconoce que existe justamente un debate acerca de si Kelsen era o no un kantiano. Algunas lecturas y muchos apartes de sus textos así lo dejarían entrever. En lo que a mí respecta, veo a Kelsen mucho más del lado de la metafísica de Kant, sobre todo en punto de su norma fundamental, y más si consideramos las expresiones de Kelsen, en sentidos como el siguiente: «En tanto sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretados como normas jurídicas objetivamente válidas, puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir per analogiam a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-transcendental de esa interpretación. Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la

sea un metafísico puede resultar paradójico si consideramos que tuvo una significativa influencia de la escuela neopositivista del Círculo de Viena.

Resulta extraño si concedemos que el proyecto filosófico positivista, lógico y empirista del círculo de Viena descansaba justamente en la refutación de la metafísica, en el sentido de tener que basar el resto de las disciplinas en una concepción científica del mundo. Es justamente por ello que Kelsen dispuso explícitamente su *Teoría Pura del Derecho* como un camino para refutar la metafísica en el Derecho.

No obstante, según como veo las cosas, la crítica de Kelsen se enfocaba prioritariamente hacia la metafísica naturalista y teológica, no así frente a todo tipo de concepción metafísica. Voy a detenerme un poco en algunas de las ideas de Kelsen, no sin antes advertir que todas ellas se refieren más bien al tema de la «norma fundamental», y muy concretamente a lo expresado sobre ella en su libro más central e influyente, *Teoría Pura del Derecho*, tanto en la versión de 1934 como en la de 1960. No quisiera desconocer que a partir de 1962 el propio Kelsen se retractó de mucho de lo expresado inicialmente sobre su norma básica¹⁹.

Es bien sabido que Kelsen desarrolló una teoría *pura* del derecho en el sentido de que planteó las características formales y estructurales que determinan una doctrina jurídica que estuviera conforme a «los principios fundamentales de la pureza metodológica del conocimiento jurídico-científico» (Paulson, 1992:13), vale decir, «purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural» (Paulson, 1992:9). Para ello, procedió depurando a la disciplina de cualquier aproximación psicológica, ética, sociológica, o política.

Una de las consecuencias de defender una perspectiva metafísica del mundo reside en sostener un elenco de dicotomías tales como ser-deber ser, hecho-valor, describir-prescribir, entre otras, muy acogidas todas por el pensamiento positivista. Para empezar, las divisiones ser-deber ser o hecho-valor permiten discriminar entre la descripción pura del lenguaje estrictamente jurídico, y los

teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica «uno debe comportarse como la constitución lo prescribe», es decir, como corresponde al sentido subjetivo de los actos de voluntad que establecieron la constitución, conforme a las prescripciones del constituyente» (Negrillas ajenas al texto original). Kelsen, 1982:209-210).

19. Sobre el desmonte de la Norma Fundamental y de la misma Teoría Pura del Derecho por Kelsen, véase la obra Paulson (1992:265-274).

juicios de valor psicológicos, sociológicos, económicos o morales que puedan sobrevenirle.

Las anteriores polaridades remiten a mundos y usos del lenguaje claramente diferenciables –como diría luego Hart a través de la presentación de algunos ejemplos de los rasgos característicos en uno y otro campo–. Repárese, dice Hart mucho después, en que las normas morales son invariables e incondicionales, lo cual claramente no puede ocurrirle a las normas jurídicas. Del mismo modo, la coacción de la norma moral es diferente a la coacción de la norma jurídica²⁰.

Empero, al decir *pura*, quiso significar también que la suya es una teoría que no se ocupa de un ordenamiento jurídico particular, o de un área concreta dentro de ese ordenamiento, o de una disposición jurídica particular, sino que le interesa apoyarse en «la comparación de todos los fenómenos calificados como «derecho», con el fin de «investigar la esencia del derecho, su estructura típica, independientemente del contenido variante que ha tenido en las diferentes épocas y países»²¹ (Kelsen, 1998:8).

La esencia del derecho, es decir, su fundamento último, reside en la categoría *a priori* del entendimiento. No hay manera de pensar el derecho, según Kelsen, si no es a través de su categoría incondicional. Y a esta categoría la denomina «norma fundamental». Vistas las cosas desde esta perspectiva Kelsen propone una metafísica de orden trascendental para la disciplina jurídica.

20. Pero la dicotomía hecho-valor que resulta de asumir una posición metafísica, también hace de las suyas en el positivismo jurídico cuando plantea la tesis *reduccionista* del derecho a partir de la cual el derecho se contrae a hechos, en contraposición con la tesis de la *normatividad* para la cual el derecho no se reduce necesariamente a hechos sino a categorías morales, según plantea el iusnaturalismo. Según Stanley Paulson, Kelsen está de acuerdo con la tesis de separación entre derecho y moral, así como entre derecho y hecho, en cuya razón se desmarca del positivismo clásico que afirma la primera pero no la segunda. Véase sobre ese punto, Paulson (2000:98 y ss.).

21. Este pasaje es particularmente oscuro, porque no es claro si emplea un método empírico o trascendental. Sospecho que a pesar de que «comparar todos los fenómenos» puede estar en cualquiera de los dos extremos, es claro que Kelsen promueve la teorización de la esencia *trascendental* de todo tipo de derecho. No de otra manera puede entenderse el que, paso seguido, indique que resulta necesario «precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho; de esta manera, proporciona la fundamentación teórica de toda consideración que tenga por objeto un derecho o institución jurídica especial» (Kelsen, 1992, p.8).

Dicha metafísica se basa, a su vez, en el concepto de «norma fundamental»,²² la cual funcionaría como la categoría incondicional que hace posible *pensar* el derecho de cualquier país (condición de posibilidad), así como también entender y asimilar la praxis jurídica²³. El concepto de *norma fundamental* hace posibles las proposiciones sobre deberes y derechos jurídicos (Kelsen, 1998:9)²⁴. En un sentido similar, Robert Walter (1999:43-44) indica que:

Importantes posiciones fundamentales adoptadas por la Teoría Pura del Derecho se pueden atribuir a determinadas doctrinas de la filosofía de Kant, como por ejemplo la admisión de un mundo del ser y un mundo del deber ser, y la construcción de una norma fundamental como supuesto lógico-trascendental, para poder explicar un orden coactivo eficaz como sistema válido de normas. Kelsen calificó esto cautelosamente como aplicación análoga de la teoría del conocimiento kantiana.

22. Para muchos autores no sólo la «norma fundamental» sino también la «estructura piramidal» del sistema jurídico constituyen las condiciones a priori del conocimiento jurídico. En lo que a mí respecta, creo más bien que la estructura piramidal es una consecuencia lógica de la norma fundamental, pero es sólo ésta la categoría incondicional del derecho. Es más, la estructura piramidal sólo tiene sentido una vez se plantea el problema de la regresión *ad infinitum* en la justificación intrasistémica, la cual tiene que detenerse en la norma fundamental. De otro lado, también se suele considerar que la eliminación de las dualidades es parte de la esencia de una teoría del derecho para Kelsen. Sobre ese particular tengo el mismo comentario que en relación con la estructura piramidal.

23. Concretamente sostiene: «La Teoría Pura del Derecho investiga (lo que antes de ella no había sido investigado) la estructura lógica de los órdenes jurídicos dados y llega de esta manera a la concepción de la construcción escalonada del orden jurídico, concepción que es de fundamental importancia para el conocimiento esencial del derecho. Por último, la teoría pura del derecho estudia la relación que lógicamente es posible entre dos o más órdenes jurídicos, como por ejemplo, entre los órdenes jurídicos de un mismo estado, y entre estos y el orden del derecho internacional. De esta manera llega al postulado metodológico de la unidad de la concepción jurídica» (Kelsen, 1998, p.20-21).

24. Como bien me lo hizo notar el Profesor Andrés Botero, fue justamente el esencialismo de la Grundnorm, lo que le generó a Kelsen la crítica de Ross de ser un iusnaturalista lógico.

El argumento de la *norma fundamental* lo entiendo de la siguiente manera. El derecho es, según Kelsen, una disciplina que trabaja prioritariamente con enunciados de lenguaje²⁵, con actos de habla *imputados*²⁶ por hombres. Estos enunciados integran «normas», en el estricto sentido *normativo* de disponer que algo *debe ser* de una determinada manera. De modo que debemos diferenciar entre, por un lado, el *ser* de los enunciados (existen efectivamente enunciados jurídicos), y el *deber ser* como contenido normativo o prescriptivo de esos enunciados (esos enunciados de hecho no *describen* sino que *prescriben* un deber ser).

Si el derecho se redujera a un conjunto de enunciados descriptivos todo sería muy fácil, y la metodología empirista tendría todo aclarado²⁷. El tema es que, precisamente, esos enunciados son claramente prescriptivos, pues nos indican *cómo debemos comportarnos conforme* al derecho. En la misma línea de muchos positivistas, Kelsen sostiene que los enunciados descriptivos tienen un carácter veritativo (está sujeto a verdad o falsedad el que una pared sea blanca, por ejemplo), mientras que el contenido prescriptivo de una afirmación carece de tal carácter, pues únicamente expresa un sentimiento de aprobación o desaprobación²⁸.

25. Los desarrollos positivistas posteriores diferencian entre *formulación normativa* (enunciado de lenguaje) y *norma o significado*, producto de la interpretación de la formulación.

26. De ahí la diferencia que plantea entre el mundo natural y el mundo social. Mientras que el primero se desenvuelve con base en el principio de causalidad, el segundo lo hace con base en la imputación consciente y voluntaria del hombre.

27. Esta es justamente la aclaración que Kelsen le hace a Alf Ross, cuando dispone que una teoría realista empiricista del derecho tiene que fracasar: «Admitamos que es correcto afirmar que solamente los hechos del ser pueden ser objeto de una ciencia como conocimiento empírico y que el objeto de lo que se llama ciencia del derecho es el derecho. Pero si el derecho, tal como lo sostiene la Teoría Pura del Derecho, es una norma o un sistema de normas, entonces no puede haber ciencia del derecho realista alguna. Pues una norma no es un hecho del ser sino una prescripción del deber ser; es el sentido de un hecho del ser, esto es, de un acto intencionalmente dirigido a la conducta de otros, es decir, el sentido de que los hombres deben conducirse de una manera determinada» (Kelsen, 1998:11).

28. Esta simple afirmación puede ser entendida de muchas maneras, según se adopte un subjetivismo o un emotivismo. Sobre el subjetivismo y sobre el emotivismo de Stevenson véase a Rachels (2005:581-592).

Sostienen los positivistas que, como cuando alguien expresa prescriptivamente un sentimiento del tipo «¡que viva el aborto!»; o, en su defecto, «¡abajo el aborto!», así mismo ocurre con las prescripciones jurídicas. Ninguno de ellos podría aceptar que la afirmación «es verdadero “¡que viva el aborto!”», o «es falso que “¡abajo el aborto!”» tenga sentido.

Por tanto, una Teoría Pura del Derecho tendría que ocuparse del derecho que realmente *es* (es decir, de establecer cuáles son realmente los enunciados normativos que dispone un ordenamiento), y de justificar el contenido prescriptivo del deber ser, es decir, de esclarecer por qué es válido el contenido normativo del enunciado.

La cuestión, sin embargo, reside en que esto debe hacerse de una manera plenamente independiente si no se quiere caer en la falacia naturalista²⁹. Para justificar lo primero basta el juicio de *validez*, pues descansa en el reino del ser. Para fundamentar lo segundo necesariamente se tiene que echar mano de algún concepto trascendental a cualquier experiencia empírica que sirva para que el derecho se fundamente normativamente en sus propios términos.

Y ahí es donde la metafísica trascendental de Kant hace de las suyas, pues resulta claro que Kelsen no es en este punto un ontólogo sino un metafísico trascendental³⁰. La categoría incondicional es, insisto, la norma fundamental. Ahora bien, ¿cómo se fundamenta el *deber ser*, esto es, el contenido prescriptivo de la enunciación normativa? La mayoría de las normas lo hacen a través del resguardo intrasistémico que otorgan otras normas de mayor envergadura.

No obstante, como es apenas evidente, la cadena de justificación debe detenerse en algún momento. El principio fundacional en Kelsen está en aquel lugar:

Donde, sin autorización jurídica, una persona o un grupo de personas «toma el poder» –de manera típica luego de una revolución o un golpe de Estado y convoca,

29. La falacia naturalista básicamente indica que no puede derivarse un *deber ser* a partir de un *ser*, pues ambas cosas se mueven en planos de justificación distintos. Por ejemplo, del hecho de que en la práctica no se aplique el principio constitucional de la igualdad (la igualdad *no* es en la realidad), no es razón suficiente para sostener que teóricamente este principio *debe* desaparecer. De lo que es no puede derivarse un *deber ser*. En el caso propuesto ocurre justamente ello: como no se aplica, no debería estar.

30. Agradezco al profesor Andrés Botero por hacerme notar que a partir de 1962 la norma fundamental como hipótesis trascendental, se convierte luego en «ficción», lo que en estricto sentido la sacaría de la filosofía idealista.

por ejemplo, un consejo o asamblea constituyente. Si se quiere interpretar como sistema válido de normas un sistema de mandatos (órdenes) que se ha vuelto efectivo tendrá que suponerse entonces que el primer acto— puramente fáctico se apoya en una autorización.

Este supuesto es la norma fundamental. Ese es uno de los principales sentidos de dicha norma tal y como lo plantea Paulson, al hablar de ella como base última de validez de normas jurídicas *qua* pertenencia³¹.

Ahora bien, ya es sabido que Kelsen dispone que en la mayoría de los estados contemporáneos la Constitución funciona como norma fundamental (a veces bajo la regla «lo que diga el Constituyente a través de la Constitución es válido»). Sin embargo, la dificultad estriba en que, como reconoce Kelsen, para justificar a su vez la norma fundamental (el punto fundacional de las demás normas) que es sencillamente un *hecho*, no puede echarse mano del *factum* indicado.

Esto sería inevitablemente caer en la falacia naturalista. De ahí que debe diferenciarse entre la Constitución en *sentido jurídico-positivo*, es decir, la Constitución como hecho positivo, de la Constitución en *sentido lógico-trascendental*, es decir, el presupuesto no empírico que valida el contenido normativo de los enunciados jurídicos. Es este sentido de Constitución el que Kelsen parece entender como *Grundnorm*.

Empero, Kelsen rechaza que el fundamento de la norma fundamental en sentido lógico-trascendental sea un orden moral, natural o divino; y acepta que «nadie puede invocar para su justificación final al derecho positivo», y que «queda a la conciencia de cada hombre la decisión moral de seguir el derecho positivo o rebelarse contra él» (Paulson, 2000:37). De este modo guarda cierta coherencia con su relativismo ético.

Kelsen genera entonces una potente teoría metafísica trascendental en cuanto al *concepto* de derecho. Pero, además de ello, y he aquí el punto de diferencia con Kant y tal vez la parte más discutida y polémica de su producción, dispone también de una interesante teoría de la interpretación de las normas jurídicas.

Algunos autores califican la teoría de la interpretación de Kelsen como totalmente incongruente con su teoría general del derecho. Autores como Pérez Lledó (2008), plantean que Kelsen es un escéptico radical más cercano

31. Paulson extrae de los textos de Kelsen 10 distintas formulaciones de la norma fundamental. Véase Paulson (2000:133 y ss.).

al realismo jurídico, lo que tornaría innecesario el punto de partida metafísico trascendental³².

¿Cómo podría explicarse lo anterior? Recuerde el lector que más arriba se dijo que el objeto específico de estudio de la teoría pura son las normas jurídicas y no la realidad natural. Dado que Kelsen quiere escapar de la metafísica naturalista, acoge la postura del idealismo trascendental al pensar la condición de posibilidad o presuposición indispensable e hipotética de todo conocimiento jurídico.

La norma fundamental funciona como razón o condición de *validez* de todo ordenamiento jurídico y no hace referencia a su *contenido*. Para Kelsen la realidad específica del Derecho la constituyen los enunciados de lenguaje imputados por seres humanos, he dicho. El *sentido* de esos actos de habla (para usar la expresión de Austin) es un sentido *normativo-prescriptivo*, y no descriptivo.

De manera que existiría para Kelsen una diferencia entre la realidad jurídica basada en la existencia, de hecho, objetiva, de ciertos enunciados, y el *sentido* de tales actos lingüísticos. Para lo primero, la teoría pura examina la estructura lógica de los enunciados, y constata que esos actos efectivamente sean válidos, y por ende obligatorios.

Una vez estudia la estructura lógica del enunciado, entiende que posee una lógica prescriptiva y no descriptiva. Como es prescriptiva y no descriptiva, debe acudir entonces a una teoría de la interpretación que permita dar con el sentido o significado, con la norma incorporada al enunciado válido. Pero esto es ya algo que no puede escapar a la subjetividad, ni goza de carácter veritativo. Es por ello que Kelsen adopta un relativismo moral, que defiende incluso en sus obras no jurídicas (Cfr. La esencia y el valor de la democracia).

Puede resultar paradójico adoptar la metafísica trascendental de la norma fundamental para justificar la validez y la realidad específica del derecho, y luego acoger una especie de escepticismo emotivista³³ en cuanto al contenido significativo de dicha realidad. Aquí, la paradoja estaría en la incompatibilidad

32. Estas apreciaciones son auspiciadas por manifestaciones del propio Kelsen como las siguientes: «El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor» (Kelsen, 1998:29).

33. Agradezco al profesor Botero por alertarme, en este punto, del hecho de que si bien compartiría con el emotivismo o subjetivismo moral la necesidad de restarle el carácter

aparente entre el universalismo kantiano y el relativismo del no-cognitvismo que plantea el emotivismo.

Que exista contradicción entre lo uno y lo otro es, no obstante, una pregunta que escapa a este escrito y a mis intereses. Lo único que diría es que, justamente al elegir el idealismo trascendental para el *concepto* de derecho, y el emotivismo en cuanto al *significado* no veritativo, Kelsen diferencia dos niveles del discurso justificativo en derecho: el mundo del ser y del deber ser, el mundo objetivo y el subjetivo. Con ello escapa de la falacia naturalista que tanto le preocupaba.

Kelsen acoge la tesis de la indeterminación lingüística en los enunciados jurídicos, también conocida como la tesis del escepticismo interpretativo³⁴. Más allá de la diferenciación entre los diversos agentes de interpretación (legislador, juez, abogado, o científico del derecho), y de la diferencia entre interpretación auténtica y no auténtica, Kelsen parte de un hecho que para un filósofo del lenguaje resulta una verdad de perogrullo: no existe diferencia, más que de grado, entre crear y aplicar el derecho.

Para él, todo acto de aplicación es un acto de creación, y viceversa. Cuando se crea el derecho se está aplicando la norma que lo permite. Y, dado que no es posible aplicar los enunciados jurídicos sin interpretarlos, cuando se aplican se está creando el derecho simultáneamente.

Ahora bien, cuando la interpretación es científica, lo que realmente hace el jurista es distinguir los diversos significados (normas) atribuibles que pueden tener los enunciados lingüísticos dentro de un marco de posibilidades. Esta labor es para Kelsen inevitablemente conjetural, subjetiva y fundada en la voluntad del intérprete y/o del legislador, pues finalmente el científico del derecho propone una gama de eventuales interpretaciones que puedan ser razonablemente asumibles para un mismo enunciado.

Entre cada una de dichas alternativas no existe primacía epistemológica, pues no gozan de un carácter veritativo. No es verdadero o falso el significado *x* para el enunciado *y*, sino que responde a la forma hipotética de «si se asume la interpretación *x*, el enunciado *y* significa *A*».

veritativo a los enunciados valorativos y prescriptivos, lo que definiría más su postura sería un «voluntarismo» político.

34. Sobre el escepticismo interpretativo, véase López Medina (2008).

A lo sumo, la interpretación será válida o inválida, obligatoria o no, dependiendo de que quien la realice sea un órgano autorizado o no autorizado. Pero cuando el órgano autorizado es quien interpreta el enunciado, inmediatamente está creando derecho válido sin necesidad de preguntarse por su verdad o falsedad, por su corrección o incorrección, por su bondad o maldad.

Así que la idea de un único significado correcto o verdadero es fuertemente censurada por Kelsen³⁵. El contenido significativo de los enunciados es, entonces, un problema de *elección o voluntad* política³⁶. Este tipo de indeterminación del lenguaje jurídico no es para Kelsen algo que ocurre a nuestras espaldas. Justamente, en no pocas ocasiones, los órganos encargados de crear el derecho dejan márgenes o espacios de ambigüedad intencionalmente, a efectos de que sea el órgano que aplica el enunciado quien decida o delibere acerca de los posibles significados que mejor se ajustan a un determinado contexto. La ambigüedad y las antinomias refuerzan aún más la indeterminación.

Ahora bien, ¿Qué ocurre si una norma jurídica y una norma moral entran en contradicción? De acuerdo con Hart, Kelsen plantea la siguiente disyuntiva: «considerar las normas jurídicas como válidas, ignorando las normas morales contradictorias, o bien considerar a las normas morales como válidas, ignorando cualquier otra norma contradictoria» (Hart, s.f.:21). Esta elección es también, junto con la anterior, una decisión resueltamente política y no jurídica.

35. Concretamente indica: «Decir que un fallo judicial que existe jurídicamente o que ha sido realizado con fuerza jurídica es falso, tiene jurídicamente tanto sentido, como decir que un delincuente ha sido condenado inocentemente». Kelsen (1998:26). Más adelante sostiene: «Desde el punto de vista de la ciencia del derecho no puede afirmarse que sólo una de estas interpretaciones sea la «correcta»». Kelsen (1998:28). Además de aceptar entonces un alto grado de discrecionalidad judicial, Kelsen acepta sin ningún reparo que los jueces crean derecho. Al respecto señala: «La teoría pura del derecho no ha sido la primera en afirmar que las cortes de justicia frecuentemente con el pretexto de interpretar el derecho existente, es decir, de dilucidar su sentido mediante el conocimiento, crean nuevo derecho. La teoría pura del derecho constata solamente que la llamada interpretación de la autoridad jurídica implica siempre, con la aplicación de una norma superior, una creación del derecho y por lo tanto, no es una función pura de conocimiento», Kelsen (1998:27).

36. Al respecto señala: «(...) la teoría pura del derecho destaca la casi siempre existente y más o menos amplia, pluralidad de significaciones del material a interpretarse. Ella reconoce como la única tarea de la interpretación científica el señalar las posibles significaciones y el confiar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones», Kelsen (1998:28).

Concluyo y resumo. En la filosofía de Kelsen, *concepto de derecho e interpretación jurídica* están radicalmente separados, a pesar de que en su proyecto teórico sean cuestiones coherentes. El concepto del derecho es más una cuestión de la *ciencia jurídica*, objetiva y neutral, que examina lo que de hecho constituye la estructura de cualquier ordenamiento jurídico a través de una categoría general de entendimiento que es la norma fundamental.

Esta es una metafísica de corte kantiano. La *interpretación*, que es decididamente política, subjetiva, y relativista, no distingue entre creación y aplicación del derecho, sino que discrimina entre la simple formulación y el significado atribuible, y reconoce amplios e inevitables márgenes de discrecionalidad política a la hora de elegir uno de varios significados posibles. Esto es algo ajeno a cualquier metafísica de valores trascendentes o de ideas autorreferentes³⁷.

Es claro entonces que Kelsen planteó un concepto de derecho así como una teoría escéptica de la interpretación. En su pensamiento no estuvo, en cambio, algo así como una teoría de la argumentación jurídica. Aunque no lo dijera expresamente, la razón salta a la vista: ¿Para qué disponer una teoría que regle o explique lo que es decididamente subjetivo y valorativo?

Si no puede existir una interpretación correcta, menos aún puede existir una manera adecuada de argumentar. No obstante, Paulson sostiene que la norma fundamental trascendental impone, como consecuencia lógica, una argumentación trascendental, en la que, básicamente, se sigue este proceso:

Primero, se introduce la adecuada categoría trascendental y por cierto la categoría kelseniana de la imputación normativa; segundo, se aduce un argumento trascendental en el cual se explica esa categoría. Luego –pero sólo al margen– se reduce el concepto

37. El siguiente párrafo puede resultar esclarecedor: «En su «Lógica del conocimiento puro» (Pág. 587) dice el fundador de la escuela de Marburgo, el filósofo kantiano Hermann Cohen: «Solo lo formal es objetivo, y por lo tanto, cuanto más formal es un método, tanto más objetivo puede ser. Y cuanto más objetivamente, en toda la profundidad de la cosa, se formule un problema, tanto más formal deberá ser su fundamento». Quien no comprende esto no sabe qué es lo que le interesa al conocimiento científico. La aspiración de la teoría pura del derecho de que el material a ella suministrado sea encerrado dentro de un sistema de conceptos lo más preciso y exacto posible, es la aspiración de todo conocimiento con relación a su objeto (...) Evidentemente, otra cosa es la creación y aplicación del derecho. Estas no apuntan a los conceptos; tienen que crear normas jurídicas, son funciones de la voluntad, no del conocimiento; tienen ante todo que crear el material que la ciencia del derecho se ocupa de concebir». Kelsen (1998:47-48).

«norma fundamental» simplemente a un *terminus technicus* con el que puede determinarse esa clase de argumentación trascendental (esto es un «argumento-norma trascendental (Paulson, 2000:111)

Dicho en otras palabras: (i) la categoría incondicional del derecho es la norma fundamental. Pero la categoría incondicional de la ley, es la formulación normativa o, en palabras de Paulson, la *proposición jurídica*; (ii) debe conocerse, como intérprete, esta proposición; es decir, debe experimentarse. De hecho, experimentar la existencia de una formulación o proposición jurídica en un texto, por ejemplo, es algo que hasta un escéptico tendría que aceptar.

Una vez se constata que existen formulaciones normativas, (iii) se ha comprobado automáticamente la categoría incondicional de la ley. Ahora bien, (iv) al examinar el *contenido* de la formulación en el intento de descifrar la norma dentro de esa proposición se acude a otra premisa trascendental llamada *imputación normativa*, la cual permite entender esa nueva experiencia.

Acá el intérprete enlaza los hechos a través de la imputación, uniendo con la cópula *deber ser* la condición jurídica (hecho condicionante) con la consecuencia jurídica (consecuencia condicionada). Cualquier argumento normativo debe ir dirigido hacia esa premisa de imputación, con lo cual el intérprete imputa, asigna o atribuye significados posibles a la formulación.

Es más, la misma formulación, en la mayoría de los casos, trae consigo la formulación de las correspondientes consecuencias imputadas (sanción o componente coactivo de la formulación). Con todo, este proceso parece ir un poco lejos de lo que actualmente conocemos como argumentación, y se centra no tanto la relación del sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento, como en la relación entre los distintos intérpretes y/o su auditorio³⁸. Sin embargo, sigue dejando a la epistemología como parasitaria de la metafísica trascendental.

38. Esta aclaración no desconoce que cada vez con mayor fuerza se pretende diluir las diferencias entre *interpretación* y *argumentación*, en tanto que son actividades interdependientes e interrelacionadas. Según esta postura, siempre que interpretamos lo hacemos en función de lo que exige la comunidad de hablantes, vale decir, de lo que encuentra justificado; en tanto que siempre que argumentamos lo hacemos en razón de interpretaciones que consideramos válidas. De ahí que se condense la *persuasión* sobre las proposiciones o afirmaciones realizadas por los agentes jurídicos, junto con la *justificación* de dichas proposiciones.

La Filosofía del Derecho de Hart

A pesar de que Hart es también un declarado positivista, son varias las diferencias que mantiene con Kelsen. En primer lugar, es realmente difícil catalogar a Hart como un metafísico kantiano; y, en segundo lugar, es sabido que descarta por completo la categoría trascendental kelseniana de la norma fundamental.

Según dice, la norma fundamental no puede ser una categoría *a priori* del conocimiento jurídico sino un hecho real; con lo cual le devuelve a la metafísica ontológica un lugar en el pensamiento iusfilosófico. Hart, estando influenciado por la filosofía analítica, presta clara atención a los usos regulares del lenguaje, a las prácticas entrelazadas a dichos usos, y a sus criterios de aceptación social.

En otros términos, para poder conocer nuestra disciplina, que por demás es claramente un fenómeno lingüístico, lo que debe hacer el teórico del derecho, antes que construir abstractas categorías, es examinar en la práctica real la manera en que es usado el lenguaje específico de los abogados. A partir de ahí se procedería a definir el derecho, explicando sus conceptos centrales, así como la forma en que dichos conceptos reglan efectivamente las conductas sociales.

Los seres humanos, siguiendo a Austin y Searle, actúan en la realidad cuando usan el lenguaje, de modo que lo que debe preguntarse el teórico es qué tipo de lenguaje se está usando por una determinada comunidad de hablantes, cómo se está usando, y qué se quiere significar cuando se emplea. Esto para los analíticos es claramente un asunto de observar usos y prácticas reales. En resumen, Hart busca la clarificación lógica de la estructura de su objeto de investigación a través del análisis de la forma lógica del lenguaje jurídico.

Examinando los *usos* lingüísticos de los abogados percibiremos la realidad fenoménica de la práctica social efectiva de nuestra profesión. Es en ese sentido que la propuesta de Hart es sociológico-lingüística.

Sin embargo, podría parecer injusto describir a Hart como un metafísico esencialista si concedemos que en buena parte de su texto seminal, *El Concepto de Derecho* (1998), intenta demoler la tesis esencialista, específicamente cuando reprocha fuertemente a aquellas categorías que se desconectan por completo de la realidad, y que no hacen justicia de la enorme variedad de situaciones que contempla el ejercicio práctico del abogado. Según Hart, «nada lo suficientemente conciso como para ser considerado una definición, puede proporcionarle

una respuesta satisfactoria» (Hart, 1998:20) a la pregunta acerca de qué es derecho, dado que «las cuestiones subyacentes son demasiado distintas entre sí y demasiado fundamentales para ser susceptibles de este tipo de solución» (Hart, 1998:20).

Sin embargo, no debe entenderse este esfuerzo de refutación de la metafísica trascendental como una renuncia a todo esencialismo, toda vez que, después de todo, es posible identificar las características recurrentes en el uso regular del lenguaje de los abogados. Esto se hace a través de la noción de *regla*, y a partir del establecimiento de las diferencias con otros usos y juegos de lenguaje.

Dicho esto, lo primero que hace Hart es plantear las tres formas básicas de entender el derecho. La primera de ellas echa mano del concepto de derecho como un conjunto de reglas. Esta es, sin embargo, una forma demasiado inconveniente de ver nuestra profesión, en el sentido de que casi cualquier situación comunicativa entraría dentro del marco de esa definición.

Sólo con este rasgo, no habría forma de diferenciar el derecho de la cortesía, la costumbre, la moralidad, por nombrar algunas regulaciones sociales que también suponen el seguimiento de algunos estándares de comportamiento. Por consiguiente, la mera convergencia de un comportamiento resulta bastante insuficiente (Hart, 1998); y, adicionalmente, no explica en manera alguna *aquello* con base en lo cual se obliga en la regla jurídica de una manera notoriamente diferente a como lo exige una regla social de otra naturaleza.

Por su parte, las otras dos formas tradicionales de entender el derecho, bien sea como un sistema de órdenes respaldadas por sanciones, o bien como predicciones de lo que harán los funcionarios encargados de aplicar las reglas, no se compadecen con la práctica real del derecho. En el primer caso, porque no podría diferenciarse la orden de un delincuente con la orden del parlamento, a pesar de que exista la intuición general de que hay algo que las diferencia³⁹ (Hart, 1998).

Adicionalmente, existen innumerables ejemplos de situaciones catalogadas evidentemente como jurídicas, que lejos están de ser mejor entendidas como

39. Si bien ambos casos tratan con comportamientos no optativos, la diferencia concreta, para Hart, descansa en el hecho de que frente al delincuente la persona *se vio obligada* a actuar de determinada forma, mientras que frente a las órdenes jurídicas la persona *está obligada* a actuar de determinada forma (Hart, 1998:8-9).

órdenes respaldadas con amenazas de castigo. Repárese, por ejemplo, en el caso del contrato matrimonial, o del testamento; o en el caso de reglas que permiten modificar situaciones jurídicas anteriores de manera voluntaria o deliberada, tal como ocurre con la regla que permite la adopción. Sólo bajo un extraordinario esfuerzo argumentativo, podríamos entender la naturaleza de esas reglas como mandatos u órdenes respaldadas con amenazas de sanciones, dice Hart.

En el segundo caso, esto es, en el caso de la noción de derecho como predicción del comportamiento judicial, la cuestión resulta un poco más compleja. En primer lugar, porque desconoce el carácter normativo de las reglas, es decir, el componente obligatorio del «tener que» o «deber» que implica el seguimiento de éstas. Según indica Hart, centrar la mirada exclusivamente en el carácter predecible del castigo es sustraer del derecho el importante lugar que ocupa la perspectiva interna de quien actúa conforme a la regla, aceptándola voluntariamente como guía de acción⁴⁰. Esta versión predictiva, dice, deja sin explicación el hecho de que:

El juez, al castigar, toma a la regla como guía y a la transgresión como la razón y justificación del castigo al transgresor. El juez no ve en la regla un enunciado que expresa que él y otros probablemente castigarán las transgresiones (...) El aspecto predictivo de la regla (aunque totalmente real) es irrelevante a los fines del juez, mientras que el status de ella como guía y justificación es esencial (Hart, 1998:13).

Claramente podríamos pronosticar que los jueces reaccionarán frente a una transgresión de una regla jurídica, cuando sea puesto a su consideración el caso respectivo. Sin embargo, esta idea deja de lado no sólo fenómenos que los abogados entienden ciertamente como «jurídicos», y que están por fuera de la reacción judicial, sino que, con todo, deja sin explicar la regla misma que le permite a un funcionario reaccionar frente al caso puesto a su conocimiento, y que también es una regla jurídica.

Así que incluso antes de que el juez opere, existe ya el derecho a través de una regla que le permite justamente operar, y esto resulta desechado por la

40. Expresamente indica: «Claro está que la predictibilidad del castigo es un aspecto importante de las reglas jurídicas; pero no es posible aceptar esto como una explicación exhaustiva de lo que se quiere decir con el enunciado de que existe una regla social, o como explicación exhaustiva del elemento de «tener que» o de «deber» encerrado en las reglas» (Hart, 1998:13).

teoría predictiva. Finalmente, dice Hart, para los abogados lo importante no es saber únicamente si los jueces van a reaccionar, sino también, y en porción significativa, qué regla es la que guía el caso, y qué interpretaciones están justificadas por ella. De esta manera, «decimos que censuramos o castigamos a un hombre porque ha infringido la regla, y no simplemente que era probable que lo castigaríamos o censuraríamos» (Hart, 1998:13).

De modo que Hart derrumba las tres nociones de Derecho que han funcionado en la teoría jurídica tradicionalmente. Sin embargo, concede que, al menos las dos primeras, hacen bien en abordar el problema a partir de la noción de *regla*, incorporando la idea de conductas no optativas a tal noción.

Hart también censura que estas aproximaciones a la problemática del derecho no hayan tomado en consideración los diversos usos específicos de semejante noción; y que se hayan limitado a plantearla en la forma de categoría trascendental del entendimiento, y no como algo totalmente ligado a la realidad concreta de los usos del lenguaje.

Antes de clarificar los usos concretos del lenguaje jurídico a propósito de la noción de regla, Hart debe, sin embargo, lidiar con un problema filosófico importante, que se remonta a las lecturas escépticas que hacen autores como Saúl Kripke (2006) sobre la imposibilidad de seguir reglas. Según dice este autor, la paradoja Wittgensteiniana pone en duda la posibilidad de seguir reglas. De ser esto correcto, poco sentido tendría detenerse en su depuración lógica y analítica, al estilo de Hart.

Las lecturas escépticas surgen a partir de dos conclusiones que Wittgenstein hace en su texto *Investigaciones Filosóficas*. La primera de ellas, que se encuentra en la sección 201, sostiene que:

Nuestra paradoja era ésta: ningún curso de acción podía estar determinado por una regla, porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. Donde no habría ni concordancia ni desacuerdo (Wittgenstein, s.f.:203).⁴¹

41. «Nuestra paradoja era ésta: ningún curso de acción podía estar determinado por una regla, porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. Donde no habría ni concordancia ni desacuerdo. Que hay un malentendido se muestra ya en que en este curso de pensamientos damos interpretación tras interpretación; como si cada una nos contentase al menos por un momento, hasta que pensamos en una interpretación

La segunda indica que:

Seguir la regla es una práctica. Y creer seguir la regla no es seguir la regla. Y por tanto, no es posible obedecer una regla privadamente; porque de lo contrario, creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla (Wittgenstein, s.f.:203).

Para muchos de sus connotados lectores, esto es sencillamente una nueva y poderosa versión del escepticismo filosófico, un reto que se plantea a cualquier uso del lenguaje que tenga significado y contenido proposicional, y que no es posible resolver. Lo que, en ajustada síntesis, plantea el reto, es la imposibilidad de ofrecer una explicación convincente de la manera en que las personas pueden autodeterminar la respuesta correcta para una cantidad indefinida de nuevas situaciones, jamás puestas en consideración previamente.

Se supone que cuando una persona comprende una regla y ajusta su comportamiento conforme a lo que la regla indica, tiene la posibilidad de determinar la respuesta futura para diversas e indefinidas situaciones, simplemente ajustando las circunstancias sobrevinientes a las intenciones pasadas (Kripke, 2006).

El problema reside en que, si bien podría hacerse un buen número de cálculos en el pasado acerca de la regla, es imposible que esos cálculos comprendan un número infinito de nuevas posibilidades. Parece entonces que no es la regla la que determina el curso de una acción presente.

En el ejemplo planteado por Kripke, un escéptico reta a una persona que ha realizado la operación « $68 + 57$ » es igual a «125», a que justifique por qué es «125» y no «5». Debe hacerlo no tanto en el sentido aritmético, sino bajo el entendido de que está completamente seguro de que está interpretando correctamente las intenciones lingüísticas pasadas a propósito del signo «+» (más). El reto consiste en que, para el escéptico, lo que realmente quería significar con «+» no era «más» sino la función «cuás», así que lo exhorta a que, si es falsa su apreciación, indique el hecho en virtud del cual el uso pasado del lenguaje puede citarse para refutarlo. En palabras de Kripke (2006:25):

que está aún detrás de ella. Con ello mostramos que hay una captación de una regla que *no* es una *interpretación*, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos «*seguir la regla*» y en lo que llamamos «*contravenirla*». De ahí que exista cierta inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse «interpretación» a esto: sustituir una expresión de la regla por otra».

El punto básico es este: de ordinario, supongo que, al calcular «68+57» del modo como lo hago, no estoy simplemente dando un salto injustificado al vacío. Sigo indicaciones que me di a mí mismo anteriormente y que determinan unívocamente que en este nuevo caso debo decir «125». ¿Cuáles son esas indicaciones?.

La dificultad emerge cuando, según dice, es claro que las personas no se dicen a sí mismas que tendrían que decir «125» si alguna vez llega a ser planteado el caso. Pues entonces se estaría dentro del campo finito de cálculos pasados. El ejemplo justamente plantea una suma que el interlocutor jamás había hecho.

Adicionalmente, no podría sostenerse que sencillamente se está haciendo lo mismo que en los casos pasados de uso del signo «más», en tanto que de lo que se trata es de hacer uso del signo *conforme* a la regla ordena, y no en forma intuitiva. De manera que el escéptico pone a prueba la tesis de que existe algún hecho o estado mental en razón del cual pueda tenerse tanta confianza a la hora de responder «125» y no «5», vale decir, la confianza de que los usos del lenguaje sean los mismos para los casos pasados, presentes, y futuros. De este modo se pone a prueba el hecho de que estemos seguros de seguir las intenciones lingüísticas del pasado.

El segundo gran reto del escéptico es mucho más conocido para los abogados, y descansa en la radical indeterminación del lenguaje, esto es, en la cadena interminable de reglas que interpretan otras reglas. Por poner un ejemplo, supóngase que se dicta la regla «para la próxima clase todos deben venir en jean». Desde luego puede ocurrir que nadie increpe la orden y al día siguiente todos crean haber cumplido la regla así expresada.

Sin embargo, al momento de «aplicar» la regla, así como luego de su «aplicación», existe un inevitable margen lógico de indeterminación que puede generar dudas que requieran de la existencia de nuevas reglas interpretativas de la regla principal. Alguien puede preguntarse si se refería a «blue jean» o a cualquier color de jean; o si, estando aclarado que era blue jean, se refería a los oscuros o desteñidos, con rotos o sin rotos, cortos o largos; y así sucesivamente hasta el infinito, o hasta que la comunidad desista de hacerse preguntas al respecto. Como plantea Kripke (2006:32):

Resulta tentador responder al escéptico apelando, desde una regla, a otra más básica. Pero el paso escéptico puede repetirse igualmente en el nivel más básico (...) Al final, el proceso debe detenerse —«las justificaciones tienen un final en alguna parte» y lo que

me queda es una regla que está enteramente sin reducir a ninguna otra. ¿Cómo puedo justificar mi aplicación presente de dicha regla cuando un escéptico podría fácilmente interpretarla de modo que arroje uno cualquiera de entre un número indefinido de resultados distintos? Parece que mi aplicación de la regla es un injustificado palo de ciego. Aplico la regla a ciegas.

Este segundo reto, entonces, plantea la pregunta sobre aquello que determina que un curso de acción concreto pueda ser entendido como ajustado o no a una regla establecida. De la misma manera, se pregunta por aquello que define, entre dos cursos de acción incompatibles o en desacuerdo, cuál de ellos sigue correctamente la regla.

En otras palabras, se trata de establecer cómo se explica simultáneamente el seguimiento de las reglas y el desacuerdo entre quienes dicen seguir la regla. Por supuesto que no voy a entrar en detalles sobre la manera en que los positivistas —quienes claramente parten del hecho de que nuestra disciplina es prioritariamente una cuestión de seguir reglas— contestan. Algunos autores simplemente evaden el reto (Navarro y Bouvier, s.f.) y otros contestan detalladamente ofreciendo algunas soluciones.

El mismo Wittgenstein parece contestar a través de un comunitarismo lingüístico, consistente en la efectiva apropiación del uso de un determinado juego de lenguaje al interior de una comunidad específica de hablantes, con quienes se comparte una forma de vida concreta.

De ahí su postura de la imposibilidad de los lenguajes privados, y de la imposibilidad del seguimiento de reglas en forma privada, de manera introspectiva, como siguiendo instrucciones que las personas se dan a sí mismas. Sencillamente, para Wittgenstein, los participantes hablantes de una comunidad aprenden los usos que una comunidad hace de las palabras, y asocian dichas palabras con ciertas conductas. De acuerdo a su famosa conclusión, *simplemente siguen las reglas*, sólo que supeditado ello al seguimiento de los demás participantes.

Hart, por su parte, cuestiona la utilidad y la falta de sentido común del escéptico, pues al parecer estaría desconociendo lo que la misma realidad muestra de forma inequívoca. Según este autor:

En cualquier grupo social grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible

comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho (Hart, 1998:155) .

Desde luego que con ello no quiere negar Hart los márgenes de indeterminación del lenguaje, sino simplemente sostener la evidente necesidad de detener el proceso de regreso *ad infinitum*, si lo que queremos es comunicarnos efectivamente. Adicionalmente, sostiene que:

No cabe duda de que los tribunales estructuran sus decisiones como para dar la impresión de que ellas son la consecuencia necesaria de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro. En casos muy simples puede ser así, pero en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes ni los precedentes en los que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que «expresa» un precedente (Hart, 1998:15).

Dado que no podría negarse la existencia real de las reglas, así como la posibilidad de seguirlas (concediendo algunas restricciones, claro está), Hart plantea su famosa discriminación entre los diversos tipos de reglas. Para hacer más cómodo su entendimiento, propongo retomar el ejemplo de la regla del jean. La regla que ordena vestirse para la siguiente clase en jean es una regla primaria, en tanto que ordena o dispone el curso de acción que se espera del destinatario. Las reglas que interpretan esa regla inicial son por definición reglas secundarias, cuya existencia depende de la regla principal. La regla interpretativa «hablaba de un pantalón, blue jean, largo, oscuro y sin rotos» es una regla subordinada de la regla primaria. Es primaria, como su nombre lo indica, porque está primero en el orden.

Nótese, sin embargo, que es una regla de distinta naturaleza. Supongamos ahora que no podemos llegar a acuerdos sobre la regla primaria, y que surgen constantes preguntas y dudas al respecto. Podría admitirse que algunos de los estudiantes, ante el conflicto y con algo de enfado, disponen que sea entonces el profesor quien, después de haber fungido como legislador al expedir la regla, sea ahora el encargado de responder y aclarar las dudas sobre la regla; y, en un momento determinado, de cerrar la discusión sobre qué significa el jean para el caso del que están hablando. La regla que le permitiría al profesor definir el

significado de la expresión «venir en jean», contenida en la regla primaria, es una regla secundaria de «adjudicación», según la denomina Hart. Sin esa regla los conflictos serían indefinidos.

Ahora bien, si por algún motivo el profesor dispone que «aquellos quienes hayan sacado una nota superior a 4.0, tienen la libertad de aplicar la regla del jean, y disponer el tipo de ropa a usar», es claro que se trata de un tipo distinto de regla, a pesar de que sea también secundaria porque sigue dependiendo de la existencia de la primaria.

Ésta una regla distinta a la regla de adjudicación porque no tiene el mismo destinatario. En segundo lugar, es distinta porque el objetivo es otro, y consiste en ofrecer la posibilidad de variar la regla primaria según deseen los estudiantes; o de crear una nueva situación, definiendo el tipo de ropa a usar. A esta regla Hart la llama regla de cambio.

Hasta acá creo que no hay mayores problemas. El gran asunto a resolver por Hart es la pregunta por la *validez* y el *alcance* tanto de las normas primarias como de las secundarias. En cuanto a lo segundo podríamos imaginar una sociedad primitiva en la que sólo existieran reglas primarias, y el seguimiento de ellas no generara problemas de interpretación ni conflicto alguno.

En esa sociedad no necesitaríamos las reglas secundarias. Empero, eso parece bastante difícil de ocurrir en una sociedad compleja y heterogénea como las actuales. El problema está, entonces, en que:

Si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas, ya sea mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de ella. Porque, obviamente, tal procedimiento y el reconocimiento del texto o personas con autoridad, implican la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación o deber (Hart, 1998:115).

Para ello necesitamos de la *regla de reconocimiento*.

Repárese, entonces, en que las dudas pueden surgir básicamente de tres maneras diferentes: ¿existe una regla primaria para este caso? ¿Cuál es? Y, ¿cuál es su alcance? Para contestar la primera pregunta, que hace referencia a la *validez* del sistema jurídico, la regla de reconocimiento definirá los rasgos o características que deben tener las reglas para ser tenidas como reglas primarias de un sistema determinado (Hart, 1998:117).

La validez de las reglas secundarias es, en cierto sentido, un tema pacífico. Sencillamente desprenden su validez de las reglas primarias. Una norma encuentra refugio de validez en normas más generales. El tema, por supuesto, es cómo se identifican las reglas primarias. De ahí que, como dice Hart, necesitamos de «una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación» (Hart, 1998:118).

Por su parte, para contestar las dos preguntas siguientes, que hacen referencia al *alcance y certeza* de las reglas, la regla de reconocimiento plantea el procedimiento a través del cual se cierra o define el regreso *ad infinitum* de reglas interpretando otras reglas. En ese sentido, la regla de reconocimiento es una regla última (Hart, 1998).

Más allá de lo anterior, y estando clara la función de la regla de reconocimiento, subsiste la pregunta por la naturaleza de ella, es decir, por el tipo de regla que es una regla secundaria de reconocimiento. ¿Es, como dice Kelsen, una categoría a priori del entendimiento del derecho? Ya sabemos que Kelsen, según vimos, echa mano de una categoría incondicional, acogiendo con ello una metafísica esencialista de orden trascendental.

También he dicho que Hart no acepta dicha categoría. Para solucionar el problema, este último autor introduce la metafísica ontológica como forma de justificación de la regla última del ordenamiento. La regla de reconocimiento es un hecho real de aceptación, por parte de los participantes de una comunidad específica, de los criterios de identificación del resto de las reglas.

Las personas aceptan como válida la regla y la siguen voluntariamente, pues para ellos satisface los requisitos de identificación de las demás reglas. Para nuestro caso del jean, una vez los estudiantes aceptan como válida la regla dictada por el profesor, existirá una regla que reconoce que lo dicho por el profesor es una regla primaria de obligación que debe acatarse. Este enunciado interno, es decir, del estudiante participante de la clase, es un enunciado fáctico, empírico, susceptible de constatación y prueba.

La regla de reconocimiento es la regla última que otorga validez al resto de las reglas jurídicas. Ésta, como es apenas evidente, no puede echar mano de otra regla superior que le otorgue validez. A diferencia de Kelsen, Hart sí acude al *factum* de aceptación social, y desdeña de la idea de que la regla sea simplemente «dada por admitida» o «postulada» hipotéticamente a través de una categoría no empírica (Hart, 1998). En sus propias palabras:

Si se pusiera en duda la verdad de esta presuposición, ella podría ser establecida por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones (Hart, 1998:135).

De manera que la regla de reconocimiento «no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera» (Hart, 1998:135).

El problema de la categoría kelseniana es que:

Se oculta el carácter esencialmente fáctico de la segunda presuposición que está detrás de los enunciados de validez hechos por los juristas. Sin duda que la práctica de los jueces, funcionarios y otras personas, en que consiste la existencia efectiva de una regla de reconocimiento, es una cuestión compleja (...) Una vez que la existencia de las reglas ha sido establecida como hecho, sólo confundiríamos las cosas, afirmando o negando que ellas son válidas, o diciendo que «damos por admitida» su validez, pero que no podemos demostrarla (...) **Su existencia es una cuestión de hecho** (Hart, 1998:136-137).

Ahora bien, ¿de qué manera esta metafísica ontológica supedita la interpretación del derecho?

Las reglas primarias son formulaciones del lenguaje. El lenguaje jurídico, y el lenguaje en general, tienen márgenes de indeterminación, que justamente dan lugar a las dudas y conflictos sobre su existencia, alcance y certeza⁴². Después de todo, estas dudas y conflictos no permanecen eternamente ni son irremediables, pues ya se dijo que Hart no acepta la indeterminación radical que plantea el escéptico.

Simplemente, habrá casos fáciles en donde las dudas no se presentarán, pues el uso regular del lenguaje ha arrojado significados relativamente indiscutibles sobre ciertos enunciados. En nuestro ejemplo, ello ocurre cuando la regla interpretativa dispone que el jean debe entenderse como «azul oscuro».

Puede existir un relativo acuerdo sobre lo que es un jean azul y lo que es el color azul oscuro, y por ello el proceso interpretativo se detiene en ese momento. Desde luego que subsistirán ciertos márgenes de incertidumbre si todavía quisiéramos plantearnos qué entendemos por oscuro, y si existen niveles de

42. Sobre este punto véase López Medina (2008:Capítulo 2).

oscuro. Pero ello no implica sostener que en ningún caso podríamos llegar a acuerdos sobre el uso de las palabras.

Sin embargo, claramente existirán reglas cuya redacción deliberadamente general o ambigua (textura abierta) hacen que la zona de incertidumbre sea mucho mayor, y con respecto a las cuales el problema del significado atribuible no se solucione acudiendo a un acuerdo verificable en el uso del lenguaje. Estos son casos en los que el juez tendrá necesariamente que elegir entre distintas alternativas en juego (López, 2008:15).

Así que la Teoría del Derecho de Hart es, a mi parecer, no sólo una teoría metafísicoontológica en cuanto al concepto de derecho, sino además una potente teoría de la interpretación, la cual indica que las palabras pueden tener un significado *preciso* dentro de las conversaciones ordinarias; esto es, un núcleo duro de significado; aunque también pueden generar espacios de *textura abierta* en sus proposiciones.

En consecuencia, la precisión general de la estructura gramatical del lenguaje ordinario puede perderse significativamente en muchos casos. En el lenguaje jurídico es natural, entonces, encontrar vaguedad gramatical toda vez que sus palabras son demasiado generales y abstractas, precisamente para que puedan ser empleadas por periodos largos de tiempo en situaciones disímiles, imprevistas en el momento de su creación.

De suerte que, para Hart, es posible tropezarnos dentro del sistema jurídico con palabras con un significado preciso, así como con otras de textura abierta, decididamente imprecisas. Por tanto, propone discriminar un núcleo semántico de una *zona de penumbra*.

El núcleo semántico genera una fuerza de atracción sobre el intérprete, quien debe acogerse a él. En la zona de penumbra, dado que no hay un significado claro ni preciso (ni tampoco un criterio único para determinarlo) Hart propone aceptar la discrecionalidad judicial, pues resulta claro que en tal espacio hacen de las suyas las consideraciones morales y políticas.

La diferencia con Kelsen, en este punto, descansa en que para Hart no toda interpretación cae en la indeterminación radical, ni tampoco dispone de una argumentación jurídica, pues ésta sería algo bastante trivial. Si el caso es fácil no es necesario un proceso de argumentación, dado que sencillamente todos estamos de acuerdo. Si el caso es difícil, no sirve ninguna argumentación para juicios valorativos.

La Filosofía del Derecho de Alexy

Robert Alexy es otro de los más notables iusfilósofos con una marcada influencia en nuestro contexto. Creo que no resulta difícil sostener que adopta y promueve una metafísica de manera explícita y pormenorizada. Sólo por nombrar dos pequeños ejemplos de su producción, sus artículos *La Naturaleza de la Filosofía del Derecho*, y *¿Derechos Humanos sin Metafísica?*, hacen una defensa rigurosa de la necesidad del esencialismo metafísico en nuestra disciplina.⁴³ Una vez plantea un concepto metafísico del derecho, desemboca en una epistemología totalmente dependiente de tal punto de partida.

En su texto *La Naturaleza de la Filosofía del Derecho*, indica que la pregunta por «la metafísica en cuanto ontología»⁴⁴ (Alexy, 2008a:35) es uno de los interrogantes *generales y fundamentales* no sólo de la filosofía en general, sino de la filosofía del derecho como parte especial de aquélla. Sin embargo, la pregunta *ontológica* debe estar luego acompañada de una epistemología que responda al tipo de *entidad* previamente establecida.

Así las cosas, después de la pregunta ontológica debe inmediatamente plantearse «la pregunta de cómo justificar nuestras creencias sobre lo que existe y sobre lo que debe hacerse o es bueno» (Alexy, 2008a:35). Dicho de otra manera, se establece primero la entidad que existe y luego la validez de las creencias que podemos tener sobre tal entidad.

Posteriormente, Alexy establece una tercera pregunta fundamental y consustancial a las anteriormente señaladas. Una vez se identifique el tipo de entidad que constituye el derecho, y en tanto estemos en la necesidad de solventar la pregunta epistemológica, caemos en la cuenta de que resulta indispensable lo que desde la misma ontología se exigiría: la fundamentación ética y racional de las proposiciones jurídicas como método para alcanzar el objetivo último del derecho.

43 En igual sentido, véase Alexy (2005).

44. Alexy, Robert, *La Naturaleza de la Filosofía del Derecho*, en Alexy (2008a:35). Existe una versión impresa publicada en *Associations* 7(1), 2003, páginas 63-75 y una versión on line en la página web de la Universidad de Alicante: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10070/1/doxa26_08.pdf. Las siguientes citas se harán sobre esta última versión.

Allí están, en línea gruesa, los tres temas centrales de la filosofía del derecho de Alexy; y, por lo demás, de la mayoría de cursos que se imparten en nuestras facultades de derecho. Las tres *preguntas fundamentales* que la componen son: (i) ¿Qué es el Derecho? (ontología) (ii) ¿De qué manera son verdaderos o válidos nuestros juicios y afirmaciones jurídicas? (epistemología); y (iii) ¿Cuál es la finalidad o propósito último del derecho? (teleología). En el marco de esas tres preguntas los filósofos del derecho han tomado infinitas direcciones.⁴⁵

Con ello creo que es perfectamente claro el compromiso metafísico de Alexy y, sobre todo, la manera en que juiciosamente sigue la primera de las conclusiones naturales que se desprenden de un punto de partida metafísico. Para él la epistemología y la teleología son dependientes de la ontología.

En primer lugar, debe adoptarse una *ontología* que indague sobre el tipo de «entidades» que constituyen el derecho; y sobre la manera en que, en cualquier tiempo y contexto posible, están interconectadas unas con otras.⁴⁶

En términos generales, Alexy cree que la metafísica positivista de corte kantiano-kelseniana es acertada en tanto que la *norma* constituye, ciertamente, la dimensión *real* o *fáctica* del derecho.⁴⁷ La única censura que le endosa a dicho

45. Alexy define la filosofía como «la reflexión general y sistemática sobre lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y sobre cómo es posible el conocimiento acerca de estas dos cosas» (Alexy, 2008a:36). En Alexy, estas tres preguntas fundamentales demuestran que el derecho tiene una serie de *dimensiones* metodológicas. Una dimensión *crítica*, que es la resolución de los tres dilemas indicados: qué existe objetivamente, qué es verdadero o correcto, y qué está justificado. La cuestión es que, una vez se tenga que definir lo que es bueno o correcto, automáticamente se está asumiendo una dimensión *normativa*, dice Alexy, en la que se hace uso de distintas categorías *conceptuales* (norma, deber ser, acción, etc.). Por consiguiente, la dimensión crítica implica tanto la dimensión normativa como la analítica-conceptual. Adicionalmente, sostiene, dado que unas y otras se implican de manera sistemática y sintética, surge una cuarta dimensión *holista* que vuelve coherente la reflexividad filosófica. Esa es la «finalidad última» de la filosofía del derecho, esto es, auscultar la verdadera naturaleza del derecho, en el marco de sus preguntas fundamentales y sus distintas dimensiones metodológicas.

46. Desde luego, el problema ontológico no es el único problema fundamental para Alexy. Como he dicho, el problema epistemológico y el problema ético también son centrales. Empero, existen otro tipo de problemas que se trazan en otras dimensiones. Por ejemplo, dice que existiría, respetando la división positivista entre el ser y el deber ser, una dimensión real o fáctica en la que el problema de la validez o eficacia es cardinal.

47. Con esto el derecho tiene una dimensión real o fáctica, una dimensión crítica, una dimensión normativa y una dimensión analítico-conceptual.

concepto es que resulta francamente insuficiente para dar cuenta del derecho en su totalidad.⁴⁸ Según indica este autor, «el concepto de norma o de «deber ser» es por lo menos un candidato para ser el concepto más abstracto de la filosofía del derecho» (Alexy, 2008a:154). No obstante, tendría que incorporársele a su contenido, tanto las *reglas* como los *principios*: En este sentido, afirma que «si el derecho contiene los dos tipos de normas, entonces el razonamiento jurídico inevitablemente combinará la subsunción con la ponderación» (Alexy, 2008a:154).

Creo que ya puede el lector advertir lo paradójico que resulta que Alexy denomine dimensión «real o fáctica» del derecho a la *norma fundamental* cuando ya vimos que tanto para Kant como para Kelsen constituye todo menos que una dimensión fáctica o empírica. Lo que Alexy llama *ontología* es más una metafísica *idealista* que, en lo que tiene que ver con el concepto de derecho, lo acerca mucho más a Kant (y parcialmente a Kelsen) que a Hart.

Al margen de lo anterior, Alexy expresa que la norma (reglas y principios) debe estar acompañada de otra propiedad esencial y necesaria al derecho:⁴⁹ la *coerción o fuerza*. Una norma que no pueda ser exigida no puede llamarse jamás jurídica, sostiene. Esta es una exigencia tanto conceptual como real y práctica de todo ordenamiento jurídico. Al respecto, el mismo autor señala que

[p]arece ser natural argumentar que un sistema de reglas o normas que en ningún caso autoriza el uso de la coerción o de sanciones –ni siquiera en caso de defensa propia no es un sistema jurídico, y que esto ocurre debido a razones conceptuales basadas en el uso del lenguaje (Alexy, 2008a:55).

48. De hecho, en ese artículo Alexy critica a Kart Olivercrona por negar el concepto de norma fundamental, y por indicar que las reglas de derecho son una causa natural de las acciones de los jueces cuando se presentan litigios.

49. Una propiedad natural o esencial es, para Alexy, lo mismo que una propiedad necesaria. De hecho, según dice, la pregunta por la naturaleza es una pregunta por sus propiedades necesarias; y una pregunta por la propiedad necesaria, es una pregunta por la esencia del derecho. A este respecto manifiesta que «mediante el concepto de necesidad (y sus afines: los de analítico y lo a priori), esta pregunta conduce al carácter específico del derecho. Cuando se conecta con la pregunta de qué es necesario, la pregunta de qué es específico se convierte en la pregunta de qué es esencial» (Alexy, 2008a:155).

El uso del lenguaje de cualquier ordenamiento jurídico tomaría, de acuerdo con el autor, al derecho como una práctica social que tiene por finalidad defender los valores de la *certeza* y la *eficacia* jurídicas. Así que si dentro del uso mismo del término está incluida la eficacia, no puede existir entonces un ordenamiento jurídico que violente tan elemental exigencia de nuestras prácticas cotidianas.

La explicación que ofrece Alexy para concluir que la corrección moral es una propiedad esencial e inherente al concepto mismo de derecho, reside en que al observar la práctica del Derecho, advertimos que es una práctica social que consiste principalmente en concebirse ella misma, cada vez más, como una empresa que cumple sus funciones de la mejor manera posible (Alexy, 2008a:156).

Esta práctica de mejoramiento constante está claramente ligada a la *corrección moral*, pues resulta necesario preguntar «¿mejor en qué sentido?». Con lo cual tenemos que preguntarnos cuál es el propósito del derecho, de la adjudicación, y de la argumentación jurídica. La corrección así entendida plantea el elemento teleológico último del derecho, que surge de una *necesidad práctica*. Empero, en segundo lugar, la corrección del derecho es una *necesidad conceptual* que plantea el concepto mismo de derecho, en el sentido de que un derecho desprovisto de la pretensión de corrección, resulta una autorrefutación performativa.

En el ejemplo que propone Alexy para sostener esto nos pide imaginar una

Constitución que incorpora un artículo primero ficticio que establece lo siguiente: «X es una república soberana, federal e injusta». Es difícil negar que este artículo es absurdo en algún modo (...) Es el resultado de una contradicción entre lo que implícitamente pretende el acto de establecer una Constitución —es decir, que ésta es justa y lo que se declara explícitamente —o sea, que es injusta— (Alexy, 2008a:57).

De aceptarse que existe una contradicción, dice Alexy, debe aceptarse entonces la relación esencial del *Derecho* con la *Justicia* y con la moral.

Adicionalmente, la práctica jurídica y la historia misma del derecho dan cuenta de un catálogo bastante grande de metodologías disponibles que resultan útiles para resolver la validez de los pasos desde proposiciones empíricas a proposiciones normativas, y luego a decisiones judiciales.

Pero, con todo, no existe un criterio que las ordene jerárquicamente. La ordenación de estos cánones metodológicos depende nuevamente de lo que entendamos por «meta» de interpretación, por meta o función de la adjudicación, y por argumentación racional. Todas estas preguntas obedecen, de nuevo,

a lo que se entienda por el concepto de derecho, pues es claro que en todas ellas subyace la indagación acerca de lo que hace mejor una aproximación.

Vale decir, planteada la necesidad de decidir entre las distintas alternativas metodológicas disponibles, es menester una valoración sobre lo que es mejor, preferible, o digno de ser elegido. Entonces, es necesario solventar el problema acerca de cuál es la mejor metodología para dar cuenta de la validez de nuestros juicios jurídicos. Esto requiere echar mano de un concepto normativo sobre lo que es mejor o preferible. Y ello es claramente una discusión normativa y moral, pues se trata de determinar la valoración moralmente correcta. Por consiguiente, una decisión es racionalmente fundamentada si puede basarse en un criterio de lo preferible. De eso depende el carácter científico, y en ello descansa la legitimidad del derecho⁵⁰.

Una vez diseñada la necesidad de fundamentar moralmente las decisiones jurídicas (problema tanto ontológico como epistemológico) empieza Alexy a desestimar una por una las diversas aproximaciones metodológicas que existen. En ese sentido señala que, por ejemplo, tomar como punto de partida los *principios generales* como criterios de ordenación no resulta concluyente, toda vez que sigue abierta la pregunta acerca de cómo es que pueden derivarse, a partir de ciertas formulaciones normativas, principios generales; y de éstos, decisiones judiciales. Es decir, sigue sin contestarse cómo puede pasarse válidamente de una proposición a otra.

De la misma manera, Alexy desestima la idea holista de ver al sistema jurídico como un «todo», o la idea de un «sentido general» del ordenamiento jurídico. Según plantea, los sistemas jurídicos incorporan puntos de vista diferentes y contradictorios, lo que hace inviable esta aproximación.

Alexy se ve entonces en la necesidad de anclar un aparato epistemológico fundacional que, ante todo, da cuenta de la pretensión de corrección moral enquistada en lo más profundo de su filosofía. Para ello acude a una clásica diferenciación (que existe en filosofía moral) entre las teorías éticas cognitivistas y las no-cognitivistas.

50. Alexy sostiene que aunque acepta que existen casos ciertamente fáciles, no por ello puede indicarse que entonces son casos con una solución infalible y no sujeta a posteriores dudas. Así que incluso para aquellos casos fáciles la racionalidad y fundamentabilidad científica debe funcionar.

Podría decirse que la diferencia concreta descansa en que para las primeras existe la posibilidad de plantear legítimamente pretensiones objetivas y universales de verdad o falsedad acerca de los juicios morales. Las segundas descartan tal posibilidad. Algunas de ellas no lo hacen porque no puedan llamarse verdaderos o falsos determinados juicios morales, sino porque no podría hacerse esto de manera «objetiva» y «universal».

Dado entonces que, como resulta necesario «fundamentar» racional, objetiva y universalmente las decisiones jurídicas, forzosamente hay que concluir que el no-cognitivismo ético es insuficiente. Además, Alexy es de la opinión de que los no-cognitivistas **no** podrían plantear pretensiones de verdad o falsedad en los juicios morales, apreciación que me permito no compartir del todo, como quiera que, insisto, lo que muchos no-cognitivistas no comparten es que dicho carácter veritativo deba realizarse de manera universal, objetiva e incondicional.

Con exactamente el mismo argumento Alexy plantea la necesidad de fundamentación metafísica de los derechos humanos. Según indica en su artículo *¿Derechos Humanos sin Metafísica?*, no habría otra manera de ver o entender los derechos humanos sino como una evidente construcción de orden metafísico. Esta idea la soporta en cinco características de estos que resultan, para él, innegables: *universalidad, fundamentalidad, abstracción, validez moral* (en tanto que deben ser fundamentados frente a todo a aquél que participe en una justificación racional), y *prioridad*.

Es ya característica en Alexy esta forma de argumentar. Pide que admitamos una gigantesca petición de principio, para luego concluir lo que naturalmente implica haberla asumido. Si partimos del hecho de que los derechos humanos deben ser fundamentados moralmente de manera universal, y no justificados contextualmente, no queda otro camino lógico que aceptar un esencialismo metafísico. Una muestra de ello es su afirmación de que, «puesto que la existencia de los derechos humanos en definitiva depende de su fundamentabilidad, sólo la fundamentabilidad determina si los mismos son más que una ilusión» (Alexy, 2007:239)

Si aceptamos esto como correcto, resulta relativamente fácil descartar al emotivismo ético, al decisionismo, al subjetivismo, al relativismo, al naturalismo, al deconstructivismo, y a otras teorías similares, sobre las cuales recae el reproche y la acusación de ser insuficientes en la fundamentación de los derechos humanos de manera universal. Todas las anteriores son insuficientes

por la sencilla razón de que no comparten el deseo de fundamentar de manera objetiva y universal los juicios morales.

Así que, estando entonces descartadas las teorías éticas no-cognitivistas que no son fundacionalistas ni esencialistas; y dado que, de acuerdo con Alexy, los derechos humanos sí requieren de una fundamentación cognitivista, este autor acude a los siguientes ocho puntos fundacionales que pueden dar cuenta de la esencia de los derechos humanos: (i) fundamento **religioso**; (ii) fundamento **biológico** (la metafísica es equivalente a la observación de la naturaleza); (iii) fundamento **intuicionista** (los derechos humanos no requieren de una fundamentación explícita o elaborada, pues es evidente que están fundamentados, y los asumimos y aplicamos intuitivamente); (iv) fundamento **consensual** (todo el mundo los acepta); (v) fundamento **instrumental** (el fundamento de los derechos humanos descansa en la utilidad general que resulta de tenerlos por tales); y (vi) fundamento **cultural** (los derechos humanos se fundamentan en tanto que son producto del devenir histórico y cultural).

Para Alexy todos los fundamentos anteriores presentan graves falencias. El fundamento religioso sencillamente no es sostenible para ningún estado constitucional actual. El fundamento biológico, dice, es una naturalización excesiva, pues nada hay en la naturaleza ni en el mundo físico que contenga las propiedades de los derechos humanos.⁵¹ El fundamento intuicionista fracasa una vez se verifica que no todos los seres humanos comparten las mismas experiencias sobre lo que es o no evidente e intuitivo.

El fundamento consensual no dice finalmente nada acerca de aquéllo que mueve a las personas a estar de acuerdo; es decir, las intuiciones no son compartidas, y si los acuerdos son producto de una simple *coincidencia* no es claro para Alexy por qué debemos aceptar ese simple *factum*, en lugar de detenernos en las razones o fundamentos de la convicción coincidente. En este último sentido, un consenso debe ser sustentado en argumentos y no en una acumulación sincrónica de voluntades. Finalmente, el fundamento cultural es desestimado en la medida en que no es cierto que los derechos humanos hagan parte de un desarrollo histórico y cultural generalizado y homogéneo.

51. Esta aclaración refuerza mi argumento, según el cual Alexy se encuentra lejos de una ontología de las propiedades naturales.

¿Qué queda entonces? Alexy sostiene que el enfoque *instrumentalista* podría ser prometedor a la hora de justificar los derechos humanos ajenos a cualquier tipo de metafísica. El problema surge, según dice, una vez se concede que pueden existir situaciones que maximicen el bienestar de varias personas, justamente a través de la violación de derechos humanos. De modo que cuando se exige el respeto de los derechos humanos aún a costa del beneficio de una mayoría, opera algo más allá de lo que puede explicar este modelo instrumental.

Dado que todos los modelos propuestos, metafísicos y no metafísicos, han fracasado a la hora de fundamentar los derechos humanos, Alexy propone otros dos: (vii) la fundamentación **explicativa**; y (viii) la fundamentación **teórico-discursiva**, unida a una fundamentación existencial. La primera de ellas intenta reflejar lo que está implícito en la práctica humana que se examina. La praxis para este caso es la manera en que las personas dialogan y discuten entre sí, en el marco de una deliberación y argumentación. Cada participante supone necesariamente la libertad e igualdad del otro. Libertad sirve para sostener lo que sostiene. La igualdad existe si se acepta al otro como interlocutor.

Que se reconozca la libertad y la igualdad de los participantes en el discurso humano implica que los interlocutores se reconocen como autónomos, pues actúan conforme a sus propias reglas y principios. En este punto Alexy acude al conocido argumento en cadena: al reconocerlo como libre, igual y autónomo, lo reconoce como persona; al reconocerlo como persona, lo reconoce como digno; al reconocerlo como digno, lo reconoce como titular de derechos humanos. Así se fundamentan los derechos humanos para el autor alemán.

Los derechos humanos son, entonces, una consecuencia necesaria para quienes participan «seriamente» en la discusión moral. Y dado que en el derecho es necesaria la corrección moral y la discusión moral si no se quiere arribar a una contradicción performativa; y que también es necesario solventar los conflictos sociales por conducto de «consensos alcanzados y controlados discursivamente» (en los que se presuponen la igualdad y libertad de los participantes), se tiene que el derecho, su discursividad y su universalidad, implican necesariamente a los derechos humanos (Alexy, 2007).

El resto del aparatage epistemológico de Alexy va dirigido a demostrar las bondades de lo que llama una fundamentación explicativa-teórico-discursiva y existencial, dentro de la cual se encuentra lo que a veces denomina una «propuesta analítico-normativa». Más concretamente, lo que está implícito en la

praxis jurídica y en nuestras deliberaciones y argumentaciones como abogados son tres temas o marcos bien definidos, en los que puede plantearse el problema de la corrección moral de las proposiciones normativas: una empírica, una analítica y una normativa. La primera de ellas no reviste especial interés para Alexy por cuanto trata únicamente de:

La frecuencia de determinados argumentos, la correlación entre determinados grupos de hablantes, situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto de los argumentos, la motivación para el uso de determinados argumentos, o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Una teoría de este tipo es parte de una teoría del actuar jurídico, especialmente del judicial, a desarrollar con los métodos de las ciencias sociales (Alexy, 2008a:35).

A Alexy le interesa mucho más la perspectiva analítica y normativa, que examina tanto la estructura lógica de los argumentos jurídicos como los criterios de corrección del discurso.

Con esto en mente, se dedica a elaborar una teoría del discurso práctico general del derecho, en la que echa mano de la ética analítica, de la teoría discursiva habermasiana, y de la teoría de la deliberación y de la argumentación perelmaniana, para concluir más de 20 reglas del discurso práctico, y seis maneras de plantear diversos argumentos.

Lo que me interesa es la manera en que la metafísica del concepto de derecho en Alexy condiciona la estructura epistemológica de su iusfilosofía. En ese sentido, y para seguir justificando el punto de partida metafísico en el derecho, Alexy acoge una particular definición de lo que denomina concepto *empático* de metafísica; y que, aparentemente, tendrían en mente quienes lanzan sus críticas contra ella.

Según indica, los anti-metafísicos piensan que la metafísica es la pretensión omnicompreensiva de conocimiento sobre la *totalidad* del hombre, del mundo, y de todo lo que es significativo de la existencia. De la misma manera, creen que la metafísica habla de lo *necesario*, lo *esencial*, de lo *incondicional e inmutable* en el mar de particularidades y de heterogeneidad que es el mundo. Finalmente, los anti-metafísicos suponen que la metafísica es *normativa*, pero que dicha normatividad recurre a alguna forma de *significado salvífico* o de reconciliación (Alexy, 2007:245-246).

Con esta definición, dice Alexy, no es difícil que hayan alertado la necesidad de una cultura posmetafísica, tal y como lo hacen Habermas y Rorty. Sin embargo, aclara, «mucho habla a favor de la hipótesis de que los derechos humanos no presuponen una metafísica empática definida a través de las cuatro notas, es decir, a través de la totalidad, la necesidad, la normatividad y la salvación» (Alexy, 2007:246).

Tremenda acusación lanza Alexy. Es posible, ciertamente, que haya visto en su carrera académica a un antimetafísico que piense en las cuatro características al mismo tiempo. Empero, hoy día, buena parte de las críticas se reducen al carácter esencialista y, por consiguiente, fundacionalista de la metafísica. Desde el propio Kant, y a partir de ahí, desde la misma modernidad, la metafísica salvífica no es un asunto central, sino, incluso, ingenuo.

Al menos desde mi interpretación, la metafísica teológica se ha visto superada por la metafísica ontológica e idealista. Así que de las cuatro notas características que nombra, Kant sólo aceptaría las primeras tres como ciertas, condicionando fuertemente la primera a que por ella se entienda sólo la incondicionalidad de ciertos juicios, y no la exagerada caracterización que propone Alexy.

De cualquier modo, sin explicar cuál es el concepto que finalmente le sirve de sustento (primero partió de la anti-metafísica como negación de todo; luego, de la metafísica como todo lo que está al margen de la experiencia; para finalizar con la metafísica empática), Alexy se despacha en contra de la ontología (a la que entiende por reducción a datos observables del mundo exterior, del mundo interior, y del mundo social); y en contra de la alternativa fregueana que retoman en parte Habermas y Kelsen.

La crítica que Alexy lanza sobre Frege es que el tercer mundo del lenguaje es la misma metafísica del concepto semántico de norma, que hace parte de la fundamentación de los derechos humanos; lo que quiere decir que finalmente no es una postura antimetafísica, después de todo.⁵²

Para concluir, Alexy observa varias consecuencias positivas que se siguen de tener un punto de partida metafísico. De un lado, al tener a la moral como parte esencial del derecho, puede desde el punto de vista epistémico hacer uso

52. La otra censura que endosa a Habermas es que la metafísica del concepto semántico de norma es insuficiente para la fundamentación de los derechos humanos, porque no se ocupa del contenido de la fundamentación.

de consideraciones morales de manera coherente con el concepto de derecho. Ésta es una mejor forma de ver al derecho más allá de los argumentos de autoridad. De otro lado, teniendo a la moral como esencial al concepto de derecho, se puede resolver más adecuadamente el viejo dilema de si la injusticia extrema es derecho. A este respecto, Alexy se pregunta «¿cómo podría justificarse esta circunstancia sin recurrir a razones morales?» (Alexy, 2007:158).

Panrelacionismo⁵³

En las anteriores líneas intenté presentar y explicar los principales rasgos de algunas de las principales posiciones metafísicas en filosofía. Luego intenté plantear algunas consecuencias que se siguen de adoptar la metafísica como punto de partida en la investigación. Entre éstas, destaca el hecho de que la epistemología resulta decididamente parasitaria de la ontología; esto es, que las conclusiones epistemológicas sólo son válidas si se corresponden con la ontología de la disciplina. En derecho, presenté algunas propuestas iusfilosóficas que tienen a la metafísica como punto de partida, y procuré ilustrar las consecuencias de ello en el plano interpretativo y argumentativo.

Ahora bien, el problema que generalmente se atribuye a este tipo de iusfilosofías gravita alrededor de su esencialismo. Cuando se asume un compromiso metafísico, se asume por consiguiente un compromiso esencialista con el concepto de derecho. Ya vimos que la implicación práctica es que la epistemología se vuelve parasitaria del punto de partida metafísico.

Si ello es correcto, toda interpretación y argumentación, según sea el caso, se condiciona necesariamente a dicho concepto. El problema evidente de lo anterior es que la práctica jurídica parece justamente renunciar tanto al esencialismo metodológico e interpretativo así como a todo tipo de fundacionalismo epistemológico, y se resiste a limitarse.

La crítica más común de la que siempre parten las teorías jurídicas a la hora de censurar a las teorías rivales, es aquella que se dirige a presentar los ejemplos en donde la teoría reprochada resulta insuficiente o se queda corta. Los positivistas

53. Una versión más pormenorizada de este acápite se encuentra en mi disertación doctoral (Rojas, 2012). De manera significativa este aparte se apoya en lo dicho allí.

(tanto normativistas como realistas) se cansan de enumerar casos en los que el llamamiento a la perspectiva moral parece exagerado. Los que renuncian a la idea de la discrecionalidad judicial, y acogen más bien la idea de corrección moral, se cansan de señalar a las perspectivas realistas, positivistas o sociológicas, lo ingenuo de negarse a aceptar que en ciertos casos la decisión adoptada era ciertamente la mejor posible, independientemente de la inclinación o preferencia subyacente.

A las teorías realistas y sociológicas se les censura caer en un mismo esencialismo cuando sustituyen la imagen de una estructura esencialmente coherente del derecho, por una estructura esencialmente incoherente, esencialmente política, y esencialmente indeterminada.⁵⁴

Lo que ello significa es que parece un error claro asumir como punto de partida el esencialismo metafísico, y recurrir al fundacionalismo epistemológico en nuestra disciplina. Todas las teorías jurídicas se limitan a presentar fragmentos o pequeñas explicaciones de modos de operar muy concretos del derecho, que no se dan en todos los casos posibles en los que podremos llamar a un fenómeno como *fenómeno jurídico*.

Le basta a una teoría simplemente señalar otras maneras posibles de operar de los abogados, y otros fenómenos que podríamos denominar como jurídicos, para dar cuenta de cómo el concepto de derecho de la teoría rival no abarca con justicia lo ejemplificado. Esto lo saben perfectamente los abogados, y de

54. Y esto ha pasado cada vez que se intenta asumir un esencialismo en derecho. Friedrich presenta una interesante narrativa de la manera en que el estudio metafísico del derecho se ha presentado históricamente. Señala, por ejemplo, que para la antigua religión judía –de los tiempos del antiguo testamento el derecho *consistía* en la *voluntad de Dios*. De ahí en adelante, cada escuela de pensamiento ha intentado presentar la descripción del elemento *esencial* al derecho. Entre los intentos en este sentido se encuentran: (i) Para Platón y Aristóteles el derecho era una cuestión de *justicia*. Ocurre, sin embargo, que en muchas ocasiones el derecho es injusto. (ii) Para los estoicos, de *naturaleza humana*; pero es claro que lejos está el derecho de responder siempre a ese llamado a la fundamentación naturalista más allá de los derechos humanos. (iii) Para San Agustín, la esencia del derecho lo representaban los ideales de *orden y paz*; (iv) En Santo Tomás el derecho es esencialmente el *espejo del orden divino*. (v) De acuerdo a los humanistas el derecho es esencialmente un *hecho histórico*. (vi) Para Bodino la esencia del derecho es la *Soberanía*. (vii) En Thomas Smith y Hooker el derecho es *tradicón constitucional*. (viii) Para Hobbes, se trata de *mandatos del soberano*. (ix) En Locke y Montesquieu el derecho se equipara con la *constitución*. (x) En Spinoza, la esencia del derecho es ser una expresión de la *razón*. (xi) En Rousseau y Kant es expresión de la *voluntad general*. (xii) Para Hegel el es expresión del espíritu. (xiii) Para Marx y Engels el derecho es una *ideología de clase*.

manera sobresaliente los jueces, quienes lejos están de poder identificarse con una explicación omnicomprendiva de la teoría jurídica que asuma puntos de partida esencialistas. ¿Qué posibilidad queda? ¿Cuál sería la imagen de una filosofía del derecho desprovista de metafísica? ¿Sería eso siquiera posible?

El pragmatismo filosófico es una filosofía que intenta ofrecer ese tipo de explicaciones. Los nuevos pragmatistas lo hacen con especial ahínco. El argumento que plantea Richard Rorty, palabras más palabras menos, consiste en que no sólo es posible una filosofía posmetafísica, sino que es además deseable. Una de las consecuencias que de ello se deriva es que se invierten las direcciones del problema. Sería posible extraer conclusiones ontológicas a partir de posturas epistemológicas. Lo que Rorty propone es un ejercicio de higiene, de limpieza, orientado a «despejar algunos árboles» y cortar la «maleza filosófica» (Rorty, 1991:92), *restaurando* el aspecto del jardín de la filosofía del derecho como lo planteaban los pragmatistas de tiempo atrás, liberando al derecho de todas las cargas filosóficas que impone la metafísica, y desinfectando el terreno para la práctica.

En su libro *Pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Rorty plantea su réplica al pensamiento metafísico esencialista, el cual supone la existencia de una entidad trascendental o «cosa en sí» (según sea el caso) que debe ser capturada por el conocimiento. Pero, por supuesto, es también la manera en que Rorty remueve los dualismos sujeto-objeto, apariencia-realidad, sustancia-propiedad, y esencia-accidente, entre otros.

Rorty llama *Panrelacionistas* a aquéllos que piensan que «las cosas son como son en virtud de las relaciones que mantienen con las demás cosas» (Rorty, 2000:capítulo 5:170); es decir, a quienes creen que «una cosa tiene tantas identidades como contextos relacionales puede ocupar» (Rorty, 1992:16). De manera que el panrelacionista tiene una imagen del mundo como «un flujo de relaciones en cambio constante, relaciones cuyos términos son a su vez también disolubles en los nexos de otras nuevas relaciones» (Rorty, 1992:140). Desde dicha visión no se distingue entre propiedades intrínsecas –no-relacionales– y propiedades extrínsecas –relacionales–, o entre propiedades necesarias y contingentes, toda vez que para el Panrelacionismo todo es relacional.⁵⁵

55. Rorty atribuye un proto-panrelacionismo a las ideas de Leibniz, Whitehead y Derrida. Respecto a Leibniz dice que las mónadas (unidades o entidades básicas) son sólo el con-

Lo que lleva a Rorty a adoptar este Panrelacionismo es la adopción previa del *nominalismo psicológico* de Wilfrid Sellars, que postula que sólo podemos *conocer* a través del uso del lenguaje y de las descripciones lingüísticas que hacemos. De esta manera, todo el conocimiento de la cosa o del *ente* es producto de los enunciados o descripciones verdaderas que hacemos de él, y es claro que a cada cosa le corresponde un sinnúmero de descripciones posibles.⁵⁶

Así que, para usar un ejemplo, lo que sabemos de la *silla* es que es alta, baja, bonita, fea, negra, café, maciza, curva, recta, etcétera. Repárese, sin embargo, que cada uno de los *conocimientos* que tenemos de la *cosa*, no son más que descripciones nominalizadoras que consideramos verdaderas. Sería del todo extraño preguntarnos, dice Rorty, si la dureza o el color o la altura de la silla es aquello que se encuentra más cerca de su naturaleza intrínseca. Sólo ocurre que son descripciones diversas que servirán a propósitos diferentes.

De modo que el lenguaje funge más como un promotor de relaciones constantes entre unas descripciones con otras, que como un intermediario entre la mente y la esencia o naturaleza intrínseca de las cosas en el mundo. El ejemplo que emplea Rorty es mucho más claro y sugestivo que el de la mesa. Este autor acude al número 17 para plantear no sólo la dificultad de ver ciertas cosas de una manera no-relacional, sino también el inmenso aprieto que surge si intentamos verlas con ojos esencialistas.

Con el número 17, Rorty nos indica que ninguna *descripción* es, con respecto a la cosa, más esencial o más propiamente suya que las demás descripciones

junto de todas las mónadas vistas desde un punto de vista determinado; de Withehead, que las entidades son sólo nexos de aprehensiones físicas; y finalmente, de Derrida, toma su afirmación de que las palabras son nodos (espacios) de «una red infinitamente flexible de relaciones con otras palabras». Rorty señala que todas estas son concepciones similares al panrelacionismo.

56. Rorty define el nominalismo de la siguiente manera: «es la doctrina según la cual de una cosa tan sólo se puede saber lo que se afirma de ella en las oraciones que la describen. Porque cualquier oración sobre un objeto es una descripción explícita o implícita de las relaciones que éste mantiene con uno o más objetos distintos. Por consiguiente, si no hay conocimiento directo, si no hay conocimiento que no tenga la forma de una actitud oracional, entonces todo lo que se puede conocer de una cosa son las relaciones que ésta mantiene con las demás cosas (...) Para los nominalistas psicológicos ninguna descripción no es más descripción del objeto «real», en tanto que opuesto al objeto «aparente», que cualquier otra descripción; como tampoco ninguna descripción lo es, por así decirlo, de la relación del objeto consigo mismo, de la identidad con su propia esencia (...)» (Rorty, 2000:146).

(Rorty, 2000:141). Por ello, la cosa será siempre descrita en términos de sus relaciones constantes. A este respecto, Rorty afirma que:

Formúlense la pregunta de cuál es la esencia del número 17, qué es en sí mismo, aparte de las relaciones que mantiene con los otros números. Lo que se pide es una descripción del 17 de clase distinta a las siguientes descripciones: menos que 22, más que 8, la suma de 6 y 11, la raíz cuadrada de 289, el cuadrado de 4,123105 (...) Lo molesto de cada una de estas descripciones es que no parece que ninguna de ellas se acerque más al número 17 que las demás (...) Uno podría ofrecer un número infinito de descripciones distintas del 17 (...) No parece que ninguna de esas descripciones ofrezca una pista siquiera de la intrínseca diecisietidad del diecisiete, la característica única que hace que sea el número que justamente es. Por cuál de esas descripciones optamos es, obviamente, un asunto sobre qué propósito tenemos en mente (Rorty, 2000:144).

Considero que es ciertamente embarazoso pensar en el número 17 en términos esencialistas, y por esa razón el ejemplo es tan adecuado. Adicionalmente, resulta laborioso pensar que alguna de esas descripciones logra producir alguna imagen que nos permita decir, sin más, que hemos encontrado «la» esencia o la sustancia del 17. Lo interesante del asunto está en que, para Rorty, la explicación panrelacionista es acerca del conocimiento general, y no sólo sobre el conocimiento de los números. Los números son sólo un ejemplo.

De ahí que la gran apuesta de Rorty sea hacernos ver que, de ser coherentemente antiesencialistas y, como corolario de ello, coherentemente panrelacionistas, debería extenderse esta explicación al resto de instituciones humanas. Al respecto el autor dice que «no vale la pena ser esencialistas con respecto a mesas, estrellas, electrones, seres humanos, disciplinas académicas, instituciones sociales o cualquier otra cosa» (Rorty, 2000:145).

En relación con el realismo externo que da base a la metafísica ontológica, el Panrelacionismo plantea que es perfectamente admisible obtener conclusiones ontológicas a partir de tesis epistemológicas, y más concretamente, lingüístico-semánticas.⁵⁷

Así las cosas, el concepto ontológico de «realidad» pasa a ser el de una «realidad-conceptualizada» (Ávila Cañamares, 2005:69); o, en un lenguaje más

57. Sobre este particular véase el buen texto de Ávila Cañamares, Ignacio: Realismo, Esencialismo y Extensionalismo. En: Hoyos (2005:67-92), del cual tomo prestadas varias ideas.

pragmático-sellarsiano, realidad-nominalizada. En este punto, el panrelacionista se acerca mucho al idealista, en el sentido de que las categorías, así como nuestros criterios de individualización, identificación o descripción, implican que la realidad es finalmente una realidad en tanto que asumida por el elenco de nuestras teorías y esquemas de pensamiento.

La razón de lo anterior es relativamente sencilla. Si concedemos que el único acceso que tenemos del mundo es el acceso lingüístico, y si aceptamos que es entonces el lenguaje y el conjunto de nuestras creencias aquello que nos permite individualizar, clasificar, y describir, entonces debe concluirse que la ontología está definitivamente ligada a nuestras perspectivas epistémicas, y no al contrario.

Luego, no parecería acertada la idea del realismo más radical y *robusto*,⁵⁸ según la cual se predica no sólo la existencia del mundo,⁵⁹ sino la afirmación de que éste viene intrínsecamente «prefabricado» y, por tanto, que contiene una estructura fija de propiedades y clases naturales, que es absolutamente independiente de nuestras creencias y teorías sobre él.

En consecuencia, el lenguaje clasifica, describe y discrimina objetos, pero sólo porque el mundo tiene una *manera de ser*; es decir, porque ya previamente había determinado, él mismo, la pertenencia de un objeto a ciertas clases naturales. Cuando el objeto que queremos describir contiene las propiedades esenciales de la clase natural que lo incluiría, podemos decir que la representación elaborada es acertada.

El problema que enfrenta el realista es que tiene que descifrar cuál es entonces la manera de ser del mundo, y cuando lo haga necesariamente tiene que conceder la intervención de nuestros criterios de individualización, de

58. Ignacio Ávila plantea una interesante diferenciación entre el realismo *robusto*, el realismo *débil*, y el *antirrealismo*, para finalmente lanzarse por una cuarta vía que llama *extensionalismo*. No es éste el lugar para plantear todos sus argumentos, ni para justificar mi disenso en cuanto a su posición final. Y, en cuanto a las diferencias entre el *extensionalismo* y el *Panrelacionismo*, éste último es el que me sigue pareciendo más adecuado. Me limitaré a indicar muy brevemente los puntos que sí comparto con Ávila, sin entrar a considerar los que para mí son argumentos no tan concluyentes sobre la manera en que despacha al realismo débil y al antirrealismo.

59. Esta idea es realmente una perogrullada, pero algunos realistas se toman la molestia de acusar a los antirrealistas de sostener lo contrario. El idealismo lingüístico de Berkeley o la película *Matrix* podrían ser los únicos ejemplos en los que se plantea la posibilidad de que el lenguaje «construye» literalmente el mundo.

identificación, y de descripción. Pues, como dice Rorty, «el mundo no habla. Sólo nosotros lo hacemos» (Rorty, 1996:26).

El realista tiene que vérselas también con el problema de cómo es que sabemos que una afirmación de adecuación tiene la virtud de corresponder entre las propiedades de la naturaleza y las propiedades del objeto. A este respecto, según Rorty, los realistas todavía tienen que enfrentarse «a la cuestión de si el lenguaje de primer orden que utilizamos «corresponde con la realidad» [él mismo]. Es decir, deberíamos preguntarnos si el hablar de gatos, números o de la bondad es la forma correcta de fragmentar el universo en trozos, si nuestro lenguaje corta la realidad por las articulaciones» (Rorty, 1996:115).

Así que lo único que le queda al realista robusto para afirmar es la simple verdad de perogrullo según la cual el mundo existe con independencia de nosotros. Pero al hacerlo, el realista –ahora débil– se compromete con un mundo amorfo, ajeno a nuestras categorías o esquemas conceptuales, todavía sin ser asumido ni aprehendido por nuestra red de creencias. Para Ávila, éste es un mundo «amorfo con entidades carentes de identidad, si es que a éstas se les puede llamar entidades» (Ávila Cañamares, 2005:70).

Un mundo así, dice Ávila, es un mundo absolutamente trivial desde el punto de vista epistemológico, pues plantea un sentido demasiado general y huero con el que no es posible trabajar. Dicho mundo sería un mundo insignificante, pues «ciertamente, no perderemos mucho si a un mundo así lo pasamos por alto» (Ávila Cañamares, 2005:78).

Si no queremos permanecer en el limbo entre un mundo prefabricado y con propiedades intrínsecas e inherentes (con una verdadera *manera de ser*), y el mundo nominalizado, epistemológicamente relevante, por el otro, debemos reconocer que con esa versión del mundo *sin más* lo que obtenemos es un silencio contundente y absoluto. Esa noción «poco sustantiva del mundo» (Ávila Cañamares, 2005:76) transporta al realista más débil a una disyuntiva que Ávila pone de presente en los siguientes términos:

Si el realista débil concede que las condiciones de identidad son intrínsecas a los objetos, entonces –al igual que su pariente robusto tendrá que negar la relatividad conceptual en su versión más interesante. Si, por otra parte, concede con el anti-realista que las condiciones de identidad de un objeto están dadas por nuestros entramados teóricos, entonces el precio de su respeto por la relatividad conceptual parecería ser la carga del antirrealismo. Ahora el realista débil tendrá que aceptar que

la realidad es una realidad genuinamente conceptualizada con su dominio de identidades teóricamente dependientes. Y si esas entidades están atadas de suyo a nuestras organizaciones categoriales, entonces también deberá precisarse el sentido en el que se afirma además que existe un mundo independiente de nuestras representaciones⁶⁰ (Ávila Cañamares, 2005:78).

No sé si esta crítica al esencialismo ontológico-realista resulta clara. Lo que pretendo resaltar con la anterior discusión es la diferencia entre tomar una u otra dirección; lo que implica partir de la ontología del mundo hacia la verdad de nuestras interpretaciones, o lo que implica partir de nuestras interpretaciones hacia un mundo nominalizado.

Ahora bien, tratándose de la metafísica idealista, el argumento que acoge el panrelacionismo es mucho más concreto. Después de que el idealismo ha aceptado que son nuestros esquemas conceptuales, nuestras pautas epistemológicas de individuación y descripción, y nuestras ideas y creencias las que constituyen y determinan el objeto, no resulta admisible plantear que esas categorías, esos esquemas, esas pautas y esas creencias responden a formas incondicionales, universales y *a priori* del entendimiento. Mucho menos es posible abrazar una teoría de la verdad como correspondencia. En este sentido Ávila (2005:70) manifiesta que:

Aun si contáramos con un único esquema conceptual, seguiría siendo verdad que este esquema determina de forma sustantiva nuestras pautas ontológicas de individuación, y también seguiría siendo verdad que dicho esquema conceptual universal constituye el particular punto de vista de la especie humana y refleja sus particulares intereses y necesidades.

He dicho que nuestras prácticas jurídicas parecerían rechazar la pretensión esencialista en cuanto al derecho, de la misma manera en que lo hace el prag-

60. Líneas atrás había sostenido que: «Si, fuera de proclamar que existe un mundo independiente de nuestras representaciones, el realista débil sostuviera también que las condiciones de identidad de las entidades que pueblan dicho mundo son condiciones per se, entonces su postura se acercaría a la de su pariente robusto y, en sentido estricto, tendría que comprometerse con el esencialismo. Si, por otra parte, el realista débil sostuviera que las condiciones de identidad de un objeto están atadas a nuestros marcos de referencia, su posición tomaría –al menos en este sentido– un cariz cercano al antirrealismo» (Ávila Cañamares, 2005:77).

matismo. Así las cosas, a pesar de que nadie podría negar, por ejemplo, la importancia de la noción de «regla» al interior de nuestro vocabulario, lo cierto es que difícilmente podríamos sostener, en contra de la práctica misma, que ésta sea la esencia del derecho.

Parece implausible, como lo indicó Dworkin, que el esencialismo positivista a propósito de las reglas deje por fuera a los principios de moralidad política. Así mismo, parece implausible que, a pesar de Dworkin, las reglas y principios dejen por fuera consideraciones consecuencialistas. Y así sucesivamente.

Lo que ocurre es que, sencillamente, cada filósofo del derecho intenta presentar un contexto relacional en el que la descripción del derecho generada explica mejor un determinado propósito previamente diseñado. Para ciertos objetivos, la mejor explicación del derecho será verlo como una cuestión de reglas. En otros casos, como una cuestión de principios de moralidad política. En un contexto diferente, ni lo uno ni lo otro. La tarea del filósofo del derecho, más que intentar presentar el estatuto ontológico del derecho, consistirá en presentar las razones por las cuales una descripción resulta más útil en un contexto determinado, y para unos propósitos previamente diseñados.

Lo que quiero decir es que el esencialismo metafísico hace referencia, para nuestro caso, a un concepto de derecho, y a una epistemología parasitaria, que se presenta como un marco fijo y rígido que impide la intervención y el funcionamiento de diferentes formas de categorizar y describir nuestra disciplina.

Los anteriores son conceptos que, a pesar de que pueden eventualmente no ser inter-traducibles, y que incluso pueden ser inconmensurables, resultan válidos y correctos en el contexto de uso adecuado, dependiendo de los propósitos concretos de la comunidad de hablantes. En cambio, como lo plantea Ávila (2005:75):

Si se es esencialista, no habrá lugar para la idea de que múltiples descripciones alternativas e irreductibles entre sí pueden ser correctas. En un mundo de esencias, las descripciones correctas en última instancia sólo serán formas distintas de decir lo mismo y, en estricto rigor, tan sólo habrá a lo sumo una única forma correcta de describir el mundo (...) Y si la relatividad conceptual en su versión más interesante ha de entenderse precisamente como la afirmación de que es posible una multiplicidad de descripciones correctas e irreductibles acerca de un dominio dado de entidades, entonces el realista robusto por fuerza no podrá dar entera cuenta de este fenómeno. Justamente, las esencias se lo impiden.

De ser esto correcto, la pregunta por «El» concepto de derecho pierde significativamente el sentido y se libra al filósofo de la necesidad de continuar con las dispendiosas elucubraciones metafísicas. El *Derecho* tiene tantas identidades como contextos relacionales concretos puede ocupar, y de ahí que innumerables descripciones posibles y disponibles en nuestra cosmovisión hagan menos probable la posibilidad de diferenciar entre propiedades intrínsecas –no-relacionales y propiedades extrínsecas –relacionales–; o entre propiedades necesarias y contingentes del Derecho.

Tampoco es posible aceptar la idea de una «esencia» del derecho que responda al compromiso referencial que exige la pregunta por la ontología, o por la «fuente» del derecho. El Derecho, entonces, sólo puede ser conocido y entendido a través de múltiples oraciones que lo describen; y esto es lo que mejor hacen los abogados que tienen una perspectiva interna de la práctica jurídica.

De modo que a los profesores de filosofía del derecho no les queda otro camino que explicar por qué resulta útil o plausible trabajar con alguna o muchas de dichas relaciones, y en qué sentido se explica de una mejor manera la forma en que actuamos. Igual ocurre con la pregunta teleológica. No existe una finalidad esencial del derecho, sino diversos propósitos que dependen del contexto relacional.

Debemos explicar en qué situaciones la finalidad *X* resulta plausible, y de qué manera se explica de una mejor forma nuestras prácticas operativas. Pero, con ello, la pregunta teleológica también se ha trivializado significativamente. Todo lo que queda es finalmente lo que, de hecho, saben hacer los abogados perfectamente: el ejercicio interpretativo y argumentativo de identificar el escenario en el que se encuentra el eventual dilema jurídico; y el planteamiento de los contextos relacionales que mejor se acomoden a la necesidad concreta. En cada uno de ellos puede trabajar con un concepto o una finalidad contextual del derecho.

Sin embargo, esta explicación que ofrece el pragmatismo, se aceptaría mejor si contáramos con ejemplos en los que, efectivamente, coexistan dentro de la misma comunidad jurídica decisiones que partan de contextos relacionales de identidad irreductibles entre sí; y con todo, perfectamente válidas e incluso correctas como decisiones jurídicas.

Sería éste el supuesto en que, por ejemplo, un mismo tribunal basara su decisión en consideraciones estrictamente *consecuencialistas*, o de tipo económico para unos casos, pero que en otros adoptara decisiones *minimalistas* a partir de las cuales se concede que no es posible determinar con exactitud, o con buena probabilidad, las consecuencias futuras de un fallo. O se daría en el supuesto en el que para unos eventos, con base en razones prospectivas, se desconozcan principios jurídicos democráticos de procedimiento que, en otras circunstancias, resultarían trascendentales e imposibles de eludir.

De igual manera, sería el caso en que ese mismo tribunal pudiera simultáneamente emitir decisiones basadas sólo en reglas, y después en principios morales, o en acuerdos desprovistos de reglas previas, o en acuerdos que no tienen por qué seguir necesariamente un principio moral; y aun así todas fueran decisiones legítimas y correctas. Ese mismo tribunal podría, igualmente, tomar decisiones difíciles, simplemente acudiendo al uso lingüístico de un término, reduciendo su análisis a una disputa lógico semántica; y días después tomar decisiones acudiendo a teorías morales abstractas.

Dicho tribunal podría también adoptar como fundamento de su decisión una moral universal en la que se plantee la naturaleza universal, intrínseca e inherente de las propiedades morales que defienden los derechos fundamentales. Pero al día siguiente ponderar derechos fundamentales y, con ello, relativizarlos al máximo. Si existiera un tribunal así, el pragmatismo jurídico tendría la mejor explicación posible de nuestras prácticas operativas.

Algunos ejemplos

1.

Para el caso de decisiones de orden consecuencialista, ese tribunal *pragmatista* podría manejar una teoría de modulación de los efectos de sus fallos, como lo hizo la Corte Constitucional Colombiana, a propósito de la *inconstitucionalidad diferida*, en las sentencias C-109 de 1995, C-221 de 1997, C-112, C-442, C-737 y C-141, todas del año 2001; o más reciente en la C-027 de 2012.

En todos estos fallos la Corte adoptó un análisis consecuencialista, y realizó un juicio sobre las mejores consecuencias que a futuro se desprenden de tomar una u otra salida interpretativa, atendiendo al pronóstico de éxito o fracaso que una alternativa pudiera tener.⁶¹ Así las cosas, en dichas sentencias, a pesar de haberse comprobado la inconstitucionalidad de una ley, la corte se abstuvo de retirarla del ordenamiento jurídico, debido a que su expulsión generaría peores consecuencias a futuro que lo que la misma inconstitucionalidad generaba.

Por tal razón, prefirió otorgar un plazo razonable al legislador para que, a través de su poder de configuración, sustituyera gradualmente el ordenamiento inconstitucional. Particularmente dicientes son las sentencias C-383, C-700, y C-747, todas de 1999, en las que se declaraba inconstitucional el sistema de financiación para la adquisición de vivienda denominado UPAC.⁶²

Este sistema de tasación fue declarado inconstitucional por varias razones, dentro de las cuales se destaca la falta de competencia que tenía el Presidente de la República para su regulación, así como la grave situación de inconstitucionalidad, cuyo enorme impacto económico y social, afectaba la posibilidad de adquirir una vivienda en condiciones dignas, en razón al aumento exagerado de las cuotas mensuales que hicieron imposible el pago para cientos de miles de familias.

Sin embargo, a pesar de que el sistema UPAC era claramente inconstitucional para la Corte, ésta sostuvo que la expulsión inmediata del ordenamiento del sistema podría tener efectos catastróficos para la economía nacional, razón por la cual decidió mantener su vigencia por varios meses más.

En similar sentido, la sentencia C-737 de 2001, acerca del régimen de distribución de regalías sobre explotación de recursos naturales no renovables –Ley 619 del 2000–, acude a un análisis consecuencialista de manera explícita. En efecto, la Corte constató que se habían violado gravemente varias reglas y principios constitucionales sobre el diseño democrático establecido por la Constitución de 1991 a propósito del proceso de la formación de las leyes.

61. Sobre el consecuencialismo véase el muy breve y claro artículo de Petit, titulado «El consecuencialismo». En: Singer (2004:323-336).

62. El UPAC era una forma de tasar las cuotas mensuales de financiación para la adquisición de vivienda, a través de lo que se conocía como Unidades de Poder Adquisitivo Constante.

Durante este proceso se comprobó que en el Senado, y luego en la plenaria del congreso, a través de una comisión accidental de conciliación que tenía por propósito «armonizar» las discrepancias surgidas durante los debates de la ley, se había modificado sustancialmente lo aprobado en la comisión de la Cámara de Representantes (se pasó de tres artículos a más de 20).

Sin embargo, a pesar de ello, y después de constatar que los graves vicios de procedimiento eran insubsanables, se realizó un juicio sobre los posibles efectos que se seguían a futuro si se retiraba del ordenamiento jurídico la mencionada ley. En línea gruesa, se indicó lo siguiente:

En ajustada síntesis, **a)** la ley 619 del 200 cambiaba la tarifa fija del 20% de regalías en la explotación de hidrocarburos, por una tarifa variable que iba del 5% al 25% de acuerdo a los niveles de producción; **b)** Con este cambio se pretendía aumentar la inversión internacional, dado que la antigua tarifa fija ahuyentaba a los inversionistas extranjeros y a la posibilidad de mayor exploración y perforación, en tanto que consideraban el régimen de tarifa fija demasiado riesgoso. De hecho, según cifras de Ecopetrol, la ley ya había tenido efectos muy positivos, pues pasó de un promedio de 10 contratos de asociación por cada 5 años, a firmar 48 en tan solo 2 años. Lo que indica esta cifra, decía la corte, es que con nuevos contratos aumenta la probabilidad de nuevos descubrimientos. Si hay más descubrimientos, lo más probable es que el país se autoabastezca e incluso mejore sus niveles de exportación; **c)** Ahora bien, si se declara inconstitucional la ley 619, lo que ocurre, entonces, es que se generaría un vacío absoluto en cuanto al régimen de regalías petroleras. Sin un régimen de regalías, se generaría una inseguridad jurídica para el inversionista, que impactaría negativamente la economía nacional. Y se impactaría de manera dramática la economía, toda vez que el petróleo representa el 35% de todas las exportaciones y un porcentaje significativo en la producción de ingresos fiscales. Si se sustrae ese porcentaje al nivel de ingresos fiscales, se destrozaría el nivel presupuestal nacional y la balanza de pagos, lo cual, dice la corte, comprometería la estabilidad económica del país. Si no hay estabilidad económica no hay un orden económico justo, y no podrían garantizarse el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales. De manera que, **d)** si se retira la ley del ordenamiento jurídico, se le estaría dando un golpe de muerte a este renglón de la economía y, en un futuro próximo, se agotarían las reservas nacionales y se pasaría de un escenario de exportador a importador, lo que nuevamente generaría un impacto económico considerable.

Para justificar el pronóstico de éxito que tenía el mantenimiento de la ley dentro del ordenamiento, y el consecuente pronóstico de fracaso relacionado con su retiro inmediato, la corte usó un análisis económico propuesto por Ecopetrol,

en el que se examinaban tres escenarios macroeconómicos posibles, concretamente acerca del déficit en cuenta corriente que se generaría con la declaratoria de inconstitucionalidad.⁶³ Una vez fueron examinados estos aspectos, la Corte decidió mantener la ley por dos años más debido al impacto macroeconómico que tendría su retiro.

2.

Sin embargo, para que este tribunal fuera verdaderamente pragmatista también tendría que, dentro del mismo orden constitucional vigente, renunciar a establecer exámenes de tipo consecuencialista, y realizar juicios minimalistas, los cuales aceptan que no es posible identificar, en la mayoría de los casos, las consecuencias que a futuro se desprenden de una decisión.⁶⁴

63. «El primero, que llama escenario PO, es el que muy probablemente ocurriría de no haberse firmado los nuevos contratos. El escenario P80, que tiene una probabilidad de 78%, es el que se desarrollaría si las exploraciones derivadas de estos nuevos contratos conducen al menos al descubrimiento de un campo de importancia. Y, finalmente, el escenario P50, que tiene una probabilidad de 41%, supone el descubrimiento de dos pozos significativos, a partir de estos nuevos contratos (...) El anterior cuadro indica que, por ejemplo, en 2008, el déficit de cuenta corriente sin los nuevos contratos de asociación, sería de 6420 millones de dólares, que representaría un 4.4 del PIB, mientras que en el escenario P80 el déficit representaría únicamente 2.5% del PIB y en el escenario P50 sería de 1.5% del PIB. Esta situación, como es natural, tiene consecuencias sobre las necesidades de financiamiento del déficit de cuenta corriente (...) El anterior cuadro implica que sin los nuevos contratos, en el año 2008, las necesidades de financiamiento del déficit de cuenta corriente se elevarían a 6516 millones de dólares, que representan 4.4.% del PIB, mientras que en el escenario P80 estas necesidades financieras equivaldrían a 2.7% del PIB y en el escenario P50 a sólo 1.6% del PIB. A partir de esos datos, el documento de ECOPETROL concluye que sin esos nuevos contratos de asociación, el déficit de cuenta corriente de la balanza de pagos sería cada vez más difícil de financiar, lo cual podría llevar al país a una crisis cambiaria. En cambio, en el escenario P80, el déficit de la cuenta corriente sería financiable y consistente con una estabilización en la relación deuda externa sobre PIB, mientras que el escenario P50 permite no sólo financiar el déficit de cuenta corriente sino incluso reducir el indicador deuda externa sobre PIB». Por todo lo anterior, dice la corte, «la intervención de ECOPETROL concluye que la expulsión inmediata del régimen de regalías tendría consecuencias macroeconómicas, muy graves, puesto que dejaría sin piso jurídico todos estos contratos de asociación, lo cual colocaría al país en el escenario PO, en donde los riesgos de crisis cambiaria son altos, con el correspondiente impacto que tal situación tiene sobre la estabilidad económica general y el nivel de vida de la población»».

64. Sobre la recepción del minimalismo de Cass Sunstein véase Cajas Sarria (2010:231-261).

Lo que pretende el minimalismo es, en ajustada síntesis, promover la idea de que los jueces y tribunales en sus decisiones plantean juicios desprovistos de grandes teorías o análisis omnicomprendidos, como precisamente lo proponen las teorías de lo bueno, o teorías consecuencialistas de lo correcto. El consecuencialismo y el Análisis Económico del Derecho, por ejemplo, son elaboradas teorías completas de lo correcto; es decir, teorías que sostienen que, independientemente del valor o los valores previamente escogidos por una comunidad específica acerca de lo que debe hacerse, lo importante es averiguar las maneras en que tales valores deben ser fomentados por los individuos y las instituciones para responder a ellos (Petit, 2004:323-325).

El minimalismo judicial es, entonces, prioritariamente una respuesta, una tercera vía, frente a teorías completas tanto morales como de lo correcto, las cuales funcionan como justificaciones de última instancia (fundamentos) en las decisiones judiciales.⁶⁵ De acuerdo con Sunstein, lo que suele ocurrir, no sólo en la vida cotidiana de las personas regulares, sino incluso en los más altos tribunales de justicia, es que frente a desacuerdos y conflictos sobre temas de difícil resolución, las personas renuncian a las grandes teorías explicativas, y acuden más bien a pequeños y muy concretos acuerdos con un bajo nivel de abstracción conceptual (descenso conceptual).

Así las cosas, según Sunstein, los jueces suelen resolver los asuntos que se plantean a su consideración acudiendo a acuerdos desprovistos de teorías explicativas completas y conceptualmente estructuradas, o a grandes teorías que justifiquen completamente la decisión adoptada. Según este autor, «la gente puede ponerse de acuerdo en que cierta práctica es constitucional o no lo es, aun cuando las teorías que subyacen a sus juicios divergen abruptamente» (Sunstein, 2010:204). De ahí que:

El acuerdo sobre las particularidades carece de teoría completa, en el sentido de que los participantes más pertinentes tienen clara la práctica o el resultado, sin estar de acuerdo en la más general de las teorías sustentadoras (...) Con frecuencia la gente puede estar de acuerdo en que una regla (...) tiene sentido, sin estar completamente de acuerdo con respecto a los fundamentos de su creencia (...), sin entender o converger con respecto a un fundamento definitivo (Sunstein, 2010:205).

65. Esa es la manera en la que interpreto el trabajo de Sunstein (2010:205).

De manera que en los ordenamientos constitucionales, señala Sunstein, lo que suele observarse es que los jueces resuelvan los casos con una baja densidad teórica, acudiendo más bien a analogías, extrayendo reglas desde los casos decididos previamente, y extendiendo la legitimidad de la decisión anterior al nuevo caso. Esto lo hacen sin necesidad de justificar por qué esa decisión es la mejor desde el punto de vista de una teoría de lo bueno, o por qué es la que genera las mejores consecuencias a futuro, desde una teoría de lo correcto. Simplemente eluden la justificación teórica de estos casos, y resuelven a partir de cuestiones muy concretas y particulares sobre las que sí hay acuerdo.

Ciertamente, los jueces deciden en ocasiones de esta manera porque están de acuerdo con una *práctica establecida*, sin parar mientes en las justificaciones que subyacen a esa práctica. Los jueces eluden la justificación teórica de ciertas decisiones porque para resolver las cuestiones que se les presentan simplemente basta con el uso de una analogía o regla predeterminada.

Pero, cuando actúan de ese modo están adoptando un concepto de derecho absolutamente distinto a cuando deciden por conducto de teorías maximalistas amplias y completas; o cuando deciden a través de teorías completas de lo correcto. En ese orden de ideas, si un tribunal es lo suficientemente pragmático, debe también resolver casos de forma minimalista, como lo hiciera la Corte Constitucional Colombiana en las sentencias C-404 de 1998 y C-816 de 2004.⁶⁶

En la sentencia C-404 de 1998, en la que la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad sobre un artículo del Código Penal acerca de la prohibición del incesto, explícitamente se eludieron las discusiones filosóficas y éticas que pretendían resolver una controversia de semejante magnitud.

Lo que hace la Corte es más bien sostener que la prohibición del incesto es un límite justificado al libre desarrollo de la personalidad, porque más allá de toda disputa científica o filosófica, «la proscripción de las relaciones sexuales endogámicas aparece como una constante social desde tiempos remotos, en las más diversas culturas».⁶⁷ La Corte constató que si bien diversas posiciones antropológicas, psicológicas, psicoanalíticas, psiquiátricas, y biológicas, que

66. Este es el ejemplo que ofrece Cajas (2010) en su artículo titulado «El minimalismo judicial de Sunstein: ¿un uso local por la Corte Constitucional?».

67. Corte Constitucional, sentencia C-404 de 1998, punto 5 «consideraciones generales sobre el incesto».

fueron remitidas al expediente, divergen entre sí acerca del fundamento teórico sobre el cual debería soportarse la decisión, y adoptan distintos modelos de teorías del bien y de teorías de lo correcto, todas están de acuerdo en señalar que el incesto debe ser prohibido.

Adicionalmente, y dado que es una *práctica establecida* y constante, la Corte realizó un descenso conceptual, y acogió un acuerdo que puede ser denominado como carente de una teoría completa,⁶⁸ como quiera que se llegó a un consenso que respalda la decisión como jurídicamente correcta, a pesar de que no se arribara a un consenso sobre la teoría que amparara esa decisión.

Por su parte, en la sentencia C-816 del 2004, la Corte tenía que resolver, nada más ni nada menos que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del estatuto antiterrorista promovido por un gobierno que gozaba de una enorme popularidad, con amplias mayorías parlamentarias, y que intentaba hacer frente a la exigencia de seguridad y defensa del orden público en un contexto de guerra de más de medio siglo.

La Corte constató las enormes dificultades de lograr un consenso acerca de si el estatuto desconocía o no derechos fundamentales, y aún reconociendo ello, no era posible un acuerdo sobre si la limitación a éstos era admisible constitucionalmente. Adicionalmente, como lo indica Cajas Sarria, «se trataba de la prueba de fuego del recién inaugurado precedente del juicio de sustitución constitucional» (2010:254), lo que hacía todavía más difícil la toma de la decisión.

Sin embargo, la Corte optó por eludir toda esta discusión, y se inclinó por un argumento que sí generaba un consenso, sin detenerse a establecer si la reforma sustituía o no a la constitución. Sencillamente declaró la inconstitucionalidad por vicios de forma en el trámite, considerando que se desconocía el diseño democrático e institucional instaurado por la constituyente de 1991.

Es claro que debe existir un concepto de derecho y de interpretación distinto cuando, durante la toma de una decisión, a pesar de que se constata la inconstitucionalidad de una ley por vicios de procedimiento, ésta se mantiene

68. Como expresa Sunstein, «este fenómeno se presenta cuando las personas se ponen de acuerdo sobre una decisión sin ponerse de acuerdo en algún tipo de explicación que la sustente». Sunstein, Op. Cit. Pág. 205. También sostiene que «tales acuerdos son cruciales cuando se trata de lograr decisiones efectivas en medio de intenso desacuerdo». *Ibidem*, pág. 206.

dentro del orden constitucional por razones consecuencialistas (teoría completa), pero luego, en otro caso, la constatación de las mismas transgresiones de procedimiento sí tiene la entidad suficiente para expulsar del ordenamiento jurídico a una reforma, lo que se hizo a través de la elusión del tema teórico central de la sustitución constitucional (teoría incompleta).

De la misma manera, es claro que existe un concepto de derecho diferente cuando un tribunal acoge un enfoque más analítico y una interpretación de corte más lógico-semántica. Esto fue lo que hizo la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-221 de 1997, en la que el dilema se presentó sobre si la palabra «Estado» empleada por los artículos 80, 334 y 360 de la Constitución hacía referencia al conjunto de todas las autoridades públicas, o más bien al concepto de «nación» o al de «gobierno central».

La resolución de este dilema sobre los usos lingüísticos de un término, en el marco de una comunidad de usuarios específica, era de total trascendencia, dado que se requería determinar si el artículo 233 del decreto 1333 de 1986, que autorizaba a los concejos municipales a imponer un impuesto por la extracción de arena, cascajo y piedra de los ríos, estaba dando vía libre, de forma subrepticia, al pago de *regalías* a favor de un municipio, cuando lo autorizado por la normatividad es que sea únicamente a favor del «Estado» entendido como «nación».⁶⁹

Más allá de ello, como lo indiqué más arriba, las disyuntivas entre consecuencialismo y minimalismo, o entre teorías completas e incompletas, no son los únicos casos en los que un tribunal pragmatista puede verse envuelto cuando se trata de decisiones que no son intertraducibles entre sí, pero que, aun así, conservan plena validez dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

El caso más dicente es, desde mi interpretación, el manejo que se le da a la relativización de los derechos universales por conducto de la ponderación. No

69. La Corte constató que en lo tocante con el artículo 80 constitucional, el uso del término «Estado» hace referencia al uso ordinario a partir del cual se diferencia del «gobierno central» o «nación», e incluye no sólo a las entidades estatales sino a todo el conjunto de autoridades públicas. Sin embargo, encontró muchos más problemas en el uso que el artículo 360 hace del término «Estado», pues parecería indicar, *prima facie*, que sí es asimilado al de Nación. La corte también debatió en muchas ocasiones si en el artículo 230 constitucional, al decir que los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley, se refería a la ley expedida por el congreso o a todo el ordenamiento jurídico en general.

hay que ser un genio para darse cuenta de que la universalización de los derechos hace referencia a una fundamentación de corte metafísico, incondicional, mientras que la ponderación es una metodología que parte de un relativismo que por definición no es universal sino contextual.

Así las cosas, adoptar simultáneamente dentro de un mismo orden jurídico tanto al universalismo como al contextualismo en los procesos de toma de decisiones, es otra de las tantas maneras en que una corte pragmatista acoge la explicación panrelacionista. Pero esta explicación sólo será aceptable si somos capaces de encontrar un ejemplo práctico de la manera real en que operaría ese tribunal pragmatista, así como lo ha hecho la Corte Constitucional Colombiana en cientos de sentencias desde que entró a operar el test de ponderación. Simultáneamente, dicho tribunal ha seguido manejando una teoría de derechos inherentes, inalienables e intrínsecos, como parte de una fundamentación universal de derechos humanos naturales.

Ahora bien, surge una pregunta en relación ya no con el concepto de derecho sino con el concepto de interpretación. Si se renuncia al esencialismo metafísico, y si la epistemología no resulta ya parasitaria del punto de partida metafísico, ¿no debería la epistemología también renunciar a su compromiso esencialista?

El pragmatismo acoge también un significado relativo al contexto relacional en el que se emplee la palabra interpretación. Y eso es justamente lo que hacen los abogados en la práctica. Para unos casos, «interpretación» valdrá como el desciframiento del significado de un enunciado de acuerdo con el sentido convencional de empleo de una comunidad específica actual. En otros casos «interpretación» valdrá como el desciframiento del significado de un enunciado de acuerdo al sentido convencional de empleo de una comunidad específica pasada. En un tercer tipo de casos, «interpretación» valdrá como el desciframiento del mejor significado posible de un enunciado, de acuerdo al nivel de conexión o coherencia con otros significados disponibles ya consolidados.

Para otro conjunto de casos, «interpretación» valdrá como la imposición del mejor significado posible a un enunciado de acuerdo al nivel de conexión o coherencia con otros posibles significados abstractos y no consolidados. En otros casos, «interpretación» valdrá como la imposición del mejor significado posible a un enunciado, de acuerdo a las consecuencias futuras de tipo político o económico.

Dentro de otro grupo de casos, «interpretación» valdrá no como el desciframiento o imposición del significado de un enunciado, sino como el desciframiento o imposición del significado de una historia interpretativa sobre el enunciado. En un último conjunto de casos, «interpretación» valdrá como la mejor forma de ver un enunciado que merece ser interpretado después. O puede pasar que todo lo anterior se entienda no en relación con enunciados completos sino con palabras concretas dentro del enunciado. En otras ocasiones, «interpretación» será tomada como una actividad, dinámica o estática, mientras que en otra valdrá como el producto o resultado de dicha actividad. Como dice Guastini, a veces «interpretación» será un acto de conocimiento, en el sentido de identificar los significados establecidos de un texto o palabra, mientras que en otro contexto, «interpretación» será un acto de elección política de un determinado significado atribuible a una palabra o enunciación (Guastini, 2010:80-81). Nuevamente, la labor del teórico del derecho descansa en explicar y justificar por qué esos distintos usos resultan más útiles en un determinado contexto que en otro.

En ese orden de ideas, siguiendo la metáfora rortiana del ser humano operando dentro de una red infinita de relaciones entre creencias y deseos; y entendiendo a las creencias como hábitos de acción y como posiciones en dicha trama entretejida, la interpretación será la interpretación será algo así como un proceso indefinido de tejido y retejido de esa red (Rorty, 1996:131-135). El fin de la interpretación, desde esta perspectiva, no es otro que presentar nuevas actitudes oracionales (Rorty, 1996:131), nuevos comportamientos desplegados, nuevos hábitos de acción.

Y una vez desplegada la acción en el entorno de los intérpretes, surgen nuevas creencias y, sobre ellas, nuevas acciones. En el marco de este proceso, se vuelve más nítida la diferenciación deweyana entre hábito e indagación. Por un lado, dice Rorty (1996:131:), pueden verse:

[a]quellas situaciones que precisan un mínimo de retejido –como cuando uno mueve la mano izquierda para coger el tenedor, tiene la creencia de que no está allí sino al otro lado del plato, y mueve entonces la mano derecha–. El retejido que comporta asimilar la creencia nueva «el tenedor está en el lado incorrecto» suele ser demasiado mínima para merecer el nombre de «indagación». Pero en ocasiones, en situaciones

especiales, la adquisición de esa creencia provoca el tipo de retejido a gran escala, consciente y deliberado que sí merece ese nombre».

Este proceso de tejido y retejido se asemeja mucho a la metáfora de la novela en cadena (el derecho como una novela escrita a varios manos) que planteaba Dworkin, en la que los intérpretes maniobran sobre las creencias y los relatos ya existentes (en forma mínima o masiva, según sea el caso). Las creencias existentes y los relatos disponibles ejercen presión sobre el intérprete, y éste ejerce presión sobre dichos entramados.

Cuando esto ocurre, sostiene Rorty, las interpretaciones toman el rostro de *contradicciones*, *tensiones* o *sinsentidos*. En tal situación suele ocurrir que (i) desechamos el retejido nuevo por ir en contravía de un buen número de relaciones existentes; (ii) se acepta el retejido forzando la creación de nuevos entramados, con el fin de incorporar «al molesto intruso, reduciendo la presión que las antiguas creencias y deseos ejercen sobre él y que éste ejerce sobre aquellas» (Rorty, 1996:131); o bien (iii) se borra –se procede a deshilar un conjunto de creencias y deseos antiguos, dejando de tener actitudes oracionales frente a determinadas palabras. Como lo planteaba ya con anterioridad:

Ésta es una explicación que se ajusta bastante bien a la explicación kuhniiana según la cual a pesar de que algunas creencias funcionan como hitos o paradigmas consolidados, con todo se permite la incorporación de nuevas creencias y nuevos desafíos. El desplazamiento espacial y gradual desde el mero hábito a la indagación, es un correlato proporcional del nivel de retejido incorporado. Lo que dice Rorty es que en algunas ocasiones –como cuando se presenta la ciencia revolucionaria y un nuevo hito o paradigma de significado irrumpe y desafía una parte del entramado existente–, vale la pena empezar a usar el término de «recontextualización»: Cuantos más amplios sean los cambios, más utilidad tendrá la noción de «nuevo contexto».

Este contexto nuevo puede ser una nueva teoría explicativa, una nueva clase de comparación, un nuevo vocabulario descriptivo, una nueva meta privada o política, el último libro que hemos leído, la última persona con la que hemos hablado; las posibilidades son ilimitadas» (Rojas, 2012:146).

Y este es, desde mi punto de vista, el funcionamiento panrelacionista y kuhniiano de la interpretación que realizan los operadores jurídicos.

Conclusión

La práctica de los abogados y los jueces parece desdeñar la posibilidad de ser esencialistas en relación con nuestra profesión. No quiero decir con ello que la pretensión esencialista sea algo así como una enfermedad de la que deben ser acusados cruelmente ciertos teóricos. No creo realmente que ser esencialista sea algo inherentemente bueno o malo. Me limito a afirmar que lo que nuestras dinámicas muestran es más bien un enfoque panrelacionista, que dista de las clásicas explicaciones metafísicas sobre la manera en que debe concebirse y justificarse nuestra disciplina, al menos en lo que tiene que ver con nuestros conceptos de derecho y de interpretación.

Los abogados y los jueces usan diversos conceptos de derecho, y múltiples interpretaciones que son correctos y válidos dependiendo del contexto relacional en que se opere. Esto que es ciertamente una verdad de perogrullo para los abogados que tienen la perspectiva interna del practicante del derecho, vale decir, de quien ha desarrollado la habilidad para interpretar y argumentar dependiendo del contexto operativo, y de manejar múltiples conceptos de derecho (a veces difícilmente intertraducibles), no resulta tan claro para la iusfilosofía cuando se ensaña en seguir generando explicaciones esencialistas que no justifican las prácticas cotidianas que ya de por sí tienen bastante sentido.

Esto tiene que ver, según como veo las cosas, con la misma manera en que entendemos a la filosofía del derecho. Si la concebimos como el espacio en el que tratamos y examinamos un elenco de problemas esenciales y recurrentes, seguirá siendo algo desconcertante, desconectado, y observado con desdén por los abogados corrientes. Si, por el contrario, la entendemos como la justificación de las prácticas que ya tienen sentido para las personas que operan al interior de una disciplina, entonces la filosofía tiene una mayor utilidad.

Ahora bien, el «rostro» de una filosofía jurídica de corte pragmatista no se limitaría a los pequeños trozos de lo dicho en este texto. Lo acá indicado es apenas el inicio de un proyecto mucho mayor, en el que la epistemología planteada en estos justos términos generaría muchos más rendimientos explicativos. Este ejercicio se limitaba exclusivamente al concepto de derecho y al concepto de interpretación, y a la manera en que ellos se relacionan.

Adicionalmente, y como es apenas natural, un ejercicio de tal magnitud es gradual, detallado, y no puede alcanzarse en el espacio reducido de un artículo de por sí ya bastante extenso. Lo que sigue es explorar el tipo de consecuencias que se derivan para la filosofía del derecho después de adoptar el antiesencialismo, el nominalismo y el panrelacionismo en los conceptos de derecho y de interpretación.

Del análisis aquí realizado se desprende una teoría anti-representacionista del conocimiento y una teoría anti-correspondentista de la verdad. Piénsese en las consecuencias para el derecho probatorio o para el derecho constitucional una vez sustraemos las nociones de «representación» o «correspondencia con la realidad» del primero, o de «fundamentación» esencialista de los derechos humanos y fundamentales para el segundo. Sencillamente, un buen número de discusiones se abren a partir de estas conclusiones.

Referencias

- Alexy, R. (2008). «En torno al concepto y la naturaleza del derecho» (C. Bernal Pulido). *El concepto y la naturaleza del derecho*, 73-98.
- Alexy, R. (2008a). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 214. Segunda edición.
- Alexy, R. (2007). *¿Derechos humanos sin metafísica?*.
- Alexy, R. (2005). *La institucionalización de la justicia*. Comares.
- Aristóteles. (s.f.). *Metafísica*. Biblioteca Filosófica. Volumen 10. Madrid: Medina y editores
- Ávila, I. (2005). «Realismo, esencialismo y extensionalismo». En: Hoyos, L. (ed.). *Racionalidad y Relativismo*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Cajas Sarria, M. A. (2010). «El minimalismo judicial de Sunstein: ¿un uso local por la Corte Constitucional?» En Sunstein, C. R. (2010). *Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional*. Universidad Icesi. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

- Corte Constitucional Colombiana, sentencias C-109 de 1995, C-221 de 1997, C-404 de 1998, C-747 de 1999, C-700 de 1999, C-383 de 1999, C-112 de 2001, C-442 de 2001, C-737 de 2001, C-141 de 2001, C-737 de 2001, C-816 de 2004 y C-027 de 2012.
- Guastini, R. (2010). *Nuevos Estudios sobre Interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho, N. 55.
- Hart, H. L. (1998). *El concepto de derecho* (Trad. Genaro Carrió). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kant, I. (2010). *Crítica de la Razón Pura*. Madrid: Editorial Aguilar.
- Kant, I. (1993). *Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Altaya.
- Kelsen, H. (1958). *Teoría general del derecho y del Estado*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Kelsen, H. (1998). *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política N. 11. México: Distribuciones Fontamara, quinta edición.
- Kelsen, H. & Vázquez, E. (1969). *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- Kripke, S. A. & Marqueze, J. R. (2006). *Wittgenstein a propósito de reglas y lenguaje privado: una exposición elemental*. Madrid: Tecnos.
- Laserna, M. (1985). La teoría de la verdad en Kant. *Ideas y Valores*, 34 (66-67), 21-36.
- León Gómez, A. (1995). Lógica y Criterios de Verdad en Kant. *Ideas y Valores*, 34 (66-67), 65-86.
- López Medina, D. E. (2006). *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis Editores.
- López Medina, D. E. (2008). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Universidad de los andes y editorial Temis, 23.
- Marías, J. (1964). *Historia de la Filosofía*. Manuales de la Revista de Occidente.
- Navarro, P. E. & Bouvier, H. (s.f.). Controversias jurídicas y seguimiento de reglas. Disponible en <http://ley.se-todo.com/pravo/316/index.html>.
- Paulson, S. L. (2000). *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Paulson, S. L. (1992). Kelsen's Legal Theory: The Final Round. *Oxford J. Legal Stud.*, 12, 265.

- Peirce, C. S. How to make our ideas clear, *Popular Science Monthly* 12 (January 1878), 286-302. Disponible en: <http://www.peirce.org/writings/p119.html>.
- Peirce, C. S. The Fixation of Belief, *Popular Science Monthly* 12 (November 1877), pp. 1-15. Disponible en <http://www.bocc.ubi.pt/pag/peirce-charles-fixation-belief.pdf>.
- Pérez Lledó, J. A. (2008). *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- Petit, P. (2004). «El consecuencialismo». En: Singer, P. (ed) *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Editorial, 323-336.
- Rachels, J. (2005). «El Subjetivismo». En: Singer, P. (ed). *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Editorial, 581-592.
- Rojas, A. M. (s.f.). *La Filosofía del Derecho de Immanuel Kant*. UNAM. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art8.pdf> pág. 170.
- Rojas, A. M. (2012). *Pragmatismo, Neopragmatismo y sus Rendimientos en Teoría Jurídica*. Disertación Doctoral. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rorty, R. & Sinnot, A. E. (2001). *Contingencia, ironía y solidaridad*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Rorty, R. (1989). Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice, *The S. Cal. L. Rev.*, 63, 1811. En: Brint, M. (1991). *Pragmatism in law and society*. Westview Pr.
- Rorty, R. (2000). *El pragmatismo, una versión: Antiautoritarismo en epistemología y ética*. Barcelona: Ariel.
- Rorty, R. (1996). *Objetividad, relativismo y verdad*. Barcelona: Paidós.
- Searle, J. R. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- Sunstein, C. R. (2010). *Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional*. Universidad Icesi. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- Walter, R. & Borda, L. V. (1999). *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Wittgenstein, L., Suarez, A. G. & Moulines, C. U. (2008). *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica.

Protección Social

05

La reforma pensional y las mujeres: ¿Cuándo será que dejarán de «hacernos el favor»?*

Lina Fernanda Buchely Ibarra

Universidad Icesi | lfbuchely@icesi.edu.co

Maria Victoria Castro Cristancho

Universidad del Norte | mv.castro226@uniandes.edu.co

* Este capítulo es uno de los artículos que aparecen en *Precedente. Revista Jurídica* vol. 2 de 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.18046/prec.v2.1583>, y se reproduce con la autorización de la revista *Precedente* y de las autoras.

Cuando se habla de personas mayores, es muy común que el tema de las pensiones surja como una gran preocupación, y con razón. El sistema pensional colombiano tiene múltiples problemas y aspectos controversiales como son los requisitos relacionados con la edad, las semanas de cotización y la sostenibilidad; sin embargo, el género –como lente– parece pasar desapercibido en las discusiones de política pública y reforma legal (en materia pensional) en nuestro país.

En ese sentido, nuestro capítulo se suma al llamado de atención que las personas viejas hacen sobre la necesidad de involucrar en el análisis el lente del género. Lo anterior teniendo en cuenta que el proceso de envejecimiento y las consecuencias del mismo son diferentes para hombres y mujeres; eso, si se tiene en cuenta que en aspectos como la pensión de vejez hay diferenciaciones desde la misma formulación en las normas.

El objetivo de nuestro texto es proponer un análisis, con perspectiva de género, de la pensión de vejez en el sistema jurídico colombiano. Queremos proponer una lectura del sistema que no se detenga en la declaración de vacíos o falencias de implementación y que, por el contrario, tomándose en serio el derecho, sirva para iluminar –desde una lectura distributiva– quiénes son los ganadores y los perdedores, y por qué, del diseño actual de la pensión de vejez en el sistema jurídico colombiano.

Elegimos como lugar de nuestro análisis el de la pensión de vejez porque en la opinión pública es común encontrar análisis según los cuales las mujeres tenemos una ventaja que ha sido concedida generosamente, y que le cuesta mucho al sistema en términos de sostenibilidad, consistente en la disminución del requisito de edad frente al de los hombres. Dicha percepción de ventaja a favor de las mujeres ha orientado la discusión en materia de reforma pensional a discutir la viabilidad e importancia de equiparar las edades, pero ¿las mujeres realmente gozamos de un beneficio en materia de acceso a la pensión de vejez?

La hipótesis que queremos explorar es que el que tengamos una edad de jubilación más temprana no es un beneficio, no mientras tengamos como requisito adicional cotizar el mismo número de semanas que los hombres para podernos pensionar. Al contrario: tenemos menos tiempo para cotizar el mismo número de semanas, menos tiempo para alcanzar el monto mínimo para acceder a una pensión mínima (en el caso de quienes cotizan en el régimen de ahorro individual) o menos tiempo para sumar cotizaciones de forma que al final nuestra pensión será menor.

Si a eso sumamos otros elementos de análisis como la evidencia que confirma que las mujeres tenemos oportunidades y condiciones laborales inequitativas frente a los hombres o algunos aspectos técnicos del sistema (por ejemplo, la forma en que se calcula el seguro de vida que los cotizantes pagan, que no distingue el sexo del cotizante), entre otros, podríamos incluso proponer que el sistema actual no solo no nos otorga una ventaja sino que genera barreras de acceso invisibles para las mujeres.

Poco se discute cómo estos factores afectan no solo a las mujeres en edad laboral sino también a las mujeres que llegan a la vejez. De ahí que hacer un análisis del sistema pensional colombiano, desde una perspectiva de género que permita develar los aspectos más problemáticos e inequitativos que el sistema impone a las mujeres, sea de la mayor relevancia.

Por último, nuestra visión de la vejez es una que la asume como realidad a la que estamos expuestos desde el nacimiento, es una visión de la vejez como proceso y no como etapa y, en ese sentido, creemos que el capítulo debe servir también para acercar a las personas que aún no están en edad de acceder a una pensión de vejez, a la discusión sobre estas materias.

Género y pensiones en la nueva reforma

El gobierno está en mora de presentar al Congreso la tan anunciada reforma pensional y ya circulan en los diferentes medios de comunicación propuestas, análisis y opiniones desde los diferentes sectores involucrados.¹

Poco se ha hablado de la posibilidad de equiparar la edad de jubilación de hombres y mujeres, y cuando se ha tocado el tema solo se acude al análisis demográfico afirmando que, como las mujeres tenemos mayores esperanzas de vida que los hombres, las edades deberían equipararse. De alguna manera, parece que los analistas asumieran que el hecho de que se consagre una edad de jubilación menor para las mujeres es una acción afirmativa que nos beneficia

1. <http://www.portafolio.co/economia/reforma-pensional-del-gobierno-2>; http://www.eltiempo.com/economia/negocios/mintrabajo-explica-cmo-ser-reforma-pensional_12587244-4; <http://www.mintrabajo.gov.co/pensiones>

y que, dados los avances de la ciencia médica, y los hallazgos en materia de esperanza de vida superior, no vale la pena mantenerla.

Esto se opone a la narrativa de derechos desarrollada por la Corte Constitucional en sentencia C-410 de 1994 del magistrado Carlos Gaviria Díaz, quien aplicando el discurso liberal del principio a la no discriminación, sostiene que las mujeres merecemos una pensión más rápida que compense nuestra constante exposición a una doble jornada causada por el trabajo de cuidado. El mismo modelo de edades diferenciadas por género y en consideración al desgaste del trabajo reproductivo lo tienen países como Argentina, Brasil y Chile.

Si bien ha habido propuestas de acabar con el «favor»² precisamente porque nos perjudica lejos de beneficiarnos, la invitación a pensar y discutir la reforma pensional también con un enfoque de género no ha sido atendida por ninguno de los sectores involucrados hasta el momento. Por esa razón, lo que intentaremos hacer aquí es articular una aproximación preliminar a esa discusión: género y pensiones. Lo haremos aplicando la metodología del análisis distributivo del derecho, como un marco teórico relativamente nuevo que han desarrollado Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo para analizar cómo las mujeres diferentes, con agendas diferentes y posiciones materiales disímiles, ganan y pierden en distintos lugares creados por el derecho (Alviar y Jaramillo, 2012). En concreto, nos dedicaremos a analizar cómo el régimen actual de pensiones hace que las mujeres educadas de clase media «pierdan» respecto a los otros actores del sistema.

El objetivo de análisis distributivo será entonces cuestionar el beneficio de la edad temprana para las mujeres en materia de pensiones. De esta manera, nos concentraremos en evidenciar cómo, más allá de ser un beneficio, el arreglo institucional perjudica a las mujeres educadas de clase media en dos sentidos: **a)** hace que las pensiones sean más esquivas para las mujeres, pese a que nosotras trabajamos más dada la acumulación de los trabajos productivo y reproductivo, fenómeno que se ha conocido en la literatura de género como doble jornada (Arango y Moliner, 2011); **b)** disuade a los empleadores formales de incorporar mujeres trabajadoras a sus instituciones. Ello básicamente porque el «beneficio» de diferenciación de edad, sumado a otras normas que diferencian a la

2. <http://www.lasillavacia.com/elblogueo/blogoeconomia/12457/igualar-la-edad-de-pension-para-hombres-y-mujeres>

trabajadora del trabajador, generan incentivos negativos para incorporación de la mujer al mercado laboral formal y consolidan la vulnerabilidad explotable de las mujeres (Fraser, 1997). Esto sucede porque las políticas sociales dirigidas a regular lo femenino y su articulación con el campo laboral bien nos maternizan al normalizar el vínculo entre mujer y trabajo reproductivo, o bien dejan la informalidad como la única de nuestras opciones para incorporarnos al trabajo productivo.

Con este objetivo en mente, desarrollaremos nueve secciones cortas dentro del artículo. Siguiendo la metodología del análisis distributivo, responderemos a las preguntas:

- ¿Qué es lo que está en juego?
- ¿Quiénes son los actores involucrados?
- ¿Cuáles son los recursos o las habilidades que les permiten a unos imponerse sobre otros?
- ¿Qué manifestaciones/formas tiene el conflicto?
- ¿Cuáles son las reglas jurídicas que se relacionan directamente con la situación en cuestión?
- ¿Qué otras reglas inciden aunque no estén directamente relacionadas?
- ¿En qué sentido los recursos o las habilidades de las partes en conflicto pueden ser resultado de privilegios legales o de derechos?
- ¿Cuáles son los elementos del marco teórico con los que usualmente se interpreta una situación?; ¿cuáles de ellos son obstáculos y cuáles de ellos son útiles para nuevas interpretaciones?
- ¿Cuáles son los cambios en las reglas que llevarían a equilibrios incrementalmente distintos?

Análisis distributivo

Alviar y Jaramillo proponen la metodología del análisis distributivo como una manera de «tomarse en serio el derecho» al ver en él una fuente importante de creación de realidades inequitativas para algunos y ventajosas para otros (Alviar & Jaramillo, 2012). En este sentido, contrario al impulso progresista que insiste en ver el derecho como mecanismo de cambio social, las autoras cuestionan el potencial emancipador del derecho, reconociendo cómo es el derecho mismo el que interviene de manera directa en la reproducción de las rigideces socia-

les, siendo las posibilidades de cambio movidas meramente fugaces. En este sentido, en la presentación del libro *Feminismo y Crítica Jurídica*, realizada el jueves 18 de octubre de 2012, Helena Alviar agregó lo siguiente respecto a los problemas de género que el libro aborda:

El libro propone una aproximación diferente a las interpretaciones tradicionales encaminadas a descifrar las causas de la inequidad de la distribución de recursos entre hombres y mujeres y, en ese sentido, se aparta de dos grandes tipos de explicaciones. Las primeras son las que tienen demasiada fe en una visión instrumentalista y unívoca del derecho, o la idea de que cambiando una norma se cambia la realidad: por ejemplo, que al establecer que a trabajo igual el salario será igual, o que una ley de cuotas será suficiente para que las mujeres estén representadas en los altos cargos del gobierno. Pero también se aparta de quienes piensan que la interpretación no está en el derecho sino exclusivamente en la distribución desigual del poder entre hombre y mujeres (y el derecho refleja los deseos de quienes son los dueños de la sexualidad de las mujeres) o quienes creen que los patrones culturales determinan la discriminación.³

Dentro del primer capítulo del libro, publicado a finales del año 2012, las autoras hacen un esfuerzo importante por teorizar la metodología, formulando preguntas concretas para analizar los conflictos distributivos generados por el derecho. Este capítulo, junto con la cuarta parte del libro «Mujeres, Cortes y Medios» en el que Isabel Cristina Jaramillo y Tatiana Alfonso aplican el análisis distributivo para cuestionar las pretendidas ventajas de la despenalización del aborto para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, sirven de inspiración para esta sección. En adelante aplicaremos las preguntas sugeridas por ellas para guiar el análisis de las pensiones de las mujeres en Colombia.

¿Qué es lo que está en juego?

El régimen de pensiones es percibido normalmente como una manifestación de la seguridad social encaminado a cubrir el riesgo de la vejez para las personas vinculadas con los sectores formales de la economía. En ese sentido, la definición

3. Entrevista realizada por una de las autoras.

del régimen pensional también involucra la renovación de la población laboralmente activa y la definición de los períodos de cambio generacional. Entre muchas otras cosas, los sistemas pensionales son una manifestación de la idea básica de estado de bienestar que pretende distribuir los bienes requeridos para la ciudadanía social por medio del logro del pleno empleo (Esping-Andersen, 2010). Lo anterior implica que la seguridad social es algo que está vinculado necesariamente, por argumentos de sostenibilidad fiscal y desarrollo económico de la manera en cómo se pensaron los fundamentos sociales de las economías postindustriales, a la población trabajadora. Los receptores del «bienestar» del estado y los sujetos de las políticas de aseguramiento frente al riesgo social son los ciudadanos trabajadores, no «todos» los ciudadanos (Esping-Anderson, 2007). Lo que está en juego aquí, entonces, es la seguridad económica en la vejez de la población trabajadora.

Esto implica que el régimen pensional ha sido pensado para asegurar los riesgos de la vejez de los trabajadores vinculados con el sector productivo, ignorando de esta manera el trabajo de cuidado, históricamente asumido por las mujeres (Engels, 1997). Pese a ello, la distribución del trabajo de cuidado es algo que también está en juego en la definición del régimen pensional. Así, esta clase de políticas sociales esconden las reglas de fondo relativas al trabajo de cuidado, que oscurecen la distribución inequitativa que ejerce el Estado frente a la carga de trabajo reproductivo entregado a la mujer (Alviar, 2011; Orloff, 1993; Shamir, 2010). De esta manera, cuando una mujer adquiere la pensión más rápido que un hombre, por ejemplo, o cuando adquiere la pensión con menos dinero que él o cuando una mujer está por fuera del beneficio pensional, esa transacción se ve afectada por las normas de fondo que delegan en la mujer, sin valoración económica, el trabajo de cuidado en el hogar (Benería, 2003 y Waring, 1988).

Pero la invisibilidad del trabajo de cuidado dentro del régimen pensional no es lo único que está en juego para las mujeres dentro de la definición de este arreglo. Las mujeres están afectadas por las regulaciones de la vejez de dos maneras: las personas viejas protegidas son cada vez menos mujeres, pero, todas las personas viejas, en general, siguen siendo atendidas de mayor manera por mujeres (Pineda, 2011). Las proveedoras de servicios de cuidado en la vejez por excelencia son las mujeres, por lo que la definición de lo que las personas viejas reciben afecta de manera indirecta lo que estas pueden reconocerle a aquellas

por su cuidado. Si las personas viejas tienen menos capital disponible, las «reglas de mercado» harán que enfermeras, auxiliares, hermanas, hijas y nietas, entre otras, reciban menos compensación por los años dedicados a cuidar a los adultos mayores (Buchely, 2012).

¿Quiénes son los actores involucrados?

En la primera parte de este artículo decíamos que la discusión en torno al régimen pensional afectaba de manera directa a las mujeres educadas de clases medias. En efecto, el único segmento de mujeres que se afecta o beneficia de manera directa de la definición de cuándo y cómo podemos pensionarnos son las mujeres que efectivamente han logrado integrarse al mercado laboral formal, es decir, las clases medias y medias-altas educadas (Cárdenas et al., 2012; Pineda, 2011).

Pese a ello, las mujeres de las clases bajas, por ejemplo, también resultan perjudicadas por la actual regulación. El aparente «beneficio» de las mujeres con una edad de pensión menor a la de los hombres es interpretado por muchos agentes del sector productivo como un costo. En ese sentido, muchos empleadores siguen pensando que contratar a mujeres les sale más «caro» o representa más problemas, no solo porque tienen que negociar dentro de sus propios hogares la cesión del trabajo reproductivo socialmente asignado al rol femenino, sino porque son «beneficiarias» de figuras como las licencias de maternidad y la edad de pensión temprana.

El conjunto de esos beneficios hacen más costoso el proceso de «formalización» de las mujeres y crean barreras directas para la incorporación de más mujeres al mercado laboral. Por ello, las afectadas por este determinado tipo de arreglos institucionales son las mujeres trabajadoras formales (educadas y de clase media) en un primer nivel, pero también las mujeres trabajadoras informales y las trabajadoras de cuidado, indirectamente. Reformas que hacen «costoso» el trabajo femenino afectan transversalmente a mujeres posicionadas en distintos lugares materiales dentro de la sociedad.

¿Cuáles son los recursos o las habilidades que les permiten a unos imponerse sobre otros?

En el sistema de ahorro individual, el tener una edad de jubilación menor para las mujeres es, de hecho, una desventaja en contra de ellas por varias razones. Primero, se les está negando la posibilidad de ahorrar durante un período más largo de tiempo y de recibir rentabilidades cuando el capital ahorrado es alto. Esto se debe a que en la práctica, se espera que los trabajadores que cumplen edad de jubilación (o la de referencia), le «den espacio a los jóvenes». Además, si un hombre y una mujer se pensionan el mismo día con exactamente la misma edad y el mismo capital, dada la diferencia en expectativa de vida, la mesada de la mujer será mucho menor que la del hombre. Segundo, aumenta la probabilidad de que haya una devolución de fondos, puesto que aporta durante menos años y necesita acumular capital para financiar más años de vida. La diferencia en la edad de pensión es una de las razones por las cuales un número más alto de mujeres que de hombres recibirá de vuelta su dinero, en vez de obtener una pensión. Según Fedesarrollo (2009), «el modelo DNPensión estima que al 54% de las 1.4 millones de mujeres que cotizan activamente (al régimen de ahorro individual) se le devolverán sus fondos, comparado con el 36% de la población masculina en igual situación».

Imaginamos que la diferencia en la edad de jubilación originalmente pretendía beneficiar a las mujeres que interrumpen sus carreras más que los hombres, sobre todo por maternidad. Sin embargo, el aumento sostenido en la participación femenina en las últimas décadas muestra que cada vez menos las mujeres interrumpen por largos períodos sus carreras. Además, la diferencia está siendo muy costosa para la sociedad, y para las mismas mujeres. Por ello, es necesario discutir los méritos que tendría igualar la edad de jubilación entre hombres y mujeres.

¿Qué manifestaciones/formas tiene el conflicto?

Adicional a los temas anteriores, se suma lo que Monge ha denominado como «situación de alerta del bono demográfico». El tema demográfico es vital para

el análisis de cualquier tema relacionado con la pensión de vejez. La «situación de alerta del bono demográfico» que mencionábamos antes significa que hay un aumento paralelo entre la tasa de dependencia demográfica y la tasa de dependencia por mujer fértil (Serrato, 2008:72). Esto implica que existe una sobrecarga de trabajo reproductivo dado que disminuye la población joven pero aumenta la población adulta objeto de cuidado. Esto resulta preocupante porque genera una presión sobre la población laboralmente activa, con el correlativo aumento del trabajo de cuidado derivado de la disminución de la población joven y el aumento progresivo de la población objeto de cuidado. Para los demógrafos esto además resulta preocupante porque disminuye las posibilidades de las mujeres de incursión al mercado laboral, dado que crea una especie de «jaula de cuidado» en la que la crianza de los hijos se seguirá de una presión fuerte frente al acompañamiento de la vejez de los padres, suegros y abuelos (Serrato, 2008: 72).

Es necesario tener en cuenta, además de la estructura demográfica del país, la evolución del mercado laboral y las diferencias que en materia de acceso, permanencia y ascenso ofrece a hombres y mujeres. Baste con recordar que cuando tenemos un trabajo remunerado (porque muchas mujeres trabajan en el hogar o en labores de cuidado no remuneradas) las mujeres somos mayoría en la porción de trabajadores informales y que –dada la discriminación por género en materia salarial– la densidad de nuestras cotizaciones es siempre menor que la de los hombres (igual que la remuneración).⁴

Si a lo anterior sumamos la expectativa de vida superior pero una edad más temprana de jubilación, no podemos obtener otro resultado que menor cobertura del sistema (bien porque no nos pensionamos o porque lo hacemos con un monto inferior), independientemente de si se trata del régimen de prima media o del de ahorro individual.

El que tengamos una edad de jubilación mas temprana no es un beneficio, no mientras tengamos como requisito adicional cotizar el mismo número de semanas que los hombres para podernos pensionar. Al contrario: tenemos menos

4. La brecha, según la primera Encuesta Longitudinal de Colombia, realizada por el Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico (Cede) de la Universidad de los Andes, es del orden del 44% entre el promedio salarial masculino y femenino. <http://www.elespectador.com/impreso/vivir/articulo-288684-amplias-brechas-el-mercado-laboral>

tiempo para cotizar el mismo número de semanas, menos tiempo para alcanzar el monto mínimo para acceder a una pensión (en el caso de quienes cotizan en el régimen de ahorro individual) o menos tiempo para sumar cotizaciones de forma que al final nuestra pensión será menor.

Hay quienes aún piensan que en el régimen de ahorro individual no hay un real problema, precisamente porque las mujeres afiliadas podrían seguir cotizando hasta alcanzar una pensión más alta. Sin embargo, la ley establece que si se trata de un trabajador vinculado mediante contrato laboral, la obligación para el empleador de seguir cotizando solo subsiste hasta los 62 años de edad para los hombres y hasta los 60 años para las mujeres, de forma que podemos seguir cotizando, sí, pero todo por nuestra propia cuenta. Eso sin contar con las políticas frecuentes entre los empleadores para desvincular a las personas que alcancen su edad de jubilación.

El debate debe darse: no se trata necesariamente de equiparar las edades, pero mantenerlas diferentes dejando igual el requisito del número de semanas y obviando el que muchas mujeres trabajan sin remuneración (y sin la correspondiente cotización al sistema) tampoco beneficia,⁵ de ninguna manera, a las mujeres. Reformas que no se planteen seriamente estas cuestiones solo seguirán transitando el camino de pretender que la pobreza de las mujeres es un asunto de subdesarrollo y no de subordinación.

¿Cuáles son las reglas jurídicas que se relacionan directamente con la situación en cuestión?

El sistema actual de pensiones se compone del régimen de prima media, donde las cotizaciones de los trabajadores de hoy se van a pagar las mesadas de los pensionados de hoy, y el de ahorro individual, donde cada trabajador aporta a una cuenta individual. Hay muchos detalles que no desarrollaremos para entender quiénes, llegado el momento, podrán acceder a una pensión. A grandes rasgos, en el sistema de prima media, cuando se cumple la edad de jubilación y

5. Puede ser útil, para ampliar la información el texto «La reforma de pensiones en Colombia y la equidad de género» de Consuelo Uribe Mallarino para la CEPAL disponible en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/11252/lc11787e.pdf>

se cumple un mínimo de semanas cotizadas, se tiene derecho a pensión. Para el sistema de ahorro individual, si bien no hay edad de jubilación, se tiene como referencia la necesaria para clasificar al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; se mide el capital ahorrado, se calcula cuántos años más vivirá la persona, y se determina si tiene suficiente para una pensión mínima o si se le hace una devolución de fondos.

Como lo mencionábamos en la introducción, en el sistema actualmente hay diferencias en la edad de jubilación entre hombres y mujeres. Hasta el 2014, un hombre debe tener 60 años, y una mujer 55, para acceder a pensión; a partir de 2014 la edad de jubilación aumenta a 62 y 57, respectivamente. La edad necesaria para clasificar al Fondo de Garantía de Pensión Mínima es de 62 para hombres y 57 para mujeres. En todos los casos, la diferencia de edades entre hombres y mujeres se mantiene. Aunque las mujeres tienen una menor edad de jubilación, tienen una expectativa de vida que sobrepasa la de los hombres por más de 7 años. Según el Anuario Estadístico de la CEPAL de 2009: la expectativa de vida al nacer entre 2005 y 2010 en Colombia es 69,2 para los hombres y 76,6 para las mujeres.

En el sistema de prima media, la diferencia de edad de jubilación (y demás subsidios) la pagamos todos vía impuestos. Esto contribuye a que el gobierno deba destinar cuantiosos y crecientes recursos a pensiones: 4,5% del PIB en 2008.

¿Qué otras reglas inciden aunque no estén directamente relacionadas?

Que el trabajo productivo sea una especie de «jaula» para las mujeres y que, por lo tanto, el régimen pensional para nosotras sea experimentado como una opción residual o poco representativa para arreglar el problema «de género», está relacionado con varias reglas jurídicas que experimentamos usualmente como diferentes o no conectadas con el problema que estamos abordando. El derecho de familia y el derecho penal son ejemplos de dos paquetes normativos que intervienen en la manera en cómo pensamos la participación laboral de las mujeres en Colombia, pero que usualmente no están en debate cuando discutimos el régimen pensional.

En primer lugar, el derecho de familia y las normas relativas al régimen contractual del matrimonio distribuyen de manera inequitativa las cargas de cuidado. La presunción de la patria potestad en cabeza de la madre en casos de separación es un claro ejemplo de ello: el sistema jurídico materniza a las mujeres naturalizando el vínculo que existe entre nosotros y nuestros hijos.

Segundo, el derecho penal contribuye a la normalización del rol de la madre cuidadora como patrón de lo femenino. La identidad de la mujer que se construye en el derecho penal moderno la victimiza como madre, como esposa, como ama de casa dependiente y desposeída (Abadía, 2011). El derecho penal no está regulando mujeres trabajadoras, cabezas de familia, proveedoras e informales, que son a las mujeres que les importa la reforma del régimen pensional. El derecho penal está regulando, con la potencia del nuevo populismo punitivo, madres y esposas fundamentalmente dependientes, tanto desde los tipos que penalizan el aborto como hasta los delitos sexuales.

De esta manera, las armas del feminismo radical que abusan de la utilización del derecho penal para reivindicar los intereses femeninos han tenido varios efectos negativos para las mujeres (Abadía, 2012). Las normas que castigan de manera impune la violencia intrafamiliar, las que aumentan la pena en casos de violencia contra la mujer o los delitos que las involucran, sin operacionalizar el castigo, han construido un escenario simbólico de agotamiento en los temas de género. Todos pensamos que estamos haciendo demasiado por las mujeres cuando legislamos contra los ataques con ácido, salimos a marchar por sus empalamientos o escribimos sobre las crueldades de la violencia sexual en el conflicto armado. Pese a ello, todos estamos haciendo muy poco por la mujer en lo cotidiano y la vida mundana de la discriminación que nos habla de violencia económica, esclavitud doméstica, acosos laborales y explotación en el marco del trabajo (Alviar & Jaramillo, 2012). De esta manera, regímenes jurídicos paralelos afectan la manera en la que pensamos el tema pensional para las mujeres.

¿En qué sentido los recursos o las habilidades de las partes en conflicto pueden ser resultado de privilegios legales o de derechos?

Es usual escuchar el argumento que señala que las mujeres no estamos conectadas de manera suficiente con el mercado laboral porque bien «tomamos la decisión» de estar en la familia (Olsen, 1983) o bien porque resulta más eficiente para nosotras estar por fuera del mercado (Becker, 1991). Frecuentemente, también escuchamos que no existen mujeres lo suficientemente preparadas para asumir cargos de decisión en la administración pública, cuando de cumplir la ley de cuotas se trata (Jaramillo, 2008). Estos argumentos construyen la certeza social en torno a la eficiencia de los hombres como proveedores, la evidencia empírica de que ellos están más conectados con el mercado que nosotras y la creencia normativa de que es mejor que así sea (Buchely, 2012).

Estos discursos sociales que actúan restringiendo las oportunidades de las mujeres frente al mercado laboral son construidos por el derecho. En este sentido, estar vinculados en mayor medida con el mercado laboral formal y ser el «tipo» o «patrón» del sujeto pensionado para el que el legislador crea políticas públicas (en abstracto dirigidas a hombres, heterosexuales de clase media), es el resultado de que el sistema cree incentivos negativos para la contratación de la mujeres. Estos incentivos negativos son reglas jurídicas: la pensión «temprana», la licencia y el fuero de maternidad son algunas de ellas.

¿Cuáles son los elementos del marco teórico con los que usualmente se interpreta una situación? ¿Cuáles de ellos son obstáculos y cuáles de ellos son útiles para nuevas interpretaciones?

Los retos de las economías posindustriales en contextos capitalistas se concentran con frecuencia en el campo social o la preocupación de los gobiernos por la provisión de unos mínimos materiales que garanticen la capacidad de agencia de los asociados sobre sus propios proyectos de vida (Sen, 1999; Nussbaum,

2011). El derecho a la pensión dentro del marco de una vejez digna es uno de ellos. El conjunto de las políticas de bienestar que normalmente agrupamos bajo la etiqueta del *Welfare State* representa un lugar teórico visible para el análisis pensional, dado que se relaciona con la preocupación por la ciudadanía social o los derechos que completan el ejercicio pleno de la ciudadanía ejercida de manera incompleta con los derechos civiles y políticos (Marshall, 1992) .

Pese a ello, el estado de bienestar no representa un marco de acción unívoco. Las dinámicas de otorgamiento de las provisiones sociales dependerán en mucho de los modelos de desarrollo económico implícitos dentro de la concepción de bienestar de cada estado o bloque regional (Alviar, 2011; Esping-Andersen, 2007). En ese sentido, el autor clásico del bienestar, Gosta Esping-Andersen define tres tipos ideales para el otorgamiento de las provisiones sociales en distintos contextos de desarrollo, tipos ideales que implican distintas combinaciones de la dicotomía estado/mercado en materia de entrega de beneficios sociales a los asociados. El siguiente cuadro resume cada uno de estos esquemas:

TIPOS IDEALES DEL ESTADO DE BIENESTAR (ESPING-ANDERSEN)

Estado - Mercado	Residual (+ Mercado Estado)	Expansivo - Institucional (+Estado Mercado)	
Regulación	Modelo liberal	Modelo conservador	Modelo socialdemócrata
Mecanismo de distribución	MercadoAseguramiento	Esquemas laborales y esquemas familiares	Universalidad
Objetivo	Libre mercado	Orden y tradición	Ciudadanía social
Expansión burocrática	Baja	Tendientemente alta	Alta
Amenaza	Riesgo	Desfamiliarización Descomodificación	Migraciones y globalización (desconfiguración de la ciudadanía)
Ejemplo	Conditional cash transfers	Cajas de compensación	Esquemas de salud universal
Países	EE.UU., Canadá, Australia y U.K.	Austria, Francia, Alemania, Países Bajos e Italia	Países nórdicos Suecia

El cuadro anterior muestra básicamente la variación entre tres modelos de asignación de las provisiones sociales. En el modelo liberal, el bienestar es un recurso más distribuido por el mercado. En el modelo conservador, el bienestar es entregado por medio de esquemas laborales y familiares. Finalmente, en el modelo socialdemócrata el bienestar es distribuido por el Estado de manera universal, dentro de una apuesta excepcional por la construcción de una ciudadanía social (Esping-Anderson, 2007).

Aplicados al ejemplo de las pensiones, el esquema liberal generaría un esquema de protección que cubra el riesgo de la vejez sin seguridad económica por medio de esquemas de aseguramiento completamente privados, en los que el Estado no interviene. El modelo conservador se apuntalaría en la familia y en la regulación especial del contrato de trabajo para hacerle frente al objetivo de la vejez digna. Finalmente, el modelo socialdemócrata implementaría mecanismos de pensiones «universales» ya no solo enfocadas a trabajadores sino a todos los ciudadanos.

Pese a ello, la categoría del estado de bienestar en la propuesta de Esping-Andersen no solo resulta provocadora por las diferencias de protagonismo entre Estado y mercado que propone como marcos de la definición del régimen pensional. Resulta provocadora también por sus silencios y las críticas que estos han generado.

Si bien la crítica liberal ha señalado que una de las virtudes del estado de bienestar es el abandono del sujeto abstracto y la creación de identidades alternativas que responden a necesidades diferenciales y posiciones sociales y económicas distintas (desempleado, empleado, pensionado, trabajador, esposa, hijo de familia) (Alviar 2011), la crítica feminista a la organización de los tipos ideales propuesta por Esping-Andersen ha sugerido que esta forma de conceptualización del bienestar en torno a las transacciones entre regulación y mercado esconde de manera perversa los intercambios implícitos que en materia de bienestar existen entre el Estado, la mujer y la familia (Orloff, 1993; Shamir, 2010; Williams, 1995).

Esto implica entonces que las políticas sociales que cobija el estado de bienestar no son siempre algo que ejecuta el Estado: las mujeres (dentro de los contextos familiares pero no solo dentro de ellos) desarrollan el bienestar como una prestación invisible y perversamente no monetarizable, que es entregada por

fuera de los escenarios de regulación y que altera parcialmente los escenarios de negociación dentro de los hogares y la vida cotidiana de todas las mujeres. En ese sentido, las políticas sociales cambian las relaciones de género y distribuyen inequívocamente el poder entre los beneficiarios (Alviar, 2011; Benería 2003; Waring 1988), dentro de una perspectiva de lectura y análisis de la política pública que no tiene el eco suficiente dentro de los trabajos académicos.

¿Cuáles son los cambios en las reglas que llevarían a equilibrios incrementalmente distintos?

La mayoría de las reformas regulativas miran hacia la socialización del trabajo reproductivo como alternativa frente a la inequidad por género del régimen pensional. En este sentido, dentro de las pensiones se ha hablado de crear mecanismos de ahorro pensional ligados al trabajo de cuidado, descentrando el rol del trabajo productivo para la adquisición de la seguridad económica del adulto mayor (Cárdenas et al., 2012).

Como ya hemos mencionado, la concentración en el trabajo reproductivo es reconocida como una causa importante de la baja frecuencia con la que las mujeres se conectan a los sistemas pensionales asociados a esquemas de trabajo formales. Estando entonces el trabajo de cuidado relacionado con la desventaja femenina, las siguientes son algunas alternativas regulativas importantes para combatir la disociación entre trabajo reproductivo y régimen pensional.

1.

Diseñar cuentas de ahorro familiares y no individuales. La cuenta familiar reconocería tanto a el/la proveedora como a el/la cuidadora dentro del sistema de recaudo. Pese a ello, esta alternativa se limita a los núcleos familiares con al menos un miembro dentro del mercado formal laboral, excluyendo al gran margen de trabajadoras y trabajadores informales. Otras voces dentro de los estudios de género y particularmente las identidades sexuales hetero-normativas han señalado de manera adicional que esta clase de regulaciones naturaliza las uniones familiares, que han resultado ser esquemas por sí mismos excluyentes y perversos (Arango y Moliner, 2011).

2.

Alternativas concentradas en las mujeres cuidadoras se han experimentado en Chile, México y Francia. Estas alterativas regulativas implican generar un sistema paralelo o un régimen pensional especial para las amas de casa en particular y las mujeres dedicadas al trabajo de cuidado en general. Las alternativas de financiamiento van desde la afectación a las cuentas de ahorro individual de el/la proveedora dentro del núcleo familiar hasta la utilización de recursos públicos especiales para compensar el trabajo de estas mujeres. Pese a los beneficios de estas alternativas, el principal incentivo negativo de estas medidas es la disuasión que genere frente a la entrada al mercado laboral de estas mujeres. En concreto, se teme que con medidas como estas se naturalice el vínculo entre mujer y trabajo de cuidado y se incentive que las mujeres se queden en sus hogares, prefiriendo el ejercicio del trabajo reproductivo al productivo.

3.

Promover la adopción de un subsidio pensional por cada hijo que tenga una mujer, medida especialmente favorable para los estratos bajos. Pese a ello, el incentivo perverso asociado a esta medida es la maternalización de la identidad femenina en los estratos bajos y correlativa creación de la «jaula» del trabajo de cuidado de la que hablábamos en el punto anterior.

Referencias

- Abadía, M. Usos y abusos del sistema penal. Su uso como forma de emancipación femenina: un estudio de caso del delito de trata de personas en Colombia. *Revista de Estudios Sociales* No. 42, abril de 2012, pp. 104-117.
- Abadía, M. (2011). *La identidad de la mujer en el derecho penal moderno: El caso del aborto*. Saarbrücken: Editorial Académica Española.
- Alviar-García, H. (2011). «Legal reform, social policy, and gendered redistribution in Colombia: The role of the family.» *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19 (2).
- Alviar, H. & Jaramillo, I. (2012). *Feminismo y Crítica Jurídica*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.

- Arango, L. G. & Moliner, P. (2011). *El trabajo y la ética del cuidado*. Bogotá: La carreta editores.
- Becker, G. (1991). *A treatise on the family*, Cambridge: Harvard University Press.
- Benería, L. (2003). *Gender, Development and Globalization: Economic as if all people mattered*. London: Routledge.
- Buchely, L. El precio de la desigualdad Análisis de la regulación del trabajo doméstico desde el DDL. En *Revista Estudios Socio-Jurídicos. Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario*. Volumen 14. Número 2 (jul-dic 2012).
- Cárdenas, J. et al. (2012). *Mujer y movilidad social, misión de movilidad social y equidad*. Departamento Nacional de Planeación, CEDE - Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico (Economic Development Studies Center) de la Universidad de los Andes y Banco Interamericano de Desarrollo.
- Esping-Andersen, G. (1999). *Social Foundations of Postindustrial Economies*. Oxford: Oxford University Press.
- Fraser, N. (1997). *Justice interruptus: critical reflections on the «postsocialist»*. New York: Condition Routledge.
- Engels, F. (1997). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Bogotá: Editorial los comuneros.
- Jaramillo, I. (2005). Reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia: el caso de la Ley de Cuotas para mujeres en cargos de alto nivel de la Rama Ejecutiva. En: C. Motta y L. Cabal (comp.), *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina* (pp. 59-144). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Red Alas.
- Jaramillo-Sierra, I. C. & AlfonsoSierra, T. A. (2008). *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá: Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores.
- Marshall, T. H. (1992). *Citizenship and Social Class*. Pluto Press.
- Nussbaum, M. (2011). *Creating Capabilities: The Human Development Approach*. Library of Congress Cataloging in Publication Data.
- Orloff, A. (1993). Gender and the social rights of citizenship: The comparative analysis of gender relations and welfare states. *American Sociological Review* 58(3), pp. 303-328.
- Olsen, F. The Family and the market. *Harvard Law Review*, Vol. 96, No. 7 (May, 1983), pp. 1497-1578.

- Serrato, L. (2008). *Conciliación entre vida familiar y vida laboral: el caso del cuidado infantil en Bogotá*. Tesis de grado no publicada para optar al título de Magíster en Administración y Planificación del Desarrollo regional.
- Sen, A. (1999). *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Shamir, H. (2010). *The state of care: Rethinking the distributive effects of familial care policies in liberal welfare states*. Working paper 119. Tel Aviv University Legal Working Paper Series. Tel Aviv: University Law Faculty Papers.
- Waring, M. (1988). *If Women counted - A new Feminist Economics*. New York: Harper Collins Paperback.

06

Apuntes sobre la implementación del concepto de Piso de Protección Social en Colombia*

Mauricio Lenis Gómez

Universidad Icesi | mlenis@icesi.edu.co

* Ponencia publicada en las memorias del VI Congreso Internacional «Nuevos principios de la seguridad social para el siglo XXI», realizado en Bogotá los días 27, 28, 29 y 30 de abril de 2015 por el Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Universidad La Gran Colombia. Este capítulo se publica con el permiso expreso de los titulares.

En este trabajo se revisa el concepto de Piso de Protección Social y se hace un análisis sobre su implementación en Colombia. Este análisis tiene por objetivo contribuir al debate sobre la crisis de los sistemas tradicionales de seguridad social y su reconfiguración hacia verdaderos sistemas integrados de protección social; y también pretende examinar la viabilidad de la implementación del concepto de PPS en Colombia.

La seguridad social es un derecho humano fundamental que ha sido establecido como tal en diferentes disposiciones jurídicas internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su Protocolo de San Salvador, y en diferentes Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, entre otras),¹ así como en gran parte de las Constituciones Políticas de numerosos países. Desde la academia y desde diferentes organismos internacionales se ha realizado un trabajo arduo en el proceso de conceptualización de la seguridad social y de los derechos sociales como derechos humanos fundamentales, en su exigibilidad, monitoreo y justiciabilidad (Abramovich y Courtis, 2004; Arango, 2005; Organización de las Naciones Unidas, ONU; OIT); así como para la recepción de dichos enfoques teóricos en la regulación jurídica de los Estados. Dicho trabajo es de gran relevancia porque la seguridad social en algunos países no era concebida como un derecho de toda la población, sino como una garantía ligada al trabajo formal dependiente. En el caso colombiano, en lo que respecta a este tema, en la expedición de la Constitución Política de 1991, en adelante CP, se definió el Estado como un Estado Social de Derecho, esto es, un Estado comprometido con la garantía y protección de los derechos sociales, económicos y culturales de sus ciudadanos, que acepta la atribución de un carácter subjetivo a los derechos sociales y la protección judicial de dichos derechos (Quintero, 2011).

No obstante, un gran porcentaje de la población mundial² no tiene un acceso y disfrute efectivo al derecho a la seguridad social. Las razones pueden

1. Artículos 22, 23 y 25 de la DUDH; artículo 16 de la DADDH; y artículo 9 del PIDESC. La OIT, por su parte ha proferido varios instrumentos internacionales referentes a la seguridad social. Sin embargo, la norma jurídica marco del derecho a la seguridad social está consagrada en el Convenio No. 102.

2. Según la OIT (2011a), 4 de cada 5 personas no se benefician de un nivel básico de protección social.

ser múltiples. Algunas de ellas tienen relación con las transformaciones en la organización del trabajo en la empresa y en la regulación laboral, que han tenido efectos negativos sobre los sistemas de seguridad social; al ser el trabajo más flexible, precario e inestable, el trabajador queda al margen de la cobertura del sistema de seguridad social (Lenis, 2014). Por su parte, la OIT ha destacado dos razones, en particular, que han tenido incidencia en los bajos niveles de cobertura de los sistemas de seguridad social.³ En primer lugar, existe la idea, principalmente en los países en desarrollo, de la inviabilidad económica para financiar con recursos del Estado un conjunto de garantías de seguridad social mínimas para toda la población, por lo que ha sido admisible la existencia de protecciones diferenciadas entre sectores de la población. En segundo lugar, el concepto de progresividad, que ha servido para que algunos países no avancen lo suficiente en la materialización del derecho a la seguridad social y consideren como válido bajos niveles de protección, los cuales mejorarían cuando existan condiciones económicas favorables para avanzar en las garantías asociadas a dicho derecho.

La anterior situación ha llevado a organismos internacionales como la ONU a insistir en la importancia que tiene para el individuo y para la sociedad el acceso efectivo al derecho a la seguridad social. Por ejemplo, en la Observación General No. 19 (ONU, 2007) sobre la interpretación del artículo 9 del PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales enfatizó que si bien la garantía del derecho a la seguridad social tiene implicaciones económicas para los Estados, la materialización de dicho derecho es fundamental para la dignidad humana. Por su parte, en el informe de Magdalena Sepúlveda Carmona, experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la pobreza extrema (ONU, 2009) se analiza el impacto de los programas de transferencia monetaria en la materialización de los derechos humanos de las personas que se benefician de los mismos y se concluye que si bien dichos programas sirven como medios para la erradicación de la pobreza, no son necesariamente los medios más apropiados para luchar contra la pobreza y la protección de los derechos humanos en todos los contextos. Para la experta, los sistemas de transferencias deben ser solo un componente de las políticas de

3. OIT (2011b).

asistencia social, y deben ser incorporados en los sistemas de protección social, conforme a los marcos internacionales de protección de los derechos humanos.

Por otra parte, en 2009 la ONU adoptó la iniciativa global para la creación de un Piso de Protección Social (en adelante PPS) como una respuesta a los bajos niveles de protección social en algunos países, y a la necesidad de garantizar el acceso a los bienes y servicios esenciales a toda la población; en particular, a la población más pobre y vulnerable. Dicha iniciativa, que ha sido liderada por la OIT y la Organización Mundial de la Salud, implica una extensión de la seguridad social a un mayor número de población, y se ha considerado crucial para lograr las Metas del Milenio.⁴

En este artículo se revisa el concepto de PPS y se hace un análisis sobre su implementación en Colombia. Este análisis tiene por objetivo contribuir al debate sobre la crisis de los sistemas tradicionales de seguridad social y su reconfiguración hacia verdaderos sistemas integrados de protección social; y también pretende examinar la viabilidad de la implementación del concepto de PPS en Colombia, de modo que se garantice a toda la población el acceso efectivo a unas garantías mínimas de seguridad social, en condiciones de calidad y oportunidad.

El enfoque del Piso de Protección Social

En esta parte se revisa brevemente el concepto de PPS, sus características y algunos de los instrumentos internacionales que orientan su implementación.

En el ámbito académico y en el del derecho internacional público se ha venido trabajando en la delimitación o alcances de los conceptos de protección social y seguridad social. Morales (2006) destaca que en ocasiones dichos términos se usan como sinónimos, entendidos como el conjunto integrado de medidas, generalmente de carácter estatal, establecido para afrontar diferentes contingencias que pueden afectar, de manera eventual o permanente, la vida de comunidades e individuos. En otras ocasiones ambos términos se utilizan como

4. Los objetivos del milenio que tienen relación directa con esta iniciativa son: erradicar la pobreza extrema y el hambre; lograr la enseñanza primaria universal; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud sexual y reproductiva o salud materna; combatir el VIH/SIDA.

categorías. Cuando esto ocurre la protección social es la categoría más global y amplia, y la seguridad social, aparece como una especie o subcategoría. Asimismo, Morales destaca que las definiciones consagradas por instituciones como la ONU y la OIT en materia de protección social representan las respuestas de la sociedad a los niveles de riesgo o privación considerados inaceptables e implican un acceso seguro a mecanismos que permitan satisfacer necesidades básicas y ejercer derechos fundamentales tales como el ingreso, medios de vida, empleo, servicios de salud, educación, alimentación y vivienda. En este sentido, el objetivo final de la protección social es aumentar la capacidad y las oportunidades de la población y, por ende, promover el desarrollo humano. Para esta autora, la protección social se diferencia de la seguridad social porque corresponde a un concepto más amplio e integrado que involucra y articula diversos objetivos, valores y políticas, cuyo contenido evoluciona con el progreso social y económico.

Otra definición de interés para los fines del presente trabajo es la realizada por Castel (2004), quien estableció una relación importante entre el Estado social y el concepto de protección social. Según este autor fue el desarrollo o la materialización del Estado social lo que permitió la construcción de protecciones fuertes para el trabajo; y éstas constituyen una «propiedad social» de los trabajadores, que les permite asegurar su propia existencia e interdependencia. Para Castel, la propiedad social es la producción de equivalentes sociales que garantizan a los individuos y trabajadores un mínimo de recursos, oportunidades y derechos para su existencia, y unas condiciones futuras de supervivencia ante una contingencia. Estas protecciones son importantes para enfrentar la inseguridad social, la cual comprende todos aquellos riesgos que podrían degradar el estatus social del individuo, llevándolo a la incapacidad de asegurar su existencia por sí mismo. Una situación de inseguridad social supone quedar a merced del más mínimo azar en el que una enfermedad, un accidente, una interrupción en el trabajo puedan afectar la existencia misma del individuo. Ante la falta de recursos, la persona no sabe que le deparará el futuro y tiene que «vivir el día a día». Para Castel, las sociedades lograron brindar protección social a sus miembros mediante garantías como el salario mínimo, los derechos laborales, los seguros de accidentes, y la pensión de jubilación, entre otros. Pero las transformaciones que se presentaron en las últimas décadas en el campo del trabajo, y que siguen presentándose, cuestionan dichas protecciones. Para

Castel, el estado de la protección social en las últimas décadas no es una ausencia de protección sino que las instituciones se han vuelto frágiles y existe el temor a que cada vez haya menos protección. Esta protección social es un factor fundamental para garantizar la cohesión de una sociedad al mantener un mínimo de solidaridad entre sus miembros. Por ello, ante la fragilidad de las instituciones, las sociedades deberían reconfigurar estos dispositivos de protección social para preservar una sociedad de semejantes, es decir, en la que todos o la mayoría de sus miembros puedan participar de los intercambios sociales.

La OIT (2015) también ha identificado diferentes usos en torno a los conceptos de seguridad social y protección social por parte de los Estados. Estos términos se usan como sinónimos en algunas ocasiones, mientras que en otras se entienden como complementarios. Para la OIT, la seguridad social, en su acepción tradicional, abarca todas las prestaciones en efectivo o en especie que garantizan una protección en caso de falta de ingresos por enfermedad, discapacidad, maternidad, accidentes de trabajo, desempleo, vejez o muerte de un miembro de la familia; o una protección en casos en los que se requiera asistencia médica. Los sistemas de seguridad social suelen incluir un componente de regímenes contributivos (aseguramiento) y otro de regímenes no contributivos (asistencia social). La asistencia social incluye los diferentes tipos de programas sociales que brindan beneficios de seguridad social a personas o familias de bajos ingresos u otros grupos vulnerables. Dichos beneficios pueden ser condicionados (por ejemplo, brindar un apoyo económico por hijo con la condición de que los hijos deben asistir al colegio) o no condicionados. Por su parte, la protección social se refiere a la protección que se proporciona en los casos en que existen riesgos y necesidades sociales. Este concepto suele tener un sentido más amplio que el de seguridad social, e incluir las protecciones que los miembros de una comunidad local se prestan entre sí. En general, para la OIT todo sistema de sistema de protección social o de seguridad social es un sistema de transferencias sociales, monetarias o en especie, de un grupo social a otro (por ejemplo, de la población joven a la personas de edad; de los sanos a los enfermos; o de las personas con recursos financieros a los pobres).

En esta misma vía, y con el fin de aportar soluciones a la crisis de los sistemas tradicionales de seguridad social y su reconfiguración hacia sistemas integrados de protección social, para la OIT el PPS es el desarrollo de políticas coherentes, articuladas y estables de empleo y de seguridad social que garantice a todas

las personas durante su ciclo de vida (niñez, vida adulta y vejez, con atención prioritaria a los grupos más vulnerables) el acceso efectivo a un ingreso (primer componente) y a un conjunto de garantías básicas de seguridad social (segundo componente) en la forma en que están definidos en el ámbito nacional. Estas garantías son el acceso geográfico y financiero a servicios sociales esenciales en salud, agua y saneamiento, educación, alimentación, y vivienda, entre otros. Este conjunto de garantías básicas de seguridad social se considera fundamental para prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social.

El PPS tiene las siguientes características:

- Tiene un carácter promocional y no establece niveles mínimos universales de servicios. Ese mínimo de protección social debe ser definido por cada Estado de acuerdo a las necesidades sociales, a las condiciones económicas, a las políticas fiscales, a los objetivos de desarrollo, y a las políticas sociales existentes encaminadas a la atención de dichas necesidades. En otros términos, el PPS depende de la voluntad política existente por parte de un Estado para atender a las necesidades básicas de su población; en especial de la más vulnerable, por lo que puede variar de un país a otro.
- Desarrolla una extensión de la seguridad social hacia las personas que están por fuera de las protecciones regulares que ofrece dicho sistema. Esta ampliación es tanto horizontal (establecimiento del PPS) como vertical (provisión de mayores niveles de seguridad social).
- Es necesaria su integración con las demás políticas sociales del Estado.

En 2012, la OIT aprobó la Recomendación No. 202 relativa a los Pisos de Protección Social con el fin de proporcionar orientación a los Estados miembros sobre el establecimiento de los PPS como un elemento fundamental de los sistemas nacionales de seguridad social, y poner en práctica dicho enfoque como una estrategia para extender la seguridad social y garantizar niveles más óptimos de protección para el mayor número de población posible. De conformidad con dicha Recomendación, el PPS debe contener por lo menos los siguientes componentes: (a) acceso a un conjunto de bienes y servicios definidos por cada Estado que garantice la atención de salud esencial, incluida la maternidad, que cumpla con criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; (b) seguridad básica del ingreso para los niños que garantice el acceso a la alimentación, educación, y otros servicios necesarios (este ingreso mínimo debería tener relación con el umbral de pobreza de cada país); (c) seguridad básica del ingreso para las personas en edad de trabajar que

no puedan obtener ingresos suficientes, en especial en casos de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez; y (d) seguridad básica del ingreso para los adultos mayores o personas de avanzada edad. Estos ingresos mínimos deben equivaler al nivel mínimo definido en el ámbito nacional.

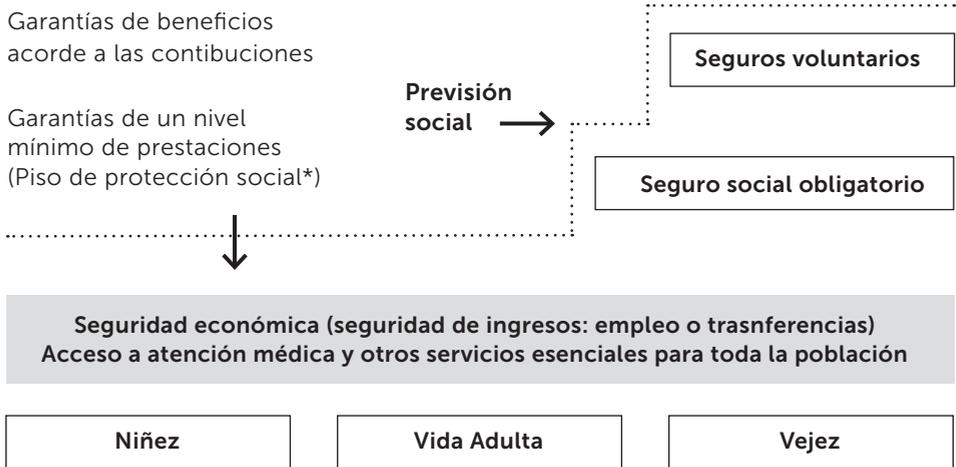
La OIT ha desarrollado la idea de la escalera de la protección social para explicar los diferentes niveles de protección que pueden desarrollarse en un sistema de protección social. El PPS implica precisamente el primer nivel de protección social de la población (garantías básicas para todos). El segundo corresponde a los beneficios de seguridad social definidos en la legislación, a los que tienen derecho las personas afiliadas a regímenes obligatorios de seguros sociales (por lo general financiados con aportes de los empleadores y de los trabajadores). El último nivel está conformado por los beneficios que reciben solo las personas que hacen aportes voluntarios en entidades públicas o privadas que ofrecen algún tipo de beneficios complementarios de protección social (seguros voluntarios). La siguiente gráfica muestra dicha escalera de protección social.

La Recomendación 202 de la OIT también estableció los siguientes principios, entre otros, que deben orientar la creación del PPS: (a) universalidad de la protección basada en la solidaridad social; (b) no discriminación, igualdad de género y capacidad de responder a las necesidades especiales; (c) inclusión social, en particular de las personas que trabajan en la economía informal; (d) progresividad de las prestaciones; (e) respeto de los derechos y de la dignidad de las personas cubiertas por las garantías de seguridad social; (f) solidaridad en la financiación; (g) gestión financiera y administrativa transparente; (h) sostenibilidad financiera, fiscal y económica; (i) coherencia entre las instituciones encargadas de la prestación de servicios de protección social y las políticas sociales, económicas y de empleo; y (j) servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño de los sistemas de seguridad social.

Por último, en la Recomendación No. 202 de 2012 se estableció que los Estados miembros deben considerar los siguientes aspectos, entre otros, al implementar el PPS: (a) las personas que necesiten atención en salud no deberían enfrentar dificultades, ni un riesgo mayor de pobreza debido a las circunstancias financieras del acceso a la atención de salud esencial; (b) la seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad; (c) revisar periódicamente los niveles de las garantías básicas de seguridad social y los objetivos establecidos en otras políticas públicas; y permitir y promover la participación de diferen-

Gráfica 01

Escalera de Protección Social



* Seguridad de ingreso para los niños; asistencia para los desempleados y las personas con escasos recursos financieros; y seguridad de ingreso para las personas de edad avanzada o en situación de discapacidad.

Fuente de la gráfica: OIT

tes actores en el establecimiento y revisión de dichos niveles de garantías; (d) promover el empleo formal y reducir el informal; (e) aplicar las estrategias de extensión de la seguridad social tanto a las personas que forman parte del sector formal como del informal; (f) asegurar la sostenibilidad financiera del PPS teniendo en cuenta la capacidad contributiva de los distintos grupos de la población; (g) solidaridad en la financiación; (h) coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo; servicios públicos de alta calidad; (i) pleno respeto de la negociación colectiva y de libertad sindical para todos los trabajadores; y (j) identificar las lagunas de la protección y tratar de solucionarlas mediante regímenes apropiados y coordinados eficazmente.

En síntesis, el PPS implica una reconfiguración de los sistemas de seguridad social tradicionales toda vez que en diferentes instrumentos o disposiciones jurídicas internacionales ya está consagrado el derecho a unas garantías mínimas de seguridad social. Por ejemplo, el Convenio No. 102 de 1952 de la OIT contiene los parámetros mínimos que deben garantizar los Estados en materia de seguridad social (desempleo, incapacidad, invalidez, vejez y muerte). Pero una de las finalidades primordiales del PPS es promover la extensión de la seguridad social a la mayor parte de la población, y lograr la articulación de todas las políticas sociales del Estado con dicho sistema para construir verdaderos sistemas integrados de protección social. En algunos casos, seguramente hay Estados que ofrecen niveles de protección con algunas garantías mínimas de seguridad social para la mayoría de la población, o programas de atención a la población más vulnerable, equiparables a los fines que persigue el PPS. Pero también hay casos de Estados que no garantizan dichas protecciones mínimas o en los que no hay una extensión de algunas de las protecciones contenidas en el PPS para un sector amplio de la población.

En el punto siguiente se analizará la situación de Colombia en relación con la implementación del PPS.

La implementación del concepto de Piso de Protección Social en Colombia

En esta parte se hacen algunos comentarios acerca de las condiciones existentes para la implementación del concepto de PPS en Colombia. Inicialmente se hace una breve referencia a la situación actual del empleo y del Sistema de Seguridad Social Integral, SSSI, en el país. Esto es relevante porque precisamente es a partir de dicho balance, y particularmente de los aspectos que tienen relación con los componentes del PPS, que se establecen los programas y objetivos para la implementación del primer nivel en la escalera de protección social. Posteriormente, se hará referencia a los retos que debe enfrentar el actual sistema de seguridad social para lograr tal implementación.

La situación actual del empleo y del Sistema de Seguridad Social Colombiano

En esta parte se mencionarán brevemente algunos indicadores claves relacionados con los principales componentes del PPS, los cuales permiten hacer una aproximación a la situación actual del empleo y del SSSI colombiano.

Conforme a la encuesta integrada de hogares del DANE, en materia de empleo la informalidad sigue siendo alta a pesar de los esfuerzos para formalizar el trabajo y mejorar las condiciones de los trabajadores en los últimos años. Entre 1990 y 2006 la informalidad osciló entre el 54% y el 58%. Para finales de 2014 la informalidad se situó en el 48.3% en las principales ciudades y áreas metropolitanas. Por su parte, la tasa de crecimiento del empleo y de desempleo ha mejorado. En el primer caso, después de haber caído en 2006 a 0%, la misma se situó en el 2% para 2014. Por otra parte, la tasa de desempleo, que llegó a estar en el 20% en el año 2000, en 2014 se situó en el 10%; mientras que la tasa de subempleo sigue oscilando alrededor del 30% para 2014. Con respecto a esta última siguen siendo mayores las tasas de empleo inadecuado por ingresos y la de empleo inadecuado por competencias, y ha mejorado la de empleo inadecuado por insuficiencia de horas. En relación con las cotizaciones al SSSI, los resultados muestran que se siguen presentando problemas en la cobertura. En el 2014, el 47.3% de los ocupados en el sector informal en las principales ciudades del país cotizaban a pensiones; y el 92.2% a salud.

En relación con algunos indicadores relacionados con los objetivos del milenio y el SSSI, aunque hay avances importantes en el cumplimiento de los mismos, aún se evidencia la necesidad de fortalecer algunos programas a fin de alcanzar las metas establecidas por el gobierno para el 2015 (DNP, 2013). Por ejemplo, el análisis de la política de salud por parte de la Contraloría General de la República (2014a) evidenció problemas de coordinación entre el nivel central y el nivel territorial, lo cual se refleja en la divergencia en definición de prioridades, y entre la medición y acciones de salud pública realizadas por el nivel territorial, y las trazadas en el Plan Nacional de Desarrollo. Dicha entidad destacó la manera en que muchas de las acciones en salud pública fueron contratadas con personas naturales que no son prestadores de servicios de salud, cuando debieron ser contratadas con Instituciones Prestadoras de Salud

públicas de conformidad con lo establecido en la ley, lo que hizo que no se pudiera hacer un efectivo control de la actividad. El mismo informe mencionó que el 42% de los resultados de la contratación en salud pública no fue recibida directamente por la comunidad y correspondió a «productos indirectos» y el 60% de las problemáticas no fueron atendidas con los productos entregados por la contratación de recursos de salud pública; lo cual implica que las acciones desarrolladas no están atendiendo la totalidad de las necesidades de la población y las problemáticas territoriales. Alrededor del 30% de las problemáticas reportadas por las entidades se mantienen año tras año, pese a los más de dos billones de pesos que se invierten en todo el territorio nacional para atenderlas en cada vigencia. Por otra parte, la política de salud no ha garantizado de forma plena el acceso a los servicios del plan obligatorio de salud unificado para el régimen subsidiado en salud.

El análisis de los indicadores de pobreza por parte de la Contraloría General de la República (2014b) indicó que para 2013, de conformidad con las estadísticas del DANE, el 38% de la población colombiana se encontraba en estado de pobreza por ingresos; el 9,5% en extrema pobreza, y el 22% era pobre por el índice de pobreza multidimensional. Eso significa que a un grupo importante de la población se le está atendiendo con una oferta de bienes y servicios insuficiente, que no facilita la realización plena de los derechos fundamentales básicos; y en particular, de los derechos a la alimentación y a la vivienda, al mayor nivel posible de salud física y mental, y a la educación en los aspectos de formación y habilitación profesional y técnica. La materialización o el acceso efectivo a estos últimos derechos es lo que les permitiría tener más oportunidades de empleo, o acceder a un tipo de formación que permita generar ingresos. El informe también destacó que la política es contradictoria con respecto a los principios fundamentales de los derechos humanos, tales como la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia, la no discriminación y el deber de promover acciones afirmativas que garanticen los derechos de la población, en especial para los sujetos y grupos en situación vulnerable. Esto ocurre porque no se dio prioridad en la oferta a las familias ubicadas en los municipios más pobres, en los cuales hay más demanda; como tampoco a las familias que viven lejos de los centros poblados, a quienes no les llega la oferta. El informe concluyó que no se pudo corroborar que la oferta programática del Estado estuviera diseñada para atender las necesidades específicas

de la población más pobre, y que aún si se hubiera demostrado ello, de nada hubiera servido si los beneficiarios del programa se encuentran con la barrera de las deficiencias de capacidad institucional y desarticulación con el resto de la estrategia. En la evaluación de la política se evidenció la ineficacia e ineficiencia de la estrategia; ineficacia, por cuanto los núcleos familiares que se escogieron por Planeación Nacional para ser promovidos fueron aquellos próximos a cumplir los logros de habitabilidad y generación de ingresos, y aún así el avance hacia la consecución de la meta no fue significativo; ineficiencia porque se encontró que estos núcleos familiares representaban un segmento de la población con capacidad de ingreso, y no obstante eran beneficiarios de la oferta oficial. Por último, el informe destacó la situación de pobreza extrema en ciertos departamentos, como Chocó y Córdoba, en los cuáles en lugar de disminuir la población en pobreza extrema, ésta aumentó.

Lo anterior evidencia que, si bien se han logrado avances en la prestación de servicios básicos para la población (y en algunos casos, para la población más vulnerable), aún un segmento de la población no tiene acceso a dichos servicios; y que algunas políticas públicas tendentes a intervenir en dicha situación son ineficientes y se encuentran desarticuladas de otras políticas o programas que persiguen la misma finalidad.

Las condiciones existentes en Colombia para la implementación del concepto de Piso de Protección social.

En esta parte se hacen algunos comentarios sobre las condiciones existentes en Colombia para la implementación del concepto de PPS. Inicialmente se mencionarán las principales condiciones favorables para dicha implementación; y posteriormente, las condiciones desfavorables, que equivalen a retos que debe afrontar el actual sistema de protección social.

Condiciones favorables para la implementación del Piso de Protección Social

En relación con las condiciones favorables para la implementación del PPS se encuentran las siguientes. En primer lugar, la existencia de un marco favorable al concepto del PPS, como lo es el establecimiento del Estado Social de Derecho en la CP (artículo 1), así como la exigencia de orientar las políticas

públicas hacia la materialización de dicho tipo de Estado (artículo 2). Por otra parte, en la carta fundamental también se estableció el deber del Estado de adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, y de proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en situación de debilidad manifiesta (artículo 13). Asimismo, la Corte Constitucional, organismo encargado de garantizar el cumplimiento de las normas de la CP, ha desarrollado importantes lineamientos con respecto a las políticas públicas de educación, salud y vivienda. En ese sentido, la Corte ha establecido que la educación, la salud y el acceso a una vivienda digna son derechos fundamentales autónomos (T-465-2010; T-56-2011; T-760-2008; T-585-2008; T-544-1999).

En segundo lugar, en los últimos años se han diseñado e implementado varios programas de asistencia o de protección social para la población en diferentes condiciones de vulnerabilidad, tales como Familias en acción,⁵ Seguridad alimentaria y nutrición,⁶ Jóvenes en acción,⁷ Familias en su tierra,⁸ Ingresos para la prosperidad social,⁹ Incentivo a la capacitación para el empleo,¹⁰ y el-

5. Programa de transferencias monetarias condicionadas que busca contribuir a la reducción de la pobreza y la desigualdad de ingresos, a la formación de capital humano, y al mejoramiento de las condiciones de vida de las familias pobres y vulnerables mediante un complemento al ingreso

6. Programa para mejorar el acceso y consumo de los alimentos de las familias mediante la producción de alimentos para el autoconsumo, la promoción de hábitos alimentarios saludables y el uso de alimentos y productos locales.

7. Programa que entrega incentivos económicos para jóvenes en condición de pobreza, con el fin de que dichos incentivos les faciliten continuar estudios técnicos, tecnológicos y profesionales tendentes a mejorar su formación para el trabajo y la generación de ingresos autónomos.

8. Estrategia para implementar medidas rápidas de asistencia y acompañamiento a quienes, tras haber sufrido un desplazamiento como producto del conflicto armado interno, retornaron a sus municipios de origen, o se reubicaron por medio de los programas del Estado dispuestos para ello. Esta estrategia está dirigida a la generación y potenciación de capacidades para el auto sostenimiento en condiciones dignas.

9. Programa que otorga incentivos para que las familias adquieran capacidades y competencias para generar ingresos, desarrollar hábitos laborales y trabajar en equipo.

10. Programa que identifica la demanda de personal de empresas privadas, y a través de alianzas público-privadas facilita la inserción de los más pobres en el mercado laboral. Para

programa Colombia Mayor.¹¹ Recientemente se han implementado iniciativas o programas como Ser pilo paga,¹² 100.000 viviendas gratis, y Mi casa ya. También se han fortalecido las Cajas de Compensación Familiar y los servicios sociales que dichas entidades prestan a sus afiliados. El Ministerio del Trabajo, por su parte, tiene programas como transporte para el empleo, Talentos para el empleo, y 40.000 primeros empleos. Algunos de los anteriores programas ya están implementados y otros están en proceso de implementación.

Durante los últimos años también se han hecho algunos ajustes en materia de seguridad social, con el fin de lograr un mejor funcionamiento del SSSI y una mayor inclusión de la población por parte de éste. En ese sentido se diseñó la estrategia de atención integral a la primera infancia, De cero a siempre. Asimismo, se expidió la ley estatutaria de la salud (ley 1751 de 2015), que tiene entre sus objetivos los de mejorar el acceso a servicios de salud, controlar el precio de los medicamentos, y eliminar trabas administrativas en la prestación de los servicios de urgencias, entre otros. Por otra parte, el Congreso aprobó las figuras de la pensión familiar (para aquellas personas que no reúnen los requisitos individuales para obtener la pensión de sobrevivientes, pero que pueden sumar las semanas de cotización con su cónyuge o compañero permanente para reunir una pensión para ambos), y los Beneficios Periódicos (BEPS). El programa BEPS permite que las personas identificadas en los niveles del SISBEN 1 o 2 puedan hacer unos ahorros individuales para recibir unos ingresos periódicos conforme al ahorro logrado. Finalmente, otro programa que se puede destacar, recientemente aprobado, es el mecanismo de protección al cesante para atenuar efectos del desempleo y facilitar los procesos de reinserción laboral. Entre los beneficios que recibe el cesante está el poder seguir cotizando a salud y pensiones sobre un salario mínimo legal mensual vigente y recibir la cuota monetaria del subsidio familiar, así como también una ayuda adicional,

ello se promueve el proceso formativo de los beneficiarios de acuerdo con las necesidades de las compañías.

11. Programa que busca, por medio de la entrega de un subsidio económico, aumentar la protección a los adultos mayores que se encuentran desamparados, entre los que se encuentran quienes no cuentan con una pensión o viven en la indigencia o en la extrema pobreza.

12. Que ofrece 10.000 becas para estudiantes de estratos 1 y 2, las cuales cubren los costos económicos de su estudio en cualquier universidad que elijan en el país.

equivalente al monto de lo ahorrado voluntariamente (en este último aspecto este mecanismo tiene un funcionamiento similar al subsidio de desempleo establecido en la ley 789 de 2002).

En síntesis, las anteriores medidas evidencian la existencia de políticas públicas que tienen por objetivo lograr una mayor inclusión social y mejorar algunas condiciones en materia de vivienda, educación y salud para las personas con menores recursos financieros. No obstante, algunos de estos programas, como por ejemplo los BEPS, presentan problemas en su concepción. El principal entre estos problemas es que se trata de programas individualizados y no fundamentados en el principio de la solidaridad. En otros casos, la implementación de los programas está desarticulada con objetivos similares de diferentes entidades del Estado. Sin embargo, a pesar de dichos problemas, todas esas iniciativas o programas contribuyen al proceso de materialización del Estado Social de Derecho, y crean un ambiente favorable a la implementación del PPS.

Condiciones desfavorables para la implementación del concepto de Piso de Protección Social

En relación con las condiciones desfavorables para la implementación del PPS, se pueden listar las siguientes. En primer lugar, es preciso considerar las reformas legales en materia de empleo y seguridad social que se llevaron a cabo en Colombia desde la década de los noventa en el siglo XX,¹³ porque a pesar de que dichas reformas tienen aspectos importantes y positivos de protección social, también contienen algunos aspectos que están orientados en sentido contrario a los objetivos del enfoque del PPS. En segundo lugar es necesario tener en cuenta las modificaciones al sistema de transferencias o recursos que cede la Nación a los entes territoriales, así como también las desigualdades regionales con respecto a la prestación de servicios esenciales como educación, salud y vivienda por parte de dichos entes. En tercer lugar, se deben considerar las modificaciones en los requisitos para el acceso a algunas de las prestaciones económicas que ofrece el actual SSSI. Por último, el concepto de protección

13. No se explican en detalle las reformas legales. Para los fines de este trabajo basta la referencia a los aspectos más generales de las mismas y sus efectos. Para una mayor información al respecto puede leerse Lenis: (2007; 2014).

social definido en algunos documentos de políticas públicas en Colombia ha sido objeto de múltiples críticas porque en cierta medida se centra más en el manejo del riesgo y no en ayudar a las personas en condición de vulnerabilidad a superar definitivamente tal condición.

En la década de los noventa en el siglo XX y en la siguiente se consolidaron o fueron más visibles las transformaciones en el campo del trabajo que configuraron un modelo de organización del trabajo en la empresa, basado en criterios de flexibilización, deslocalización, desconcentración, y externalización. Estos cambios tuvieron efectos en las modalidades de empleo, las condiciones laborales de los trabajadores, y los sistemas de seguridad social (Lenis, 2007). El Estado colombiano, al igual que sucedió en otros países del mundo, implementó varias reformas en materia de empleo y de seguridad social con el fin de adaptar la regulación de las relaciones laborales al contexto económico de la época. Con estas reformas se buscaba promover la generación de empleo; mientras que, en lo que respecta a la seguridad social se buscaba mejorar su cobertura, calidad y equidad.

Durante las décadas señaladas, en materia de empleo las principales reformas se realizaron a través de las leyes 50 de 1990 y 789 de 2002. Estas disposiciones jurídicas¹⁴ se dirigieron a desregularizar o flexibilizar los aspectos institucionales que rigen el trabajo, bajo el entendido de que estos creaban costos muy altos y ciertas rigideces que impedían a las empresas generar empleo y ser competitivas. Asimismo, las reformas se dirigían a crear las condiciones para que los trabajadores pudieran asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral, y simultáneamente se socializaran los riesgos que implicaban los cambios económicos y sociales (Lenis, 2007). Como consecuencia de las reformas legales a la regulación laboral, el trabajo informal se amplió y no se logró una mayor extensión de la relación laboral. Por otra parte, los trabajado-

14. Los resultados de las reformas no fueron los esperados. Por el contrario, tuvieron efectos opuestos a los perseguidos, entre los que se cuentan reducción del trabajo dependiente en el sector público y privado, aumento considerable del sector informal y del trabajo independiente, bajo descenso de la tasa de desempleo y aumento de la de subempleo; y en algunos casos, precarización de las relaciones laborales. Dichas reformas también tuvieron efectos negativos en el sistema de seguridad social, entre los que se cuentan la inestabilidad laboral, el contrato a tiempo parcial, y el subempleo dificultaron el acceso a dicho sistema por parte de los trabajadores (Lenis, 2007).

res dependientes del sector formal también fueron afectados porque algunos beneficios laborales fueron eliminados y otros fueron disminuidos. Bien podría afirmarse que, en ese momento, el derecho laboral se situó más del lado de un «derecho para el empleo», que del de un derecho para la protección del trabajo, es decir, las disposiciones jurídicas se utilizaron como instrumentos para la generación de empleo sin importar las condiciones o la calidad del mismo. En cierta forma, ello permitió considerar como admisible empleos precarios o en condiciones inferiores a los estándares o protecciones tradicionales que se derivan del derecho laboral.

En materia de seguridad social también se llevaron a cabo varias reformas legales. Dichas reformas estuvieron enmarcadas por la confianza en el papel del mercado en la economía, el aumento de la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos, y una reconfiguración del papel interventor del Estado. La mayoría de las reformas se fundamentaron en la CP, que consagró la salud como un derecho constitucional y estableció que la seguridad social y la salud son servicios públicos a cargo del Estado, quien debe garantizarlos a todos los ciudadanos de manera conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Estos servicios pueden ser prestados por los particulares en los términos que defina la ley (artículos 48 y 49). La ley 100 de 1993 desarrolló las normas constitucionales relacionadas con los derechos a la seguridad social y a la salud, y creó el SSSI, el cual se organiza a través de tres subsistemas: pensiones, salud y riesgos profesionales; y de otros servicios sociales complementarios, algunos de los cuales son prestados por las Cajas de Compensación Familiar.¹⁵ Dicha ley ha sido reformada o complementada por numerosas disposiciones jurídicas; y principalmente por las leyes 772 de 2002, 789 de 2002, 797 de 2003, 860 de 2003, 1122 de 2007, 1164 de 2007, 1438 de 2011, y 1562 de 2012.

En materia de pensiones, la reforma a la seguridad social permitió la administración de actores privados. Asimismo, la idea de la financiación solidaria del

15. Las Cajas prestan ofrecen subsidios monetarios en dinero o en especie, o prestan diferentes servicios en materia de educación, salud y recreación, ente otros. Estas entidades tienen programas en materia de vivienda (FOVIS), salud (FOSYGA), empleo (FOSFEC, Fondo de solidaridad de fomento al empleo y de protección al cesante, que reemplazó al anterior FONEDE), y niñez y jornada escolar (FONIÑEZ), entre otros. De los recursos que reciben las Cajas de Compensación Familiar, el 75% aproximadamente tiene destinación específica.

sistema de pensiones se combinó con la financiación individualizada, la cual fue posible debido a que se dudaba que fuese posible la viabilidad económica de los sistemas de seguridad social con amplia cobertura basados en la solidaridad. En el sector de la salud, las reformas tuvieron por finalidad resolver los problemas acumulados del Sistema Nacional de Salud, así como otros problemas emergentes, relacionados con los altos costos de la atención médica y la financiación de la salud. Estas reformas posibilitaron la intervención del sector privado en la administración de los servicios de salud, y ampliaron la participación de agentes privados como prestadores de dichos servicios (Lenis, 2014). Entre los aspectos positivos de las reformas a la salud, es pertinente mencionar la ampliación de la cobertura de los servicios de salud, en especial entre la población más pobre, que incluye a los niños, los ancianos y las personas con menor nivel educativo. También la población en general pudo acceder a tratamientos y cirugías de alto costo. Por otra parte, las reformas a la salud implicaron que el sector hospitalario se hiciera más homogéneo, lo que a su vez tendió a hacer que la calidad de la prestación de los servicios fuera más homogénea. Asimismo, el aseguramiento fue importante para los hospitales porque aumentó la afluencia de pacientes y propició su diversificación de servicios.

La ley 100 de 1993 y algunas de sus reformas han sido objeto de múltiples investigaciones y de análisis desde diversas disciplinas. Entre estos trabajos algunos son de especial interés, particularmente aquellos que están relacionados con la concepción de la reforma o sus enfoques ideológicos (Rodríguez, 2005; Bonilla, 2006, 2007), y con los problemas en el funcionamiento del sistema (Bonilla & González, 2006). Por ejemplo, Rodríguez (2005) destaca como la ley 100 de 1993 no se impulsó por el interés en la seguridad social o por la necesidad de luchar contra la exclusión social, sino debido a la preocupación por el desequilibrio en las finanzas públicas, en una época en que se sentía el coletazo de la deuda externa y los efectos de las políticas de ajuste que empezaba a imponer la disciplina fiscal. Según Rodríguez, durante los primeros años de implementación del sistema, los recursos del mismo se dedicaron al financiamiento del déficit fiscal. Asimismo, el principal aspecto que hizo que el sistema implementado por la referida ley no funcionara, fue la falta de concordancia entre el modelo institucional que se adoptó en dicha ley y el régimen de acumulación que informalizó el mercado de trabajo, creó empleos precarios, e

instauró un régimen de bajos salarios, motivo por el que las dificultades para extender la relación salarial impidieron el crecimiento de los regímenes del SSSI.

Por su parte, Bonilla y González (2006) identifican la forma en que el modelo institucional creó nuevos actores y recursos, los cuales cambiaron el funcionamiento del sistema, en el que gran parte de la administración de los diversos componentes está en manos del capital privado, en un contexto en el que el Estado no ha tenido un papel protagónico en la vigilancia y control de la prestación de dicho servicio. En consecuencia, según los autores, el sistema experimentó desde temprano un proceso de monopolización y una fuerte imbricación entre el negocio del aseguramiento y los grupos económicos. Para Bonilla y González (2006), quienes se remiten a los postulados de Adam Smith acerca de la intervención del Estado (Arrow, 1963, 1965 y 1971), hay ciertos bienes públicos a los que no es posible aplicarles la lógica del mercado, como la educación y la salud, porque al introducir los postulados propios de la oferta y de la demanda se introducen los principios de exclusión y rivalidad, y ello no sólo desvirtúa su naturaleza pública sino que también genera problemas que requieren de la intervención del Estado para su solución. Siguiendo esta mismo argumento, conforme a los postulados de Adam Smith (Friedman & Friedman, 2008), es preciso considerar que hay ciertos bienes que generan externalidades positivas que son deseables socialmente, como la salud y la educación, y con respecto a los cuales puede suceder que sus prestadores (supóngase a actores privados) podrían no tener incentivos para proveer la cantidad del bien que es deseable desde el punto de vista social. Esto se debe a que dichos actores solo pueden estar interesados en maximizar su beneficio. De hecho, los autores destacan la manera en que los promotores de la ley 100 de 1993 consideraban que la regulación era indispensable para que los incentivos privados no terminaran ahogando la universalidad y la calidad de la salud. Sin embargo, la lógica privatizadora se impuso, y los mecanismos de regulación no lograron salvar los principios constitutivos de la competencia. Para contrarrestar esto, Bonilla & González (2006) destacan la importancia de frenar la tendencia privatizadora, para lo cual no basta con aumentar el gasto público sobre el privado; es necesario acabar con los incentivos perversos de los intermediarios privados, lo que se logra a través de dos vías. La primera consiste en una verdadera regulación que esté inspirada en los principios de lo público y de la universalidad. La segunda supone una recaptura, por parte del Estado, de las instituciones de la seguridad

social. En este proceso la lógica de la financiación no debe estar marcada por el principio de capacidad de pago. Los autores sugieren que la mejor manera de garantizar la cobertura universal es financiando la salud con la riqueza de la sociedad, es decir, con impuestos.

En general, y a parte de los problemas derivados de la concepción de la reforma al sistema de seguridad social o de sus fundamentos, bien puede afirmarse que uno de los principales problemas de la misma estuvo relacionado con su proceso de implementación. No hubo una adecuada regulación ni articulación entre los actores del sistema por parte del Gobierno Nacional. En materia de salud, por ejemplo, el gobierno se concentró en el aseguramiento y en la optimización de los recursos, y se olvidó de otras acciones, como la salud pública, la promoción y prevención de la salud, y la vigilancia y el control de los actores del sistema. Esto llevó a que algunos de los sistemas creados por la ley 100 de 1993 fallaran, como sucedió con los de información, calidad y acreditación, lo que acrecentó la desconfianza en el sistema. También se produjeron efectos y prácticas contrarias a los fines perseguidos por las reformas, como el hecho de que se facilitó la corrupción y se incrementaron los costos de la atención médica. Algunos actores del SGSSS adquirieron una posición dominante y se evidenció un alto grado de integración entre la administración y la prestación de los servicios en las Empresas Promotoras de Salud con sus propias Instituciones Prestadoras de Salud. Asimismo, algunos actores del sistema llevaron a cabo prácticas que se tradujeron en barreras de acceso a los servicios de salud. Otros, ante la falta de control, actuaron más por criterios o incentivos económicos que con el fin de prestar una adecuada atención médica. En algunos casos la capacidad de pago ha sido un condicionamiento para el acceso efectivo a algunas prestaciones que materializaban el goce pleno del derecho a la salud.

Las modificaciones al régimen general de participaciones y al financiamiento de la prestación los servicios públicos de educación, salud, agua potable y saneamiento ambiental, entre la Nación y los entes territoriales (ley 715 de 2002 y demás normas que la han modificado) se constituyen en otros aspectos desfavorables para la implementación del PPS en Colombia. Estas modificaciones disminuyeron los recursos para el financiamiento de la salud en las regiones. En este mismo sentido, la descentralización de los servicios de salud, que se afianzó con la reforma constitucional de 1986 y el decreto 77 de 1987 (así como con lo contemplado en las reformas legales referidas) evidenció que

había un desbalance muy grande en la capacidad institucional de los entes territoriales para dar respuesta a las necesidades de salud, y para asumir las responsabilidades establecidas en la ley. Por esto los resultados de la salud en las regiones no han sido uniformes y se acentuaron las diferencias en cuanto a la prestación y calidad de los servicios. Algunas desigualdades persisten a pesar de las acciones tendentes a mejorar la prestación de los servicios por parte de los entes territoriales. La descentralización también llevó a que se cancelaran programas de salud pública que eran desarrollados y coordinados verticalmente por el Ministerio de Salud, lo que afectó algunos indicadores de salud pública.

Por otra parte, se han realizado cambios en las reglas de juego o condiciones que definen el acceso a ciertas prestaciones económicas que ofrece el SSSI. En algunos casos estos cambios hacen más difícil el disfrute efectivo de la prestación. Tal fue el caso de la reglamentación para la causación del derecho a la licencia de maternidad (el Decreto 047 de 2000 establece la obligación de cotizar durante todo el período de gestación), la pensión de invalidez (ley 860 de 2003), la pensión de sobrevivientes (ley 797 de 2003), y la pensión de vejez (ley 797 de 2003 y Acto Legislativo 1 de 2005). Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable algunas de dichas modificaciones; y en otros casos, a pesar de estar las normas vigentes, las ha inaplicado en virtud de la figura de excepción de inconstitucionalidad. En esta última situación, los usuarios del SSSI deben interponer, en ocasiones, una acción de tutela para que la entidad de seguridad social correspondiente otorgue la prestación económica conforme al precedente judicial constitucional.

Por último, el concepto de protección social establecido en la ley 789 de 2002 ha sido objeto de múltiples críticas. Dicha ley creó el Sistema de Protección Social, el cual agrupa el conjunto de políticas públicas orientadas a ayudar a las personas a manejar mejor el riesgo (aseguramiento), y a apoyar a los pobres en situación crítica (asistencia social). Dicho sistema, en general, pretendió disminuir la vulnerabilidad y mejorar la calidad de vida, especialmente de los más desprotegidos, para que tengan acceso a la salud, la pensión, y el trabajo. Desafortunadamente, estos objetivos no se han logrado para buena parte de la población vulnerable. Para Morales (2006), las estrategias de protección social instauradas por el gobierno colombiano en 2002 están ligadas al concepto de protección social del Banco Mundial, dentro del marco conceptual del manejo social del riesgo, que comporta una estrategia de política social dirigida a los

pobres. Esto quiere decir que dichas estrategias, más que ayudar a enfrentar riesgos, se proponen reducirlos o mitigarlos. Dicha orientación implica una responsabilidad pública mínima por parte del Estado para enfrentar la pobreza. Para ello el Estado recurre a redes de protección que contraponen las políticas focalizadas a las universales, desestima la solidaridad de la protección, y hace hincapié en la responsabilidad propia o personal para protegerse contra los riesgos. Por otra parte, la protección social debe ser mucho más amplia que la sola garantía de la salud, el trabajo, y la pensión, sin desconocer que ellos son derechos o bienes importantes para los individuos.

En síntesis, los aspectos mencionados anteriormente, que constituyen el marco jurídico vigente con el cual se implementaría el PPS, son condiciones desfavorables para la implementación del mismo, lo que se debe a que algunas de las políticas en materia de empleo y de seguridad social son contrarias a los objetivos de éste. De hecho, las políticas de empleo no se corresponden con la realidad de las dinámicas del mercado laboral colombiano. Tampoco se ha logrado fortalecer la inspección y vigilancia en las relaciones laborales. Las tendencias con respecto a las prácticas de contratación de las empresas (formas contractuales civiles o comerciales) no corresponden con las políticas que incentivan la contratación de servicios a través de formas contractuales laborales (Lenis, 2007). Por otra parte, en materia de seguridad social, varios de los problemas en el funcionamiento del sistema siguen siendo una preocupación legítima. Me refiero principalmente a aspectos tales como la cobertura universal, que aún no se logrado. Asimismo, hay bajos niveles de protección social; el subsistema de salud sigue teniendo problemas financieros, y la capacidad reguladora del Estado sigue siendo débil.

Conclusiones

Un sistema de protección social es el conjunto de prestaciones, recursos y garantías o acceso a algunos derechos tales como salud, educación, vivienda, alimentación e ingreso mínimo, y que permiten a los individuos satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente; o como se indicó en este documento y en términos de Rober Castel (2004), es el mínimo de recursos, oportunidades y derechos que garantiza a los individuos su existencia, las condiciones futuras

de supervivencia ante cualquier contingencia que se le pueda presentar en la vida. Por ello, los derechos vinculados o asociados al sistema de protección social se consideran derechos humanos fundamentales.

El PPS es el marco general de la protección social de un Estado, el cual tiene por finalidad garantizar un ingreso mínimo y seguridad de medios de vida para toda la población durante su ciclo de vida, y en especial para las personas en situación de vulnerabilidad, a través de transferencias monetarias o en especie. La solidaridad debe ser el principio básico de las políticas sociales diseñadas para su implementación. Con el PPS se pretende articular diferentes políticas del Estado en materia de empleo y seguridad social, y una extensión de las garantías que brinda el sistema de seguridad social para lograr mayor cobertura de la población. Expresado en otros términos, el PPS es el conjunto de derechos, servicios e infraestructuras sociales con los que toda persona debería poder contar. Por ello, las prestaciones o beneficios de seguridad social garantizados por el PPS deben ser universales, es decir, para todos. No obstante, podrían existir algunas políticas focalizadas y temporales, orientadas solo a la población más vulnerable y con unos fines muy específicos mientras se logran superar tales condiciones de vulnerabilidad.

La implementación del PPS contribuye a la promoción y respeto de los derechos sociales para toda la población, en la medida en que se debe garantizar acceso a servicios esenciales como salud, educación, y vivienda, entre otros. Ese Estado de bienestar mínimo es fundamental para garantizar, en términos de Castel (2004), una sociedad de semejantes, en la que todos o la mayoría de la población puedan participar de los intercambios sociales. Tal implementación implica un reto para cualquier Estado en la medida que hace necesario revisar estructuralmente los sistemas de seguridad social o de protección social, así como también las políticas públicas de empleo, vivienda, educación, y salud vigentes. Este balance es importante porque contribuye a la reorientación o reformulación de los aspectos que obstaculizan la consecución de las metas el PPS, así como una mejor articulación de todas las políticas sociales.

La situación de Colombia en relación con este enfoque, bien puede afirmarse que en el país existen diferentes políticas públicas o diferentes programas sociales del Estado que tienen una relación directa con algunas de las garantías que configuran el PPS. Pero también puede afirmarse que varios de dichas políticas o programas no tienen una articulación plena o adecuada con el sistema de

protección social o de seguridad social; o por lo menos, tal articulación no es explícita en muchos de los documentos definidores de las políticas sociales; o en la práctica la misma no se logra.

El análisis sobre las condiciones existentes en el país para la implementación del PPS sugiere que es pertinente hacer una revisión de algunos aspectos de la regulación laboral, así como de la concerniente a la seguridad social vigente, para reorientar o reformar algunos aspectos dado el caso de un eventual proceso de implementación del PPS. En materia de empleo, las políticas públicas deberían enfocarse en la protección del trabajo en general; y no dejar, como sucede actualmente, las protecciones principalmente para el trabajo subordinado o dependiente. Por supuesto, habría que revisar cuáles serían esas protecciones mínimas en cada una de las modalidades de trabajo (dependiente, independiente, asociativo y voluntario); y cuáles las protecciones específicas para cada modalidad. También se podrían promover otro tipo de trabajos que tengan beneficios sociales, como por ejemplo la protección del adulto mayor o del medio ambiente, o el reciclaje. En general, la regulación laboral no debería desvincularse del concepto de la calidad de los empleos, y debería existir una fuerte inspección y vigilancia por parte del Estado en el cumplimiento de esa regulación.

En materia de protección social, es preciso seguir trabajando en el diseño de mecanismos que contribuyan al mejor funcionamiento del SSSI. Debe igualmente trabajarse en la reducción de las desigualdades sociales por regiones en materia de prestación de servicios esenciales como salud, educación, y vivienda. Las políticas sociales que se dirijan a esos fines deberían tener continuidad mediante planes decenales o por medio de una planificación de mayor plazo; y El Estado debe articular todas las políticas públicas y programas para lograr una mayor eficacia de las mismas.

En el proceso de implementación del PPS sería muy útil la existencia de planes decenales o de programas de larga duración que sean complementados o mejorados por los diferentes gobiernos, y que no sean regresivos. Cada gobierno debería tener un compromiso con la implementación y el mejoramiento del PPS, a fin de evitar la existencia de planes o programas fragmentados o discontinuos. Es muy conveniente que paralelamente a la implementación del PPS el Estado cuente con otros instrumentos internacionales para mejorar los niveles de protección social, como el Convenio No. 102 de la OIT. Esto último supone la ratificación de dicho convenio.

El Estado debe ser el gran articulador de un Sistema Integrado de Protección Social, lo que implica que debe desarrollar el contenido del derecho a la seguridad social de acuerdo con los estándares normativos internacionales. Asimismo, debe cumplir, a partir de las fuentes internacionales, con las obligaciones generales en materia de derechos sociales, y establecer técnicas de garantía y monitoreo de estos derechos.

Finalmente, no debe olvidarse que las normas jurídicas se construyen y operan en contextos políticos, sociales y económicos determinados, los cuales deben ser identificados en el proceso de implementación del PPS. No se debe asumir una posición fetichista o instrumentalista del derecho, según la cual la norma jurídica cambia por sí misma la realidad. Es preciso considerar dichos contextos y lograr que las normas jurídicas respondan a las realidades y necesidades de regulación social y, además, que sean percibidas por la población como legítimas.

Referencias

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, primera reedición.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis editores S.A., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Arrow, K. (1963). Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care. *American Economic Review*, 53.
- Arrow, K. (1965). Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care: Reply (The Implications of Transaction Costs and Adjustment Lags). *American Economic Review*, (55).
- Arrow, K. (1971). A Utilitarian Approach to the Concept of Equality in Public Expenditure. *Quarterly Journal of Economics*, 85.
- Bonilla González, R. (2007). «Crecimiento, Empleo, Seguridad Social y Pobreza». En: *Bienestar y macroeconomía. Más allá de la retórica*. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Universidad Nacional de Colombia.

- Bonilla González, R. (2006). «La reforma económica: una apertura concentradora». En: Leal Buitrago, F. (ed). *En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Bonilla, E. & González, J. I. (2006). «La privatización concentradora en salud». En: *Crecimiento, equidad y ciudadanía*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Castel, R. (2004). *La inseguridad social: ¿Qué es estar protegido?* (Trad. Viviana Ackerman). Buenos Aires: Editorial Manantial.
- Contraloría General de la República (2014a). *Política pública de salud*. Cuaderno 1. Bogotá: Contraloría General de la República.
- Contraloría General de la República. (2014b). *Política pública Red para la superación de la pobreza*. Bogotá: Contraloría General de la República. Cuaderno 16.
- DNP (2014). *Informe de seguimiento de los objetivos de desarrollo del milenio*. Bogotá: DNP.
- Friedman M. & Friedman, R. (2008). *Libertad de elegir*. España: Gota a Gota Ediciones.
- Guzmán Morales, M. (2004). *La Tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud*. Bogotá D.C.: Defensoría del Pueblo, 2004.
- Lenis Gómez, M. (2014). «La salud en Colombia: entre avances, retrocesos, estancamientos y reformas». En: *Seguridad social. Temas selectos*. Bogotá: Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia y Grupo Editorial Ibañez.
- Lenis Gómez, M. (2007). Transformaciones del trabajo y regulación laboral: 1990-2006. *Precedente. Anuario jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi*.
- Ministerio de la Protección Social de Colombia (2002). *El concepto de la protección social*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social.
- Morales Ramírez, M. A. (2006). Protección social: ¿concepto dinámico?. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Núm. 2, enero-junio.
- Organización de las Naciones Unidas (2007). Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general No. 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9). Ginebra: ONU.

- Organización de las Naciones Unidas (2009). Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Magdalena Sepúlveda Carmona. Ginebra: ONU.
- Organización Internacional del Trabajo (2015). Glosario. En: www.ilo.org. Abril de 2015.
- Organización Internacional del Trabajo (2012). Recomendación relativa a los pisos de nacionales de protección social. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo (2011a). Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa, Ginebra: OIT
- Organización Internacional del Trabajo (2011b). Memorias de la Conferencia Internacional de Trabajo de 2011.
- Quintero Mosquera, D. P. (2011). *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Rodríguez Salazar, O. (2005). «Avatares de la reforma del sistema de seguridad social, ley 100 de 1993». En: *Sistemas de Protección Social: entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social*. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Universidad Nacional de Colombia.

07

El papel del Derecho en el desarrollo económico colombiano*

Diana Patricia Quintero Mosquera

Universidad Icesi | dipaquin@icesi.edu.co

* Este capítulo es uno de los artículos que aparecen en la *Revista de Derecho del Estado*, núm. 16 de 2004. Recuperado de <http://goo.gl/HNksb1>, complementado con un fragmento del artículo que aparece en la *Revista CS*, núm. 1 de 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.18046/recs.i1.403>, y se reproduce con la autorización de la *Revista de Derecho del Estado*, de la *Revista CS* y de la autora.

La discusión sobre el desarrollo y los modelos que se adoptan en su búsqueda ha sido tradicionalmente un asunto de competencia de la economía. Sin embargo, desde hace algo más de una década han surgido fenómenos que demandan un tratamiento interdisciplinario del tema, en especial jurídico y ético. En primer lugar, en latinoamérica se vincula cada vez más el desarrollo a la garantía de los derechos ciudadanos, por parte de los jueces,¹ como aspecto constructor de equidad. De igual manera se lo ata al fortalecimiento de las instituciones, dentro las cuales juega un papel destacado la justicia. Es un hecho la aceptación de que la estabilidad de las disposiciones jurídicas es condición básica para el desarrollo de las naciones. Y no es menos importante el que los modelos de desarrollo económico se concreten en disposiciones de naturaleza jurídica, constitucionales y legales. Por estas razones, el Derecho tiene cada vez más algo que decir sobre el tema objeto de este escrito.²

La cuestión que trataré aquí es el debate en torno al rol que desempeña el Derecho en el desarrollo económico colombiano. Para su tratamiento utilizaré conceptos y un método tomado de la Filosofía Ética y Jurídica. El propósito es exponer el debate, mostrar sus principales falencias, y proponer su abordaje desde un enfoque económico alternativo, que consulte la realidad actual del Derecho. Para alcanzar el propósito presentaré dos enfoques sobre el desarrollo que se disputan la preeminencia en la teoría económica actual: el enfoque del mercado y el de las capacidades. Mostraré los retos que estos enfoques formulan al Derecho en el contexto colombiano actual y expondré las características de la visión del Derecho y de sus fines en ellos supuestos. Finalmente defenderé la necesidad de replantear el debate sobre el desarrollo económico a la luz de las transformaciones experimentadas por el Derecho en Colombia durante las últimas décadas, muchas de ellas producidas a instancia de los ciudadanos. La tesis que defenderé es que si bien los retos suelen presentarse como universales, en realidad son exigencias formuladas al Derecho a partir de un único enfo-

1. La CEPAL señala que el cumplimiento de estos derechos es el marco ético en el cual es concebible el desarrollo (CEPAL, 2002).

2. El profesor de Harvard Alberto Alesina expresó en reciente visita a Colombia la urgencia de reformar el sistema judicial y, en concreto, las competencias de la Corte Constitucional, a fin de evitar su intromisión en cuestiones de índole económica. Ver Periódico El Tiempo, -viernes 13 de febrero de 2001.

que, el del mercado. A partir de éste se le exige al Derecho el establecimiento de la seguridad jurídica en su versión clásica. El enfoque de las capacidades, por otra parte, pone el énfasis en el logro de la seguridad social mediante el Derecho. Sostendré que uno de los principales resultados de los cambios que ha experimentado el Derecho es el desplazamiento de las presiones ciudadanas, desde la seguridad jurídica hacia la seguridad social. No se trata del abandono de la seguridad que proporciona el Derecho, sino de una forma de ampliación del concepto jurídico de seguridad, resultado de las demandas ciudadanas por equidad y justicia social. Estas transformaciones se reflejarían en el derecho positivo colombiano, delineando así un Estado Social y Democrático de Derecho.

Enfoques para abordar el desarrollo

El enfoque del mercado

La teoría de Adam Smith es la primera definición del mercado como mecanismo para organizar las relaciones económicas que se expresan en la sociedad. Para este economista escocés los individuos dan satisfacción a sus necesidades fundamentales mediante el intercambio de bienes y servicios. La imposibilidad física y técnica de producir todos los bienes básicos para el sustento del individuo y de sus familias fue generando la especialización individual en la producción de determinados bienes, cuyo intercambio por dinero permitía la satisfacción de las necesidades restantes. Este proceso permitió la acumulación de dinero y el enriquecimiento de la nación. El deseo de seguridad operaba como motivación para invertir en la propia nación, al estar asegurado el conocimiento de sus leyes. En *La riqueza de las naciones*, Smith considera a la mano invisible como el mejor «mecanismo» para incrementar la riqueza total de la nación (Smith, 1994:402), y en su *Teoría de los sentimientos morales* amplía el alcance de dicha mano: ella misma redistribuye la riqueza entre los distintos sectores de la población (Smith, 1997:333). No basta con incrementar los bienes materiales mediante la búsqueda del propio interés; se requiere además del mercado, mecanismo que extiende a los miembros más desprotegidos de la sociedad el acceso a los bienes básicos para su subsistencia.

La redistribución no es producida por un ente externo como el Estado, sino que es fruto de un proceso «natural» derivado del traspaso de recursos que el mayor consumo de los ricos producía a favor de los pobres. Este mecanismo pervive en cualquier sociedad capitalista y tiende a considerarse como algo autónomo, capaz de generar por sí mismo niveles razonables de crecimiento y, por lo tanto, de desarrollo económico. Los individuos, sobre cuya conducta se centra el análisis de Smith, son considerados seres racionales; aunque no se trata de la racionalidad práctica sino de la racionalidad instrumental; es decir, aquella que permite hacer cálculos medios-fines, dedicados a buscar la satisfacción de sus propios intereses. Al mismo tiempo, estos individuos buscan en los otros el reconocimiento necesario para la configuración de su propia personalidad, y son capaces de experimentar un sentimiento de simpatía por ellos, que opera como móvil de su conducta.

Esta descripción del individuo de Smith no corrió con la misma suerte de su concepto de la mano invisible. Por el contrario, la visión moderna del mercado se funda en la existencia, tomada como dato, de individuos egoístas, insaciables, amorales, incapaces de sentir por los demás individuos algún sentimiento cercano a la simpatía o a la solidaridad. Los individuos se relacionan con los demás desde sus intereses, categoría que ocupa un lugar destacado en el análisis económico. En este panorama, lo que distingue a unos individuos de otros son las preferencias, que son satisfechas mediante relaciones de tipo contractual. El mercado es precisamente esa red de contratos que se establecen con miras a la satisfacción de las preferencias. Sus principios fundamentales son la participación libre y voluntaria de los individuos, la estimulación de una participación efectiva tendente al mayor esfuerzo, la flexibilidad, la autonomía en su funcionamiento, y la eficiencia en el uso de los recursos disponibles.

La explicación económica del surgimiento de las relaciones sociales y del mercado es análoga a la formulación contractualista del surgimiento del aparato estatal. El mercado y el Estado surgen de la voluntad individual de pactar un esquema de cooperación para la protección de la seguridad individual. Pero mientras el mercado opera como un instrumento regulador de la sociedad, el Derecho cumple su papel regulador en el Estado. La separación entre el Estado y la Sociedad, concebida como esencial por los defensores de la autonomía individual, es una tesis que se remonta a las primeras definiciones de la comunidad política como sumatoria de individuos, vinculados entre sí sólo mediante procesos mercantiles

para la satisfacción de sus propias necesidades. Se trata de una forma de enfrentar la cuestión propia de los siglos XVI y XVII, que encuentra un sustento en las teorías políticas de Thomas Hobbes, Emanuel Kant y John Locke.

No es gratuito que la explicación hobbesiana sea adoptada por los teóricos de la economía para dar cuenta del surgimiento de las relaciones de tipo económico y político (Cuevas, 2002:73-78). Para Hobbes, los individuos egoístas requerían de un pacto mediante el cual pudiesen ceder a un soberano sus libertades naturales, a fin de obtener a cambio paz y seguridad. El Estado se constituía así como el aparato necesario para la garantía de la seguridad mediante el Derecho. En términos económicos, se consideraba adecuada la cesión de los propios derechos a un soberano, debido a los beneficios residuales de la seguridad y certidumbre proporcionadas. La diferencia radica en que mientras el mercado suponía la libertad de actuar, el Estado, por el contrario, era el resultado de la renuncia a la propia libertad para el logro de la seguridad.

Los defensores actuales del enfoque del mercado consideran que existe un vínculo indisoluble entre liberalismo y desarrollo de un lado, y entre intervencionismo y atraso, de otro. Según esta forma de ver la cuestión, el desarrollo es el resultado de permitir que el mercado opere sin interferencias externas. En esta situación social los individuos tienen la libertad de pactar intercambios mutuamente provechosos. El Estado, por su parte, brinda la seguridad y certeza suficientes para la protección de la inversión. La propiedad privada, la libertad de empresa, y la libre competencia económica son instituciones que concretan y hacen posible esa libertad individual.

El intervencionismo, de acuerdo con esta perspectiva, ha generado el crecimiento del aparato administrativo y gubernamental como resultado del incremento de las funciones asignadas al Estado. Los exponentes del enfoque del mercado resaltan la necesidad de reducir el tamaño del Estado y alcanzar la eficiencia en el manejo del gasto público, al tiempo que se incrementa la productividad, se logra el crecimiento del PIB y se persigue el fortalecimiento institucional. Cada una de estas medidas permitiría el crecimiento económico, mediante la atracción y mantenimiento de la inversión extranjera, fin último de las políticas económicas.³

3. No es gratuito que la reforma del Estado y la reforma judicial sean los principales temas de la agenda internacional, para los cuales se destinan importantes recursos de entidades

El enfoque de las capacidades

La discusión que dio lugar a este enfoque tiene un origen reactivo, y surgió como respuesta a los problemas no resueltos o incluso generados por el mercado. El propio Adam Smith era sensible a los efectos negativos que éste pudiese producir en las vidas individuales (Sennett, 2000:37-39). Las reflexiones posteriores del filósofo George Hegel contribuyeron a darle forma a las resistencias y sospechas modernas en torno al mercado. La autosuficiencia del mercado y una definición individualista de la comunidad política justificaban, bajo el enfoque anterior, la ausencia de distinción entre Estado y Sociedad. Hegel estableció, por primera vez, una distinción entre los ámbitos del Estado y de la Sociedad.⁴ Distinguir no significaba separar, sino entender que deben ser comprendidos cada uno en su propia lógica. Mientras la Sociedad o sociedad civil era el ámbito de los intereses privados y egoístas, el Estado se caracterizaba por el predominio del interés común o general. Los intereses particulares, como la preservación de la vida, la propiedad, la paz, y la seguridad, no posibilitaban la construcción de lazos fuertes, ni el logro de la convivencia pacífica entre las distintas particularidades o individuos.

Sin duda Hegel comparte la perspectiva de Smith, según la cual los individuos, al perseguir su propio interés, contribuyen sin proponérselo a la satisfacción de las necesidades materiales de otros individuos. El punto que los distancia es que para Hegel el egoísmo extremo, propio de la Sociedad, hacía imperioso el concurso de una fuerza exterior encargada de dirigir las actividades productivas, para asegurar a los individuos más vulnerables o socialmente desfavorecidos la participación en la riqueza global (Hegel, 1987:214-221). Para Smith, en cambio, era más adecuado eximir al soberano del papel de vigilar y dirigir la actividad particular; labor que sólo puede realizar bien la divinidad. La dirección de la actividad económica no debía ser una labor política. Hegel valora el ámbito del mercado tanto como Smith, y reconoce el derecho de los individuos a trabajar y luchar para la satisfacción de sus intereses. Sin embargo, descubre contradicciones en el juego de intereses egoístas que la sociedad civil

como el BID o el Banco Mundial. Esta concepción se encuentra en los planes de desarrollo y las políticas públicas de los gobiernos latinoamericanos.

4. George W.F. Hegel, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Siglo Veinte Editores, Buenos Aires, 1987, págs. 192 a 201.

es incapaz de superar. De allí la necesidad de acudir al Estado como instancia superior correctiva. Las contradicciones obedecen a múltiples factores, pero resulta significativo el lugar que ocupa la miseria material y moral en que se ven sumidos sectores importantes de la sociedad civil, como consecuencia de dejar al libre juego del mercado la satisfacción de las necesidades particulares (Hegel, 1987:218-219).

En la actualidad se ha vuelto un tema común la importancia de ampliar las libertades y capacidades individuales, mediante la acción de un Estado corrector de los problemas del mercado. Hoy en día se reconoce cada vez más que la indiferencia hacia la situación de marginalidad económica, social y cultural de la mayoría de los miembros de la sociedad resulta incompatible con los anhelos de desarrollo económico. A partir de la aparición de las «corrientes de desarrollo humano», el desarrollo social y personal se deja de percibir como un objetivo derivado del crecimiento económico y se autonomiza bajo la forma del «enfoque del desarrollo humano» para la expansión de las libertades de la persona. Ahora la persona es importante por el valor que posee; es valiosa como un fin y no como un medio para la mayor productividad. Las libertades se interpretan como capacidades reales de escoger entre distintas formas de vida posibles. La escogencia supone unas condiciones materiales que liberen al individuo de la zozobra por adquirir los bienes de subsistencia más básicos y le permitan ampliar la esfera de sus necesidades.

Uno de los principales y más destacados exponentes de este enfoque es el economista indio Amartya Sen. A su juicio, la perspectiva del capital humano debe complementarse porque si bien las capacidades productivas son mejorables, los seres humanos son fines y no solamente medios de producción. Este reconocimiento significa que también los modos de vida son mejorables, por lo que resulta deseable la persecución efectiva del desarrollo, entendido como libertad. No se trata de desdeñar la importancia del crecimiento económico, ya que al fin de cuentas las capacidades influyen en la producción de manera indirecta. Se trata de reconocer que el crecimiento económico se integra al proceso de desarrollo como libertad, la cual se define como «la expansión de la capacidad humana para llevar una vida que merezca la pena y más libre»(Sen, 2001:350-353).

Para Sen la preocupación por las posibilidades de los individuos de ampliar sus capacidades, mediante mecanismos como la educación o la intervención

estatal en la corrección del mercado, estaba en la base misma de la construcción teórica del mercado. En este sentido afirma que el propio Adam Smith defendía este enfoque en su obra, porque concebía el desarrollo de las capacidades humanas como una forma de aumentar la productividad y de llevar una vida que valiese realmente la pena. Sen valora el aumento de las capacidades, no sólo en virtud de sí mismas, sino además por sus efectos positivos. La expansión de las capacidades mediante la educación básica, afirma, puede traer cambios sociales valiosos, como el mejoramiento de la vida política o social. La capacidad, en este sentido, sería aquello que los individuos pueden hacer por sí mismos, en condiciones favorables garantizadas por el Estado. Esta interpretación se distingue de las versiones paternalistas, para las cuales el Estado es el directo responsable de otorgar el bienestar material a los individuos.

Una segunda mirada favorable a las capacidades, como forma de alcanzar el desarrollo, es la del premio Nobel de economía Joseph Stiglitz. Este norteamericano, quien explica la perspectiva orientada hacia el mercado a partir de Adam Smith, considera que las externalidades son límites a las posibilidades del desarrollo, que sirven para justificar ciertas intervenciones gubernamentales en la economía. A partir del análisis de las experiencias norteamericana y asiática del este, el Nobel estudia seis funciones del gobierno que, a su juicio, estimularon el desarrollo. Estas funciones son las de promover la educación y la tecnología, apoyar al sector financiero, invertir en infraestructura, prevenir la degradación ambiental, crear y mantener una red de seguridad social. Las seis labores son de promoción y apoyo, y buscan establecer las bases necesarias para el funcionamiento del mercado. Para Stiglitz la infraestructura educativa, tecnológica, financiera, física, ambiental, y social persigue la introducción de correctivos en aquellas situaciones en las cuales los mercados son incompletos o adolecen de imperfecciones significativas en la circulación de la información y en el funcionamiento de la competencia. Las labores educativa y de seguridad social se relacionan directamente con la necesidad social de mejorar las capacidades de las personas, aunque sea en atención al incremento de la productividad de la fuerza de trabajo. Las políticas igualitarias en materia de educación son percibidas como un factor fundamental del paso de economías agrarias a economías de industrialización rápida en el marco del este asiático. Un resultado benéfico de promover la igualdad mediante la educación, y de

mejorar los estándares de vida de los ciudadanos, es la estabilidad política derivada de la legitimidad de los gobernantes.

De todo este estudio se desprende que para Stiglitz no es posible desligar la infraestructura social del crecimiento económico. El incremento de la productividad es una condición básica para el establecimiento o extensión de políticas centradas en la calidad de vida o capacidades de las personas. Esto significa que el crecimiento es una condición necesaria, más no suficiente del desarrollo económico. Éste último requiere una extensión de las capacidades de los ciudadanos. Dicha extensión es producida por el Estado, mediante la construcción de la infraestructura social necesaria.

Otra de las vertientes teóricas que defiende el enfoque de las capacidades es la visión del desarrollo como derecho a un proceso. Para sus defensores sólo es posible alcanzar el desarrollo mediante el fomento o mejora de un mínimo de derechos ciudadanos. Esta defensa del desarrollo como derecho se funda en la importancia de la equidad y en el valor intrínseco y no instrumental que se otorga al desarrollo, entendido como la expansión de las capacidades de las personas. Arjun Sengupta, uno de sus exponentes, hace una presentación clara del enfoque en sus informes ante la Comisión de derechos humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.⁵ En estos escritos el desarrollo se define como «el derecho a un proceso particular de desarrollo en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales».⁶ La definición se refiere a la interdependencia de los derechos y las libertades de los individuos entre sí, y entre ellos y la mejora de la infraestructura financiera, técnica e institucional. En el «vector» de derechos individuales se consagran tanto los civiles y políticos, como las facultades de naturaleza social, económica y cultural. La garantía de los derechos aumenta los niveles de bienestar material, por lo que se plantea desde esta perspectiva la interdependencia de dicho aumento con el incremento del producto interno bruto. Pero el factor de la interdependencia de los derechos entre sí se considera

5. En el cuarto informe el autor retoma aspectos formulados en los primeros tres informes entregados a la comisión. Mientras en estos examina el contenido del derecho al desarrollo, en el cuarto y último informe se refiere a los métodos para su realización.

6. Consultar en [www.unhcr.ch E/CN.4/2002/WG.18/2](http://www.unhcr.ch/E/CN.4/2002/WG.18/2)

en función del carácter finalístico y no instrumental de los derechos. No es posible, para Sengupta, sacrificar algunos derechos para lograr la mejoría de otros; como tampoco es separable la realización de unos del grado de realización de los demás.

Al considerar las demandas ciudadanas como derechos, este enfoque subraya las responsabilidades del Estado como titular de ciertas obligaciones. En términos jurídicos se puede afirmar que son obligaciones de medio y se concretan en la realización de un programa o plan coherente y sostenible, durante un lapso definido. Además, en dicho plan deberían incluirse también obligaciones concretas para sujetos distintos al Estado: las empresas multinacionales, los organismos multilaterales, y la comunidad internacional. Aunque el principal obligado es el Estado, su actuación debe coordinarse en todos los niveles gubernamentales y en el sector público en general. Las obligaciones se presentan por niveles. Mientras en el campo de los derechos civiles y políticos se imputan al Estado obligaciones perfectas de protección y promoción, en el de los derechos sociales las obligaciones serían imperfectas, es decir, de promoción. La distinción viene dada por la posibilidad de reclamar ante las instancias judiciales el incumplimiento de las obligaciones. En este orden de ideas, mientras las obligaciones perfectas pueden ser exigibles ante los jueces, las segundas no contarían con mecanismos judiciales para la garantía de su eficacia.

En todo caso el Estado estaría obligado a respetar los derechos ciudadanos y a crear mecanismos de corte institucional para su realización, como proporcionar bienes y servicios; y a asegurar su protección ante posibles violaciones (Steiner et al., 2008:182,184). Según esta forma de ver el asunto, la centralidad de los derechos es incompatible con medidas de crecimiento contrarias a los fines de equidad y de justicia. El crecimiento económico sólo es concebible en el marco de medidas que liberen a las personas de su condición de vulnerabilidad. Las medidas atacan la pobreza de capacidades, mediante la extensión del acceso a los derechos individuales y sociales fundamentales.

La diferencia más notable entre Stiglitz y Sengupta estriba en el órgano del Estado sobre el que recae la labor de expansión de las capacidades. En la primera exposición, es el gobierno el encargado directo de garantizar la infraestructura básica para el desarrollo humano. En la segunda, es mediante los derechos como se logra este cometido, lo que supone una actuación importante de la justicia, a pesar de la visión restringida de los derechos socio-económicos que se defiende.

Contexto y términos del debate en Colombia

En las últimas décadas de la economía latinoamericana, el desarrollo ha sido una preocupación central de políticos, economistas, gobernantes, y gobernados. En los estudios sobre el desarrollo realizados durante este periodo se percibe una tendencia fuerte a considerar la estabilidad macroeconómica, el aumento del ahorro y la inversión, el ajuste fiscal y medidas similares, como condiciones necesarias del crecimiento económico y del consiguiente desarrollo (Kalmanovitz , 2002); en periodos como los años ochenta se percibían incluso como condiciones suficientes del mismo. Durante la década de los noventa se empezó a tomar en consideración la importancia del fortalecimiento institucional en los terrenos macro político y jurídico. Cada vez se hicieron más frecuentes las voces que clamaban por una mayor democratización política y por la realización de reformas jurídicas. Estos reclamos se percibían como básicos al propósito de garantizar aquello que las políticas macroeconómicas no habían logrado por sí solas.

La extensión de la consideración sobre las fallas del mercado puso de manifiesto el papel que debía concederse, en el contexto latinoamericano, a la debilidad de los sistemas políticos y de las instituciones jurídicas. De esta forma se estableció como condición esencial del desarrollo la mayor democratización política, el fortalecimiento de la justicia, y la construcción de una situación jurídica caracterizada por la previsibilidad y certeza de las normas en que se desenvuelve el mercado.

En el marco arriba descrito Colombia ha buscado avanzar en el fortalecimiento institucional. Después de iniciado un proceso de negociación política con grupos al margen de la ley, el país aprovechó una coyuntura relativamente favorable a la discusión tolerante de cuestiones políticas, la cual coincidió con el deseo gubernamental de avanzar hacia una economía abierta a la competencia global. Resultado de este proceso fue la expedición de una Constitución política que en su momento fue percibida como expresión de la apertura político-económica producida durante la década de los noventa. En la medida en que dicha Constitución fue el resultado de algunos acuerdos en torno al individualismo imperante, se produjo una ampliación de los derechos de los individuos, y se concibió un marco organizativo propicio para su desarrollo y protección efectiva. Fue así como se fortaleció el núcleo liberal, representado

por los postulados básicos del *laissez faire*. Las fuerzas políticas defensoras de la ideología social demócrata aceptaron la victoria liberal, con la condición de definir al Estado bajo la forma social, y de establecer un listado de derechos de naturaleza social, económica y cultural. El triunfo social demócrata se tradujo en la definición constitucional del intervencionismo estatal, anclado en fines correctivos de tipo social, y en la extensión al ámbito privado de los principios de solidaridad y equidad. El acuerdo sobre estos aspectos fue sin duda puramente formal, tal como expresara el propio ex-presidente César Gaviria en el momento de instalación de la Asamblea Nacional Constituyente al definir el carácter programático, y en esa medida de realización progresiva, de los principios de naturaleza social.

Ante la ausencia de un modelo de desarrollo económico hegemónico, los constituyentes consagraron un modelo mixto, al que se llegó como resultado de acuerdos reales, y en algunos casos puramente formales, entre las fuerzas políticas y sociales presentes en dicha Asamblea. En la Constitución colombiana, según algunos expertos, coinciden al menos dos modelos económicos que resulta difícil hacer compatibles entre sí. Ambos modelos compartirían la creencia de que el desarrollo es el fin último de la regulación económica, pero se distancian en la forma en que pretenden alcanzarlo. Para el modelo liberal, sin arreglos institucionales favorables a la eficiencia económica el país no logrará el crecimiento requerido para la estabilidad macroeconómica. Los principios constitucionales consagrados en la Constitución para el logro de dicho crecimiento son la garantía de la libertad económica y la iniciativa privada, la promoción de un mercado libre de distorsiones, el estímulo a la productividad y la competitividad, la democratización del crédito, la prohibición de los monopolios privados, y la protección de la propiedad privada. Para el modelo intervencionista, las instituciones políticas y jurídicas deben concretar los deberes cívicos de solidaridad y equidad. Los deberes se expresan en principios constitucionales de tipo intervencionista, entre los que se cuentan la asignación de una función social y ecológica a la propiedad privada, la planificación económica y del presupuesto, la protección al trabajo, la búsqueda de la calidad de bienes y servicios prestados a la comunidad, la efectividad de los derechos fundamentales de naturaleza socio económica, la protección de los recursos naturales y del ambiente sano, el desarrollo sostenible, la distribución

equitativa de oportunidades, y el compromiso estatal con la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas de los ciudadanos.

La coexistencia de estos modelos a lo largo de la última década no ha estado exenta de tensiones, que se han expresado en diferentes niveles. La primera tensión, en orden de importancia, se ha vivido en la vida política del país, y en ella se han visto involucrados de manera directa gobernantes, legisladores, y representantes gremiales. Estas tensiones se concretan en disposiciones jurídicas en ocasiones contradictorias. Gran parte de nuestra legislación sobre seguridad social, régimen pensional, laboral y tributario ofrece ejemplos significativos de este fenómeno.

La segunda tensión tiene lugar en el terreno de los principios y derechos que merecen desarrollo y protección por su carácter fundamental; y sus principales protagonistas han sido los jueces constitucionales, los ciudadanos, y los encargados de trazar las políticas macroeconómicas. Tanto economistas como juristas suelen plantear en términos antitéticos la relación entre el garantismo constitucional y la eficiencia económica. Esta forma de ver el asunto se ha puesto de manifiesto en diversos momentos de las últimas décadas, y ha generado una corriente judicial de añoranza de la Constitución de 1886, motivada por el carácter más «seguro» del marco jurídico por ella impuesto. En las orillas económicas se ha planteado una corriente de oposición a la satisfacción judicial de las necesidades básicas de los ciudadanos,⁷ la cual es considerada una intromisión ilegítima de los jueces en la dirección económica, y por tanto en las competencias del gobierno y del Banco de la República. Para el economista Salomón Kalmanovitz, por ejemplo, el intervencionismo estatal en Latinoamérica ha sido una de las causas del colapso de las economías y del incremento de la miseria y el atraso. El despilfarro reinante en el sector público, debido a la acción de burocracias corruptas, habría sido un freno al desarrollo. Además, a su juicio, la Corte Constitucional mediante los fallos de naturaleza económica contribuye a acentuar dicho proceso. Sobre este último punto se han producido un número considerable de documentos críticos del papel de la Corte Constitucional, entre los cuales se destacan las afirmaciones

7. Una de las críticas más duras a la satisfacción jurídica de las necesidades materiales es formulada por Kalmanovitz (2002).

del economista Sergio Clavijo: «No sólo por el respeto a la separación de poderes, sino porque es lo que le conviene al crecimiento de largo plazo del país, concluimos que deberían primar (...) los arreglos institucionales a través de los cuales las discrepancias en materia económica se dirimen, por excelencia, en el Congreso de la República»(Clavijo, 2001:30).

El Derecho como factor de perturbación del mercado

Debido a las tensiones descritas, no es extraño encontrar que se culpe al Derecho de los tropiezos que ha sufrido el crecimiento económico en el contexto colombiano a lo largo de los últimos años de vida institucional. En este sentido se suele afirmar que la ambigua definición constitucional del modelo económico ha minado las posibilidades de mantener el país en condiciones estables. Incluso se extiende el señalamiento a instituciones como la justicia, cuyos fallos de tipo económico, en particular de la Corte Constitucional, serían un elemento perturbador que frena el crecimiento económico y el desarrollo.

Es un lugar común la afirmación de que la inestabilidad jurídica imperante en Colombia, entendida como la ausencia de certeza y previsibilidad de las disposiciones, frena el desarrollo, porque impide el funcionamiento eficiente y sin traumatismos del mercado (véase Pérez-Salazar, 2003). Lo relevante del Derecho es su contenido normativo, al que se asigna un valor instrumental en la medida en que el desarrollo económico requiere de la construcción de un marco institucional, jurídico y político, estable y previsible.⁸ La principal función del Derecho es entonces la garantía de la seguridad jurídica, exigencia que no lograría ser cumplida por el derecho colombiano.

Esta percepción del Derecho como un obstáculo para el desarrollo económico lo debilita, y agrava una situación ya difícil por la ausencia entre nosotros de una tradición jurídica capaz de plantear el asunto en sus propios términos, y

8. Sobre el particular señala Fernando Carrillo Flores: «para la progresiva construcción de ese marco institucional en favor del desarrollo es necesario poner en marcha programas y acciones de reforma tanto en los ámbitos legislativo como judicial y ejecutivo. En la reforma de los sistemas de justicia deben apuntarse en primera instancia a aquellos procesos y jurisdicciones con impacto directo sobre la seguridad jurídica económica, es decir, a la disminución de los costos de transacción y a la creación de un adecuado sistema de incentivos» (Carrillo, 2000:11).

de examinarlo con sus métodos. La fuerza con que son planteadas estas críticas en los debates académicos y en los medios de comunicación pone al Derecho en una situación aun más delicada para dar cuenta de su compromiso con el desarrollo.

En los debates reseñados hasta ahora no se enfatiza de manera suficiente el hecho de que las críticas al Derecho se formulan desde uno de los enfoques económicos posibles, que es el enfoque del mercado. Desde el enfoque de las capacidades, por el contrario, el Derecho enfrenta retos que desbordan la garantía de la simple seguridad jurídica. Tampoco se mencionan ni son tomadas en cuenta las transformaciones que experimenta el saber jurídico, en el ámbito colombiano, en lo que respecta a su estructura y funcionamiento. Un análisis serio debe tomar en cuenta las funciones que le asignan los ciudadanos al Derecho, las cuales hace un par de décadas desbordan la función del control social en sentido clásico.

Replanteamiento del debate ante los cambios del Derecho

En el mercado como esquema fundamental de cooperación social, las preferencias y los intereses son categorías centrales que articulan a su alrededor las relaciones sociales; mientras que la noción de necesidades es prácticamente inexistente. Este hecho muestra la perspectiva unidimensional con que se aborda a la persona desde este enfoque: la de individuo racional, autointeresado, dedicado a la satisfacción de sus preferencias. Los sujetos de necesidades no son categorías relevantes, y tampoco existen los ciudadanos, es decir, los miembros de la comunidad política ligados a los demás por la vida en común, regulada mediante disposiciones jurídicas. Bajo esta mirada, para el Derecho sólo resultan relevantes los individuos autointeresados, vinculados entre ellos por arreglos contractuales para la satisfacción de sus preferencias.

El Estado establecido mediante el pacto o contrato es un Estado de Derecho, organización política estructurada alrededor del principio de legalidad en términos formales. En este contexto la legalidad es una forma que puede ser satisfecha con cualquier contenido. El Derecho es para esta visión económica clásica el principal instrumento del Estado en el mantenimiento de la seguridad necesaria al desempeño no traumático del mercado. Desde esta perspectiva

resulta explicable el que se considere a las externalidades como problema de los mercados. Dichas externalidades equivalen a las relaciones entre agentes no mediados por un acuerdo o contrato, de las cuales son ejemplos la presencia de bienes públicos, los costos de transacción, y la equidad.

La seguridad jurídica reclamada por el mercado coincide con la forma construida por la Filosofía del Derecho de comienzos del siglo XX. Gustav Radbruch, en un texto clásico (véase: Radbruch, 1951), la distinguía de la seguridad por medio del Derecho – es decir, la forma como el Derecho garantiza o protege la vida personal de sus destinatarios. La realización de la seguridad jurídica exigía las siguientes condiciones de su contenido: que sea positivo, es decir, estatuido en leyes; que sea seguro, basado en hechos y no en los juicios de valor del juez; que estos hechos sean practicables, o sea, que puedan establecerse con el menor margen de error posible; y que no se halle expuesto a cambios demasiado frecuentes, ni a merced de una legislación incidental que otorgue a cada caso concreto la forma de una ley.

Lo interesante de la perspectiva de Radbruch es su actualidad, dado al abandono del tema en la literatura *iusfilosófica* de entreguerras y de finales de la segunda guerra mundial. Las definiciones clásicas de seguridad jurídica se refieren así a la certeza o previsibilidad otorgada por el derecho positivo. La exigencia de positividad, aunque ampliamente aceptada, ha suscitado algunas reacciones de rechazo entre quienes consideran este ideal como el sustento del positivismo formalista. Las críticas provienen de las corrientes antiformalistas o postpositivistas, y aunque se formulan de diferentes maneras, tienen en común la pretensión de desligar la seguridad jurídica de la simple legalidad formal o positividad. Rogelio Pérez Perdomo no duda en calificar a la seguridad jurídica como uno de los valores encubiertos del formalismo jurídico (Véase: Pérez, 1978); el cual se presenta falsamente como neutral con respecto a los diferentes sistemas económicos existentes.

Otra crítica referida al vínculo entre seguridad jurídica y formalismo la enuncia Elías Díaz, para quien la seguridad trasciende la simple legalidad (Véase: Díaz, 1984). Si bien la seguridad en un primer nivel, en oposición a la arbitrariedad del poder, es sinónimo de certeza, en un nivel superior es la exigencia de que la legalidad realice cierta legitimidad. A su juicio, sería un sistema de valores centrado en los derechos y libertades fundamentales lo que constituiría la garantía de esta legitimidad. Poner el énfasis en la exigencia de

positividad puede ser la causa de que llamemos seguridad jurídica a la certeza ordenadora que produce un ordenamiento positivo cuyo contenido sea percibido por sus destinatarios como arbitrario o injusto. La corrección incluida por el profesor Díaz intenta resolver la vieja tensión entre seguridad y justicia, al incluir una concepción de la justicia basada en derechos incluidos en el listado de exigencias de la seguridad jurídica. Y al hacer esto abre la puerta al debate sobre el papel de los jueces (garantes naturales de los derechos fundamentales) en el mantenimiento de la certeza ordenadora que cumple el Derecho. El poder judicial, nos dice, constituye el más firme apoyo y la respuesta última para la seguridad jurídica.

La exigencia de operatividad es la menos cuestionada. No obstante, el propio Radbruch al formularla precisa uno de sus límites en los siguientes términos: en ocasiones deben suplirse los hechos verdaderamente buscados por síntomas exteriores. Verbigracia, la capacidad no descansa en la madurez interior (hecho buscado sobre cuyas causas y síntomas discuten ampliamente especialistas en desarrollo humano) sino en un límite legal. Este carácter practicable de las situaciones de hecho jurídicamente relevantes es aceptado por Antonio Pérez Luño, quien se ha caracterizado por ser un crítico de la concepción tradicional. Para él, la seguridad jurídica cuenta con dos exigencias básicas; la corrección estructural, en virtud de la cual el orden jurídico establece un sistema de fuentes y un orden de prelación o jerarquía entre las mismas. Y como segunda exigencia aparece la corrección funcional, o la garantía del cumplimiento de este orden jurídico por parte de sus destinatarios. Al respecto, el autor afirma que se trata de un requisito que asegura cierta eficacia en la aplicación de la ley, tanto por los funcionarios administrativos como judiciales (Pérez-Luño, 1994:22-27).

Por último, la exigencia de invariabilidad del Derecho se refiere al carácter permanente o durable de su contenido. Esta exigencia parte de la convicción de que si el Derecho no es predecible deja de cumplir las funciones ordenadora y pacificadora de la sociedad. El ideal que se defiende fue expresado con claridad por José Ortega y Gasset, en su interpretación de la historia universal, en los siguientes términos: «el reformismo del derecho al hacerlo inestable y mudadizo lo ha estrangulado» (Ortega y Gasset, 1983:227). Pero la crítica en este punto no es menos significativa que en los anteriores. El derecho positivo habría perdido con el paso del tiempo la posibilidad de mantenerse inflexible a los cambios sociales.

En la actualidad se cuestiona el mito del legislador racional, sabio y legítimo, y se denuncia la inflación legislativa como un fenómeno que hace difícil mantener la coherencia y previsibilidad del sistema. El profesor Eduardo García de Enterría se refiere al surgimiento de dos fenómenos que afectaron gravemente la situación privilegiada de la ley como fuente de derecho, sobre la cual se fundaba la demanda de invariabilidad. El primero es el carácter supremo de la Constitución, y el segundo es la pérdida de legitimidad del poder legislativo. Sobre este punto afirma que:

Este poder, dominado por los partidos y escenario de sus luchas, ha dejado de ser el depositario indiscutido y seguro de una voluntad nacional común y ha sido preciso situar a su lado otra expresión superior del verdadero pacto social básico, receptor y regulador de los verdaderos valores superiores en que una comunidad se funda, es decir el tribunal constitucional (García de Enterría, 1999:42).

Todas las exigencias de la seguridad jurídica parten de la supuesta coincidencia entre el derecho objetivo y el derecho estatal, razón por la cual otorgan valor de fuente primaria, casi única, a la ley positiva. También suponen que la ley se agota en el grafismo o texto escrito, y que por encima de ella no existe voluntad alguna. La ley es el resultado de la concentración del poder en un sector determinado, el legislador, por periodos de tiempo considerables. La previsibilidad de sus decisiones reclama de los intérpretes y aplicadores de la ley un consenso en torno al sentido de las leyes. Esto supone en primer lugar que las palabras de las leyes están exentas de indeterminación, ambigüedad y vaguedad; y en segundo lugar, que dichos intérpretes y aplicadores son siervos de la voluntad del legislador, y que en ningún caso crean Derecho.

Las perspectivas clásicas descritas hasta aquí tienen como límite el no poder dar cuenta de las transformaciones estructurales y funcionales que viene experimentando el Derecho desde comienzos de los años 90 en Colombia. Estas transformaciones son el resultado de la incorporación de elementos de la cultura jurídica anglosajona a nuestra cultura, en el marco del proceso de globalización, entre las que se incluye la revalorización del precedente como fuente de derecho. También son reflejo de la redefinición del Estado en términos de Estado Social de Derecho, es decir, de un Estado comprometido con los derechos sociales, económicos, y culturales. De otro lado, desconocen la importancia creciente

que adquiere en el contexto internacional el enfoque de las capacidades. Los desarrollos producidos en esta materia coinciden con las nuevas funciones que desempeña el Derecho en Colombia: funciones correctivas y redistributivas.

Cuando se exige la garantía de la seguridad jurídica, no se toma en cuenta que a partir del esquema de las capacidades existen ciudadanos conscientes de las posibilidades actuales del Derecho para satisfacer sus demandas de seguridad social. Esta seguridad coincide con la visión construida por el Derecho en los Estados comprometidos con derechos de tipo social, económico, y cultural; y se define como la protección integral de los sujetos con necesidades materiales, cuyo objetivo es brindarles a ellos y a sus familias la preservación de su calidad de vida, incluso ante contingencias de tipo social o económico. En términos constitucionales, la seguridad posible es aquella definida por García de Enterría, según la cual los derechos fundamentales son el conjunto de valores respaldados por la comunidad jurídica, y por tanto son elementos del pacto social fundador del Estado.

El descuido del sentido y alcance de dichas transformaciones no permite entender las tensiones producidas por el modelo de desarrollo mixto como un factor necesario en una sociedad pluralista y democrática. Por el contrario, desde un enfoque económico son expresadas como evidencia de una anarquía institucional que frena el desarrollo. El carácter pluralista de la definición gubernamental y judicial de la economía es expresión de una nueva ciudadanía que se puede denominar jurídica, porque se ha apropiado de los derechos contenidos en la Constitución Política. Los «nuevos» ciudadanos presionan por la realización efectiva de sus derechos mediante la vía judicial, y no son simplemente individuos que expresan sus preferencias.

Presiones ciudadanas por mayor seguridad social

Las exigencias ciudadanas resultan a menudo contrarias a la eficiencia, al estar enfocadas hacia la corrección o justicia de las disposiciones jurídicas. Ante estas exigencias los jueces están obligados a responder, dado el marco institucional vigente, con la protección social de los grupos vulnerables, la tutela de los derechos sociales, la ampliación de la cobertura de los servicios públicos, etc.

Estas medidas se pueden agrupar en una única concepción, en tanto implican incrementos del gasto público, y ampliación de las labores directas del aparato del Estado. Este es el centro de la crítica formulada por los defensores del mercado como Kalmanovitz.

Aunque todas las ramas del Derecho aspiran a la realización de la justicia, el Derecho Constitucional en este aspecto juega un papel predominante. Sus disposiciones consagran la estructura básica de la sociedad; es decir, delimitan el marco institucional en que se desenvuelve la vida individual y social. Esta situación privilegiada del Derecho Constitucional hace más visibles las confrontaciones que suelen presentarse entre las demandas ciudadanas de justicia social, y la racionalización del gasto con miras a la eficiencia. En materias como el Derecho Laboral, Tributario, Comercial, etc., las tensiones y conflictos no son menos significativos, pero su solución resulta en principio menos visible.

La posibilidad de resolver esta confrontación entre eficiencia económica, por un lado, y justicia o equidad, por el otro, está atravesada por una redefinición del desarrollo económico. En efecto, cuando se aborda el problema de modo antitético se descuidan aspectos fundamentales para el logro del desarrollo en Colombia. En nuestro contexto la eficiencia es importante, porque el endeudamiento externo es desmedido; el pago de su servicio absorbe parte importante del PIB del país, y la capacidad de ahorro se ha reducido como consecuencia de anteriores recesiones económicas. Pero de otro lado, la ciudadanía presiona por justicia, y ésta es el principal fin del Derecho. Además, en una democracia constitucional como la nuestra los derechos ciudadanos son la medida de corrección de sus disposiciones. La justicia que se reclama al Derecho no se reduce sólo a la compensación, sino de manera principal a la distribución equitativa de las ventajas y cargas sociales. Los ciudadanos no parecen muy dispuestos a renunciar a la pretensión de dicha distribución, por lo que utilizan los medios jurídicos a su alcance para obtener la satisfacción de las necesidades que no son atendidas a través de la formulación de políticas públicas. La justicia tampoco cede ante la eficiencia, y quizá ello se deba a que a diferencia de ésta, cuya búsqueda parece anclarse en nuestra naturaleza racional, aquella encuentra su fundamento en nuestras intuiciones y reacciones morales más básicas.

No se trata de condenar la eficiencia al abandono, pero en la mayoría de los debates que se han producido en Colombia durante los últimos años, en especial a partir del trabajo de la Corte Constitucional, se ignoran las transformaciones del Derecho señaladas en este escrito. Sin duda es necesario reconocer la complejidad y seriedad del dilema en que se encuentran gobernantes y legisladores cuando deben crear disposiciones de naturaleza económica. Pero también es necesario incluir en estas instituciones a la justicia. La inclusión no se funda en la exigencia de una seguridad jurídica clásica, porque el Estado constitucional hace tiempo desbordó esta pretensión. Las presiones ciudadanas por seguridad social son una realidad que debe ser tenida en cuenta por dichas instituciones, como única forma de legitimarse.

El enfoque de las capacidades incluye entre las condiciones necesarias del desarrollo la extensión de las libertades de los ciudadanos. Este fin es lo que persigue el Derecho Constitucional contemporáneo en Colombia al reconocer la tutela judicial de los derechos fundamentales de tipo prestacional. El Derecho tiene que pagar un precio por esta nueva función que asume, y es la pérdida de su positividad e invariabilidad, concebidas en sus sentidos tradicionales. Pero la certeza ordenadora se mantiene en tanto la garantía y protección de los derechos fundamentales se constituye como un elemento integral del desarrollo.

La visión del experto Sengupta, presentada líneas arriba, pasa por la aceptación de esta nueva realidad; aunque tiene los inconvenientes de extender de manera errónea la noción de derechos, al incluir en ella al propio desarrollo, y de presentar una visión de los derechos socio-económicos poco progresista. El debate gana en claridad, por el contrario, si se acepta que el desarrollo económico requiere del incremento de la productividad, el crecimiento económico, y medidas similares; pero que la condición de posibilidad de este crecimiento es el compromiso institucional con la expansión de las libertades, de las capacidades individuales y sociales de los ciudadanos colombianos. Las libertades no son un medio para el crecimiento, sino un fin cuya garantía tiene como efecto positivo dicha mejora económica. Es posible que la entrega del premio Nobel de economía a Stiglitz y a Sen sea un indicio de que este enfoque no sólo tiene corrección moral, sino que resulta viable en términos económicos.

La respuesta estatal: las formas constitucionales de la protección social

Uno de los temas recurrentes en los debates jurídicos de las últimas décadas es la importancia de ampliar las libertades y capacidades individuales mediante la acción estatal regulatoria y correctora de los problemas que nacen del mercado. Dentro de algunas corrientes actuales de pensamiento jurídico se reconoce que la indiferencia hacia la situación de marginalidad económica, social y cultural de la mayoría de los miembros de la sociedad resulta incompatible con los anhelos de desarrollo económico. El desarrollo relevante y deseable no se ha de entender sólo como un objetivo que se deriva del crecimiento económico. Por el contrario, debe ser definido, a partir del enfoque del desarrollo humano, en términos de desarrollo social y humano para la expansión de las libertades de la persona. Desde esta perspectiva, las libertades individuales se interpretan como capacidades reales para escoger entre distintas formas de vida posibles. Dicha escogencia supone unas condiciones materiales que liberen al individuo de la zozobra por alcanzar la satisfacción de sus necesidades más básicas, y que le permitan ampliar la esfera de sus capacidades.

La búsqueda del desarrollo ha llevado a los países latinoamericanos a establecer reformas institucionales que integran de una u otra forma las distintas perspectivas existentes sobre el desarrollo. Muchos estados, Colombia entre ellos, reformaron sus constituciones, o crearon otras, como parte de esa búsqueda. La centralidad de los derechos en el texto constitucional se hizo incompatible con la adopción de disposiciones contrarias a los fines de equidad y de justicia en la persecución del crecimiento económico. Este crecimiento económico y social impuso al Estado la obligación de liberar a las personas de su condición de vulnerabilidad, combatir la pobreza de capacidades, y ampliar la garantía de los derechos individuales y sociales fundamentales. El instrumento escogido para llevar a cabo estas tareas, como ha ocurrido tradicionalmente, fue la regulación.

La protección social adquirió a partir de ese momento un nuevo sentido. No era la primera vez que en Colombia la regulación jurídica se daba a la tarea de concretar disposiciones protectoras de las personas más vulnerables de la sociedad. Los textos de teoría jurídica recuerdan los años de 1936 al 1939, época en que la sala civil de la Corte Suprema de Justicia se dedicó a interpre-

tar el Código Civil de manera favorable a la entonces denominada «cuestión social». Esa Corte, conocida como la Corte de Oro, es quizás el antecedente más importante de la protección social introducida por la Constitución actual. Pero en el esquema institucional hoy vigente, la protección asume distintas definiciones, que se han ido concretando por diversas vías de regulación. La primera se refiere a un sentido no propiamente técnico, según el cual se brinda protección a las personas excluidas de la vida económica, social, y cultural del país. Esta protección se realiza a través de mecanismos judiciales o legislativos. Estos mecanismos operan mediante la aplicación directa de la Constitución para responder a las demandas ciudadanas por la satisfacción de necesidades básicas y derechos fundamentales. La primera vía es legislativa, y se manifiesta mediante la creación de leyes que otorgan una protección especial a los denominados grupos vulnerables. La segunda vía, la aplicación directa de la Constitución, ha sido la protección judicial de los derechos fundamentales.

La protección legislativa se concreta de modo más visible en las denominadas leyes de acción afirmativa, también conocidas como leyes de discriminación inversa. En virtud de éstas, los grupos vulnerables, los tradicionalmente discriminados, marginados o perseguidos, han obtenido la expedición de leyes que les dan un tratamiento diferenciado, como forma de permitir que la igualdad sea real y efectiva. Ejemplos significativos de estas disposiciones son la ley 70 de 1993 sobre comunidades negras, la ley 82 de 1993 de apoyo especial a la mujer cabeza de familia, y la ley 1098 de 2006, conocida como Código de la Infancia y la Adolescencia. Estas leyes y sus decretos reglamentarios son desarrollos del artículo 13 de la Constitución, en el que se prohíbe la discriminación excluyente fundada en criterios como la raza, el género, la orientación sexual, etc. Al mismo tiempo, esta disposición impone al Estado el deber de tomar medidas encaminadas a incluir en la vida económica, social y cultural del país a los grupos, las comunidades y las personas tradicionalmente excluidas. La existencia de estas disposiciones ha generado nuevas realidades, en la medida en que ha hecho visibles las condiciones de marginalidad en que han vivido importantes sectores de la población colombiana; a los que, además de permitirles realizar demandas sociales o económicas concretas, les dio la posibilidad de tramitar reclamos simbólicos por el reconocimiento del valor de sus peculiaridades culturales.

La protección judicial, por su parte, se expresa en mecanismos como la acción de tutela, establecida para detener las situaciones de peligro o corregir vulneraciones realizadas por particulares o entidades estatales en contra de los derechos constitucionalmente reconocidos. En este sentido se han protegido, especialmente, derechos al mínimo vital, la salud, la educación, la seguridad social, el trabajo y la estabilidad laboral, la igualdad de oportunidades, y la diferencia cultural. La tutela también ha sido usada para proteger libertades individuales y derechos sociales a grupos que requieren especial protección; entre los que se encuentran los niños, las personas con discapacidades, las personas con enfermedades catastróficas, de la tercera edad, pensionados, o personas sin capacidad económica que no reúnen los requisitos para obtener la pensión, las madres cabeza de familia, las mujeres embarazadas, y los miembros de comunidades indígenas o grupos tribales.

Reflexiones finales sobre la protección social brindada por el Derecho en Colombia

Los asuntos vinculados a la protección social son un aspecto muy sensible en una sociedad con problemas de desempleo, conflicto armado, inestabilidad institucional, y exclusión social. Estos constituyen un ámbito en el que los conflictos son un fenómeno constante. En materia jurídica, dichos conflictos se enfrentan mediante la introducción de reformas a las leyes vigentes, la creación de disposiciones administrativas, o la producción de reglas judiciales. La presión de la población para asegurar la protección de los derechos ha impuesto pautas de acción al Estado, que no siempre encuentran igual respuesta por parte de todos los órganos del poder público. En general, mientras la legislación es percibida como regresiva y/o ineficaz, las contribuciones judiciales constitucionales se valoran como progresistas, rápidas, y eficaces. Una hipótesis plausible sobre el trabajo judicial de protección social es que en la sociedad colombiana la estructura básica de la sociedad se hace más explícita a través de las decisiones judiciales que mediante las disposiciones legislativas o administrativas. Las decisiones judiciales responden a demandas expresadas como resultado de un nuevo tipo de ciudadanía, que recurre a la vía judicial para obtener la

satisfacción de sus necesidades materiales básicas. Tal satisfacción es asumida como una facultad subjetiva, es decir, directamente exigible, no sujeta a las cuestiones de política macro económica, o a los ajustes que los problemas de déficit fiscal imponen a los Estados periféricos.

Algunos críticos del recurso a la vía judicial para la labor social consideran que el trabajo de la Corte constitucional, al no tener sustento en un pacto político, en vez de resolver los conflictos los profundiza, generando inestabilidad e incertidumbre.⁹ Esta actitud, se argumenta, por loable que sea desde el punto de vista de coherencia con el Estado social, implica un sacrificio del principio democrático. Según esta visión, las definiciones de política pública deben basarse en el consentimiento y delegación de los ciudadanos, por lo que sus canales legítimos serían los poderes legislativo y administrativo. Sin dicho consentimiento se socavarían las bases mismas de la organización política que se pretende defender. Este fenómeno explicaría, en parte, las hondas polémicas que en el seno de la sociedad y el Estado suscita cada fallo emitido en desarrollo del Estado social. Las críticas más fuertes provienen por lo general del poder ejecutivo o administrativo, de los teóricos de la economía, y de los gremios económicos, quienes argumentan la superioridad de los cálculos costo-beneficio sobre la efectividad de los derechos fundamentales. Pero al provenir de la iniciativa ciudadana, las decisiones judiciales que imponen al Estado cargas prestacionales quedan revestidas de legitimidad. Las características del Estado social de derecho descritas en este texto otorgan cada vez mayor legitimidad a la regulación jurídica de la protección social, promovida bajo el paradigma del derecho social; y al hacerlo, realizan de igual manera objetivos económicos de desarrollo, en términos del enfoque de las capacidades.

9. Un ejemplo de ello se expresa en la inestabilidad de tipo económico que han generado recientes fallos de la Corte Constitucional, relacionados con la reglamentación de las políticas de vivienda, mediante los cuales se desmontó el sistema de financiación anterior, denominado sistema UPAC.

Referencias

- Abramovich, V. & Courtis, C. Comp. (2003). *Derechos sociales Instrucciones de uso*. pp. 23 a 50. México: Ed. Doctrina jurídica contemporánea.
- Albagli, E. (2005). Mercado laboral y crecimiento económico: recomendaciones de política para Chile. *Estudios Públicos*, (99), 135-164.
- Alzate, J. J. M. (2002). *Derecho económico constitucional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Amin, S. (1999). *El capitalismo en la era de la globalización*. Barcelona. Paidós.
- Biebesheimer, C. & Payne, J. M. (2001). *IDB Experience in Justice Reform: Lessons learned and elements for policy formulation*. Inter-American Development Bank, Sustainable Development Department.
- Botero, R. (2000). D. El mito de Sísifo o veinte años de pujanza descentralizadora en Colombia. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* (17).
- Calvo, M. G. (2005). *Transformaciones del Estado y del Derecho*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Carrillo, F. F. (2000). *El déficit de la democratización en América Latina*. Washington: Edit. Banco Interamericano de Desarrollo.
- CEPAL. (2000). *Equidad, desarrollo y ciudadanía, agenda económica tomo III*, Edit. Alfaomega.
- Cepeda, M. J. (1999). *Derecho constitucional: perspectivas críticas: ensayos, líneas jurisprudenciales, estadísticas de la justicia constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Clavijo, S. & K40, S. L. (2001). Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000. *Revista de Derecho Público*, 12, 27-66.
- Cuadernos de Economía*. (1998) Vol. 29. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Cuevas, H. (2002). Teoría económica del Estado. En: *Teorías jurídicas y económicas del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cuevas, H. (1998). *Proceso político y bienestar social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Díaz, E. (1984). *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus.

- Forsthoff, E. (1975). *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de estudios políticos.
- Garavito, L. F. L. (1998). *Pensamiento económico y fiscal colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas.
- Hegel, G. (1987). *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* pp. 192 - 201. Buenos Aires: Siglo XX.
- Julio, A. (2002). «Economía y ordenamiento constitucional». *Teorías jurídicas y económicas del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kalmanovitz, S. (2002). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Edit. Alfaomega.
- Kalmanovitz, S. (1999). *La Corte Constitucional y el emisor*. Contexto N.5. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kant, E. (1991). «Idea de una historia universal en sentido cosmopolita». En *Filosofía de la historia*. México: Fondo de cultura económica.
- Lee, E. (1997). Mundialización y normas del trabajo: puntos de debate. *Revista Internacional del Trabajo*, 116(2).
- Lee, E. (1995). *Derechos Humanos, estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Técnos.
- Leguizamón, W. A. (2000). *Derecho constitucional económico*. Bogotá: Edit. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Marshall, T. H. & Bottomore, T. B. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza Editorial.
- Novoa, A. (1999). *Empleo, desempleo y reforma laboral: un tema indispensable en la agenda para la paz*. Bogotá: Mandato Ciudadano por la Paz y la Vida.
- Ortega y Gasset, J. (1983). *Obras completas*, 4. Madrid: Edit. Alianza.
- Pérez-Luño, A. E. (1994). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel.
- Pérez Salazar, M. (2003). Razones y sinrazones de un debate: la crítica económica de la jurisprudencia constitucional colombiana, 1999-2002. *Rev. Derecho del Estado*, 14, 57.

- Radbruch, G. (1951). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de cultura económica.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*, N.Y.: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. Mexico: Fondo de cultura económica.
- Romero, M. (2000). *Flujos y reflujos: reseña histórica del Derecho Laboral Colectivo colombiano*. Bogotá: Editorial de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.
- Sánchez Ferriz, R. (1993). *Introducción al Estado constitucional*. Ariel, Barcelona, 89.
- Sastre Ibarreche, R. (1996). *El derecho al trabajo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Sen, A. (2001). *Desarrollo y Libertad*. Bogotá: Editorial Planeta.
- Smith, A. (1994). *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. México: D.F. F.C.E.
- Steiner, H. J., Alston, P. & Goodman, R. (2008). *International human rights in context: law, politics, morals: text and materials*. Oxford University Press.
- Sterba, J. (1991). *Justice: Alternative political perspectives*. Belmont: Wadsworth publishing company.
- Stern, N. (2002). *Una Estrategia para el Desarrollo*. Bogotá: Alfaomega Colombiana S.A.
- Stiglitz, J. E. (1999). El papel del gobierno en el desarrollo económico. *Cuadernos de economía (Santafé de Bogotá)*, 18(30).
- Uprimny, R., Garavito, C. A. R. & Villegas, M. A. G. (2006). *¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, pp.18-29. Bogotá: Editorial Norma.
- Velilla, M. (1997). «Reflexiones sobre la constitución económica colombiana». En: *Constitución económica Colombiana*. Bogotá: Edit. El navegante.

Derecho Privado y Mercado

08
—

Contratos conexos: fundamentos y efectos*

Fernando Gandini Ayerbe

Universidad Icesi | gandini@icesi.edu.co

* Fue publicado originalmente en la Revista *Conflicto & Sociedad*, núm. 2 de 2013.
Recuperado de <http://goo.gl/rd4FjA>, y se reproduce con la autorización de la revista
Conflicto & Sociedad y de los autores.

Contexto

Para entender qué circunstancias permitieron el nacimiento del fenómeno jurídico de la conexidad, así como su desarrollo y efectos, se hace necesario hacer referencia a algunas situaciones que lo contextualizan:

El derecho como un instrumento de la economía

En la actualidad, resulta poco discutible pensar que son los intereses económicos los que promueven y permiten muchos de los cambios en la estructura de ciertas figuras jurídicas, que de lo contrario permanecerían inalteradas.

Sociedad post-industrial

En este tipo de sociedad, caracterizada por la trascendencia de los cambios tecnológicos y de índole comercial, así como por la velocidad con la que los mismos se suceden, resulta verdaderamente difícil encontrar grandes y usuales reformas legislativas, al igual que codificaciones, como se producían en la última mitad del siglo XIX y la primera mitad del XX: es claro que los tiempos evolucionan con tal rapidez, que las necesidades cambian constantemente, y no dan espera a procesos complejos y dispendiosos como los anotados. En un panorama como el comentado son los cambios en las técnicas contractuales los llamados a regular la evolución de los negocios y los intercambios comerciales y sociales.

Concepción contractual práctica

El contrato se presenta actualmente como un instrumento de administración del riesgo, por parte del operador comercial e incluso del consumidor.

Causas inmediatas

Todo lo anterior, genera que se presenten unas causas inmediatas que dan nacimiento directo a la conexidad entre contratos: **a)** La complejidad de los procesos de producción y de las relaciones comerciales en general; **b)** la creciente especialización de las actividades, acompañada de la división del trabajo; **c)** La ampliación del sector geográfico de actividad de las empresas.

Los contratos conexos se pueden entender como los fenómenos mediante los cuales se requiere, para la realización de un acto o negocio único, la celebración de una serie de contratos relacionados entre ellos, que sin embargo guardan entre sí autonomía.

Al respecto el profesor Jorge López Santamaría, indica que

El prototipo del contrato en las leyes, en las sentencias de los tribunales e incluso en libros especializados, ha sido casi siempre el del contrato aislado, que no hace juego con otros contratos. Sin embargo, en época reciente, la doctrina y la jurisprudencia, y a veces también el legislador, se percatan, desde el punto de vista jurídico, del importante fenómeno sociológico de las cadenas o redes de contratos relacionados. Determinadas operaciones económicas, a menudo requieren que sean celebrados varios contratos sucesivos, imbricados o estrechamente vinculados, de los cuales por lo general hay uno que es contrato eje y otros que son contratos subordinados o dependientes (López, 2007).

De manera que se podría entender la conexidad entre contratos de dos maneras complementarias, pero que ofrecen visiones distintas: la primera, como diría Lorenzetti, una más descriptiva, que percibe «al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamientos procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos» (Lorenzetti, 2001), la segunda, un poco más de fondo desde lo jurídico, que entraña una figura que hace referencia, de una manera particular, a conceptos como la accesoriedad de los contratos, su objeto y causa.

A la última de las acepciones aludió hace ya algún tiempo Messineo Francesco (1952), quien refiriéndose a los «contratos vinculados» señaló que

quiere indicar el caso en que se estipulan entre las mismas partes dos contratos en relación de dependencia mutua, en el sentido de que la ejecución del uno queda subordinada a la ejecución del otro; (...) La característica de los contratos recíprocos (que, por otra parte son autónomos, aunque interdependientes) deriva de la intención de las partes, las cuales conciben los dos contratos como unidad económica. Desde el punto de vista jurídico, su característica estriba en esto: que cada uno constituye como la causa del otro.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia fijó su atención en el fenómeno al indicar que (...) sucede con frecuencia que en ejercicio de la llamada autonomía

negocial y tras expresar su voluntad en un único documento, las partes le dan vida a diversos contratos que, aun conservando su identidad típica y por ende quedando sometidos a la regulación que les es propia, quedan sin embargo coligados entre sí, funcionalmente y con relación de recíproca dependencia, hasta el punto de que las vicisitudes de uno, en mayor o menor grado, pueden repercutir en los otros(...» (Corte Suprema de Justicia, 1999).

Requisitos

La verificación del fenómeno requiere del cumplimiento de ciertos requisitos, que a su vez, caracterizan la figura de manera concreta. Estos, siguiendo la clasificación que realiza la profesora Adela Seguí (2001), son:

Pluralidad de contratos

Deben celebrarse dos o más contratos, cada uno con causa y objeto únicos y autónomos. En este punto, resulta relevante destacar que la causa es entendida como la función económica social que el contrato cumple en cada caso.

Heterogeneidad

Regulan las relaciones económicas desarrolladas por prestadores de servicios, consumidores, empresarios, o en actividades de tercerización. De manera, que la conexidad se aplica, indistintamente, a todas aquellas actividades en las cuales el contrato se aplica como un instrumento para la realización de negocios.

Finalidad económica supra contractual

Es el más importante entre los requisitos de los contratos conexos, ya que «(...) el fin económico de la operación trasciende la individualidad de cada contrato. Esa finalidad se satisface en la medida que actúe el conjunto de contratos. (Gastaldi, 1999).

En efecto, aquí nos encontramos frente a un objetivo que resulta más grande que el objeto mismo de los contratos, que lo desborda habida cuenta de que el interés es económico y no estrictamente jurídico.

En ese sentido, Lorenzetti recalca que «(...) esa finalidad económica supra contractual constituye la razón de ser de la unión de varios contratos en un sistema, de manera que si se desequilibra la misma, se afecta todo el sistema y no un solo contrato, vinculando la causa en estos supuestos a sujetos que son parte de distintos contratos situándose fuera del vínculo bilateral, pero dentro del sistema o red contractual» (Lorenzetti, 1998).

Sobre el mismo punto se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

Desde un ángulo funcional, amén que realista, el fenómeno materia de análisis, revela que, en procura de la realización de una operación económica, los interesados celebran diversos contratos, de manera que solo el conjunto de ellos y, más concretamente, su cabal ejecución, los conduce a la consecución del objetivo que persiguen. Por ello acuden a la pluralidad negocial, como quiera que dicho objetivo, en sí mismo, no siempre pueden obtenerlo a través de la realización de un solo tipo negocial. De ahí que, lato sensu, se aluda a la expresión «operación económica», sin duda de carácter más omnicompreensiva, a la vez que desprovista de alcances puramente jurídicos, ya que es una locución ante todo descriptiva (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Particularidades

Los aspectos que caracterizan la figura de la conexidad contractual, y que en realidad la convierten en un fenómeno particular, son las siguientes:

El punto de unión está en una finalidad económica de carácter supra contractual. Este punto, que ya se había mencionado como requisito de la figura, se explica a partir de la siguiente aclaración: «El sistema es un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales. Son elementos del sistema: **a)** la causa sistemática, que justifica un equilibrio del sistema que permite el funcionamiento de las uniones de contratos; **b)** las obligaciones y deberes colaterales sistemáticos, en virtud de los cuales los integrantes tienen deberes y obligaciones respecto de los demás miembros o terceros, que tienen su origen en el sistema» (Seguí, 2001).

De manera que una cosa son los contratos y otra bien distinta es el interés que desborda el objeto, causa y efectos de los negocios jurídicos. Y es precisamente

ese interés, sin condicionamientos dentro del derecho, el que permite que las figuras jurídicas encuentren un vínculo fuerte y duradero. Lo anterior lleva a pensar que, si por cualquier circunstancia se afecta el fin único, representado en la supracontractualidad, se afecta el sistema contractual como tal, pero seguramente no los contratos individualmente concebidos, que mantienen su estructura, condiciones y efectos particulares.

Va más allá de la mera reciprocidad de las prestaciones (Messineo, 1952). Esta afirmación de Messineo, constituye seguramente la verdadera innovación de la figura frente a la tradición contractual romano germánica. En efecto, el indicar que la conexidad de los contratos va más allá de la reciprocidad de las prestaciones, trae consigo el rompimiento del principio que reza que los efectos de un contrato se generan interpartes. De esta manera, se puede afirmar, en términos prácticos, que la conexidad genera la fractura con lo que comúnmente se denomina el efecto relativo de los contratos.

Con referencia al último concepto, tratado por gran parte de la doctrina contemporánea como un subprincipio, Nicolás Pájaro Moreno ha expresado que

Al hablar del principio de la autonomía privada, expresamos que, tal como los particulares tienen la facultad de crear normas jurídicas con carácter vinculante, dichas normas se restringen a un campo de acción bastante reducido, pues únicamente pueden producir efectos frente a las partes del negocio. Este subprincipio se ha denominado la «relatividad» de los contratos, o su «efecto relativo», y se expresa usualmente con la máxima latina *inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse potest*. De acuerdo con ella, las obligaciones y los derechos que surgen del contrato únicamente pueden producir efectos entre las partes, y por regla general no deben vincular a terceros.

De esta manera, es posible empezar a concebir que, vía un interés supra contractual, el contrato celebrado entre dos o más partes, termine surtiendo sus efectos, o algunos de ellos en sujetos no celebrantes de ese acto jurídico. O por el contrario, la conexidad, llamada en este caso relevante, permite que los inconvenientes de un contrato surtan efectos en los demás contratos de la operación económica. Se diferencian de otras modalidades de relación contractual. En este caso, la diferencia más relevante recae sobre los contratos atípicos mixtos, en la medida en que estos últimos son un solo contrato atípico, una sola figura contractual que conjuga prestaciones correspondientes a varios contratos.

Esto lleva a pensar que «en el contrato mixto hay una sola causa (mixta) y en los conexos dos o más causas distintas, en correlación al número de contratos que se haya concluido» (López, 1994); Su interpretación se lleva a cabo en función de la operación económica que persiguen. Lo anterior indica que la regla general de interpretación de los contratos en Colombia, contenida en el artículo 1618 del Código Civil, se confirma aún en la conexidad contractual.

Lo indicado con anterioridad parece tener lógica, por cuanto la intención de las partes se ve reflejada en el fin económico supra contractual, elemento, que como ya se dijo, representa el punto de unión de los distintos contratos de la red. De otro lado, una interpretación de otra índole, referida a un acto contractual en particular, se quedaría corto respecto del fenómeno constituido por diferentes actos jurídicos. Lo anterior es ratificado por la Corte Suprema de Justicia, al indicar que, en los casos de contratos coligados, «es deber de los jueces establecer con cuidado y con base en las pruebas recaudadas si, además de las finalidades de cada uno de los contratos celebrados, existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes» (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Un caso concreto

En Colombia el fenómeno de la conexidad contractual ha tenido tratamiento jurisprudencial a través de sentencia del 25 de septiembre 2007, cuyo magistrado ponente fue el doctor Carlos Ignacio Jaramillo. El caso que en su momento analizó la Corte se fundamentó en la celebración de un contrato de lease back, o retro arriendo, el cual, habida cuenta del tratamiento otorgado por la Corte, sirve para ejemplarizar los conceptos indicados en los puntos anteriores. Con este objetivo, y esperando no descontextualizar lo argumentado por la corporación, a continuación se presenta una síntesis de los conceptos más relevantes que al respecto (la sentencia toca otros puntos que se escapan del tema en cuestión) propone la Corte:

En el caso citado, las partes contratantes celebran primero un contrato de compraventa, y 15 días después, un contrato de leasing financiero.

Posteriormente, la parte compradora demandó el primer contrato solicitando su rescisión y consecuente devolución, ofreciendo como fundamento para ello

la ocurrencia de una lesión enorme. Esta petición es estimada por el juez de primera instancia. En segunda, el Tribunal Superior de Bogotá, consideró que los dos negocios (compraventa y leasing) se celebraron en «ámbitos témporo-espaciales diferentes» y que el hecho de que la persona que vendió el inmueble fuera la misma que lo tomó en arriendo financiero, no era indicativo de que se estuviera en presencia del referido negocio jurídico.

Argumentó además que «(...) no compartía lo alegado por la demandada en el sentido de que existía un contrato de *lease back* que involucraba la celebración de un contrato de compraventa y uno de leasing financiero, ya que «no pueden considerarse esos dos negocios jurídicos como uno solo, aunque en su celebración hayan intervenido idénticas partes y se refieran al mismo objeto».

Precisó, a renglón seguido, que en la compraventa se busca adquirir un bien, mientras en el arrendamiento proporcionar el uso y goce de una cosa a cambio de una renta; el primero es solemne, en tanto el segundo es consensual, consignado en documento privado; y finalmente, que para que pueda existir el leasing, la arrendadora debe previamente hacerse a la propiedad del bien que dará en arrendamiento.

Ya en casación, la Corte considera «impropio(...) que el tribunal afirmara que los dos contratos en cuestión, la compraventa y el *lease back*, eran negocios jurídicos independientes, completamente desligados entre sí» ya que «el primero tuvo por causa la celebración de este, sin el cual no habría tenido lugar aquel y viceversa».

En la misma sentencia, la Corte precisa la presencia de la conexidad contractual en el retro arriendo, haciendo referencia a un pronunciamiento de 2002, de la misma corporación, en la que indica que

En su fase o etapa precontractual (*iter contractus*), el leasing suele estar precedido, las más de las veces, de la formulación de una puntual indicación que el candidato a tomador le formula a la compañía de *leasing*, para que esta –a nombre propio– adquiera el bien o bienes sobre los cuales habrá de celebrarse el contrato, de forma tal que cuando esa actuación se materializa, la adquisición del bien por parte de la sociedad de *leasing* (negocio jurídico de aprovisionamiento), es meramente instrumental, en cuanto tiene su razón de ser, únicamente, en el posterior perfeccionamiento de la descrita negociación que puede servir como herramienta para acceder al crédito –como en el *leasing* financiero–, o para monetizar activos sin necesidad de sustraerlos de un proceso de producción –como en el *lease back*».

Después de realizadas las anteriores precisiones, la Corte concreta la presencia inequívoca de las características de la conexidad en el *lease back*, de la siguiente manera:

Como se aprecia, en la esfera negocial, es esta una operación económica que involucra la realización de dos contratos diversos, pero estrechamente vinculados, a saber: la compraventa, mediante la cual el candidato a usuario transfiere la propiedad de la cosa a la sociedad de leasing (negocio instrumental), y el «*lease back*», por cuya virtud esta le permite al proveedor el uso y goce del bien a cambio de una contraprestación económica.

Se trata, pues, de un claro caso de conexidad contractual, por cuanto ambos negocios jurídicos se justifican recíprocamente, en la medida que es con miramiento en el leasing que el futuro usuario vende y que la sociedad de leasing compra, lo que, al tiempo, determina que en unas mismas personas converjan distintas calidades por razón de las obligaciones que despuntan de uno y otro contratos: vendedor, tradente y usuario, por un lado, comprador, adquirente y *leasing*, por el otro.

Finalmente, cabe resaltar que la Corte es precisa en señalar que si bien «se trate de negocios jurídicos vinculados –articulados, encadenados o coligados–, no significa, como entonces lo sugiere el recurrente, que, en últimas, se trate de un solo contrato, más concretamente que la compraventa se entienda subsumida en el contrato de *leasing*».

De esta manera, la sala civil de la Corte Suprema de Justicia significa, de manera clara y directa, cómo la operación jurídica-económica del retro arriendo refleja un interés común que se verifica en el negocio de la financiación en general, que permite observar una específica unidad negocial. Refleja también, que dicha operación, es compuesta por dos contratos que, más allá de su vínculo supra contractual, mantienen total autonomía en cuanto a su objeto, características y naturaleza en general.

Conclusiones

La concepción sobre el alcance de las relaciones contractuales es, hoy en día, mucho mayor, ya sea desde la perspectiva de los fenómenos que regula, como dese los efectos que produce.

Los efectos de los contratos, en este tipo de fenómenos socioeconómicos, no se limitan exclusivamente a las obligaciones de las partes y a su bilateralidad y equilibrio. Estos efectos van más allá, hacen relación a un mayor número de partes, de intereses y de prestaciones.

El fenómeno de la conexidad hace referencia a los diferentes tipos de contratos, y la normatividad particular de cada uno, que debe permanecer independiente en cada caso.

No debe confundirse el fin único supra contractual y los efectos (más allá de los interpartes) que se derivan de la figura, con los objetos de los contratos, que son autónomos, y su independencia normativa.

Como ya se ha podido observar, la conexidad contractual como fenómeno jurídico trae interesantes innovaciones, como lo son las limitaciones al principio de los efectos interpartes, y al subprincipio de la relatividad en los contratos. Pero también trae consigo la confirmación de figuras tradicionales y fundamentales en la disciplina contractual, como la causa y el objeto de los contratos.

Referencias

- Gastaldi, J. M., Centenario, J. & Colla, G. (1999). Jornadas nacionales de derecho civil, Santafé Argentina.
- López Santamaría, J. Citado por la Corte Suprema de Justicia, 2007, Exp. N° 11001-31-03-027-2000-00528-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.
- López Frías, A. (1994). *Los contratos conexos*. Barcelona: José María Bosch Editor, p. 284.
- Lorenzetti, R. L. (2011). *Contratación Contemporánea*. Bogotá: Temis, p. 123.
- Lorenzetti, R. L. (1998). Redes contractuales, contraltos conexos y responsabilidad. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santafé: Rubinzal Culzoni, p. 222.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 403-404.
- Segui, A. (2001). *Contratación Contemporánea*. Bogotá: Temis, p. 190.

Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Sentencia de 6 de octubre de 1999,
Exp. 5224.

Corte Suprema de Justicia, 2007, Exp. N° 11001-31-03-027-2000-00528-01, M.P.
Carlos Ignacio Jaramillo.

Dogmática Penal y Criminología



09

Derecho penal de enemistad. Aproximaciones críticas al debate*

Yesid Echeverry Enciso

Universidad Icesi | yecheverry@icesi.edu.co

Jefferson Jaramillo Marín

Pontificia Universidad Javeriana | jefferson.jaramillo@javeriana.edu.co

* Este capítulo es uno de los artículos que aparecen en la *Revista científica Guillermo de Ockham*, vol. 9, núm. 1 de 2011. Recuperado de <http://goo.gl/rh7RYy>, y se reproduce con la autorización de la *Revista científica Guillermo de Ockham* y de los autores.

Tanto el derecho como la política constituyeron desde tiempos clásicos, los imperativos racionales de la sociedad y los fundamentos legítimos de la cohesión. Además, ambas dimensiones, han sido preocupaciones filosóficas de varios pensadores hasta el día de hoy. Un breve recorrido por la historia de las ideas políticas así lo refleja. Por ejemplo, el interés central de la obra de Thomas Hobbes (1987) es la descripción del uso del poder en manos del soberano, especialmente cuando ese poder se instrumentaliza jurídica y políticamente en función de la paz y la seguridad de los ciudadanos. En Von Clausewitz (1972) se reconoce su visión de la política como dispositivo realista que permite la prolongación de la guerra por otros medios. Max Weber (1977) también muestra inclinación por el asunto, al asumir que el derecho es la manera más racional de legitimación del poder y de regulación de la violencia a través del Estado burocrático moderno. A Carl Schmitt (2002) le interesa describir la naturaleza de lo político, en el entronque entre lo excepcional y lo normal, enfatizando en el derecho como una forma de violencia regulada, matizada y legitimada a través del poder político del soberano. El marxismo en su versión althusseriana (Althusser, 1975), se preocupa por el tema, específicamente cómo devienen la política y el derecho como aparatos ideológicos de dominación de una clase social sobre otra. No será extraña la discusión para John Rawls (1997), quien de alguna manera asume que el derecho y la política son dispositivos necesarios para lograr la cooperación social y la distribución de cargas y beneficios para los miembros de una sociedad. Más recientemente el debate cobra sentido en la obra de Jacques Rancière (2006), para quien lo político es el espacio de encuentro entre la coerción (la policía) y la búsqueda de emancipación (la igualdad).

Ahora bien, a lo largo de la historia del pensamiento, la relación dinámica entre derecho y poder lejos de producir consenso ha generado acalorados debates, especialmente al momento de decidir ¿cuál debe primar? o ¿cuál dimensión debe quedar subordinada? Para algunos, el poder político se manifiesta a través del derecho y, en ciertas oportunidades, no es más que la extensión práctica de los tentáculos normativos. Para otros, la política no se puede subordinar al poder normativo, debe ante todo mantener su autonomía descriptiva. No es nuestro propósito esclarecer y dar por terminada una disputa clásica y siempre latente, sobre ¿qué está primero? o ¿qué es más relevante? Es claro, al menos para nosotros, acogiendo las palabras de Múnera (2008:13) que «lo jurídico

tiende a normalizar lo político, a establecer un orden socialmente reglado para su desarrollo, al tiempo que lo político le da fundamento a lo jurídico, al constituirlo desde la esfera del poder y de sus conflictos, contradicciones y consensos parciales». Sin embargo, si queremos hacer notar en este artículo que, en las últimas décadas, se ha venido suscitando de manera más radical (aunque no nueva en la historia) un cambio de perspectiva del derecho, dejando de ser este sólo una herramienta de ordenamiento racional del conflicto, para situarse al servicio de un tipo de política que clasifica y discrimina a los ciudadanos, en amigos y enemigos del Estado, reconociendo en los primeros unas garantías y prerrogativas propias del Estado de Derecho y negándolas a quienes son distinguidos como «enemigos del régimen». En ese orden de ideas, este artículo se pregunta ¿cuán legítima es la pretensión y la búsqueda, en nuestro medio, de un derecho instrumentalizado políticamente¹ para lograr eficacia normativa ante el crimen interno o externo? y por extensión, ¿cuáles son las consecuencias para las personas y para ciertos sistemas jurídicos y políticos, derivadas de la utilización «pragmática» del derecho por el poder político? Estas preguntas surgen, no obstante, en el marco de un debate más o menos contemporáneo en el ámbito jurídico, alimentado por defensores y detractores en las últimas décadas y que ha trascendido las fronteras de su formulación, nos referimos al denominado *derecho penal del enemigo*. Aunque como se verá más adelante, este derecho antecede en la práctica a su formulación teórica, como sucede en el caso colombiano.

La discusión sobre el derecho penal de la enemistad o *derecho penal del enemigo* se funda en una consideración del derecho como un dispositivo de control eficiente que busca «eliminar» o «neutralizar» ciertos «peligros sociales», con el pretexto de lograr eficacia normativa y seguridad jurídica ante las diversas formas de manifestación del crimen organizado: narcotráfico,

1. Como han mostrado de forma pertinente Sandoval y Abello (2006) «gran parte de la doctrina penal contemporánea, pese a las diferencias que se hallan entre los distintos autores, no dudan del papel instrumental del derecho penal para controlar las conductas de los individuos, como expresión del control social formal que ejerce el Estado a través de las máximas limitaciones de derechos contempladas en los códigos Penales». El problema estaría más allá de la instrumentalización, en las *maneras* como se pretende lograr y legitimar ciertos procederes de eficacia jurídica. El texto de Sandoval y Abello, al respecto realiza un paneo interesante, entre otros teóricos, por Jakobs, Ambos, Baratta, Ferrajolli, Bustos Ramírez y Aponte.

terrorismo, secuestro u otras formas irregulares o «atroces» de ejercicio de la violencia contra las personas y las comunidades. Este derecho básicamente recae sobre aquel que según el procedimentalismo democrático liberal, ha dejado de ser «ciudadano» para convertirse en un «enemigo público internacional» o en un «enemigo interno». El asunto es que este derecho, en un contexto político internacional que tiene correlatos directos, macabros en los acontecimientos derivados del 11 de septiembre y en las torturas realizadas en los campos de Abu Ghraib y Guantánamo, revela los enormes riesgos de aparatos normativos que al ser vehiculizados por gobiernos democráticos y ejecutivos, devienen en ejercicios de dominación y abuso de ciertos grupos sociales o individuos, confundiendo fácilmente los umbrales, ya de por sí bastante difíciles de establecer, entre lo excepcional y lo normal, entre los considerados «enemigos públicos» y los «opositores políticos» en los sistemas democráticos. Múltiples evidencias empíricas arrojan que bajo la égida de este tipo de derecho y amparados bajo la lógica de «globalizar la justicia democrática» se han vulnerado principios decantados por la dogmática penal nacional e internacional y especialmente derechos y garantías fundamentales de las personas naturales, puesto que atenta contra presupuestos de la esencia del Estado de derecho, como son las garantías procesales, ciertos elementos del derecho penal material (Muñoz, 2005:171) y en esencia, del derecho penal garantista (Sandoval & Abello, 2006).

En el concierto colombiano y con especial ahínco en la segunda mitad del siglo XX, la injerencia del poder político ha sido recurrente en el proceso de tipificación o descripción de las conductas punibles. De todas formas, aquí pueden evidenciarse fluctuaciones históricas que no deben pasarse de largo fácilmente. Durante décadas el poder ejecutivo utilizó y normalizó la figura del «estado de sitio», bajo el amparo del artículo 121 de la Constitución de 1886.² Con la Constitución de 1991 dicho recurso cayó progresivamente en

2. Uno de estos periodos de turbulencia fue el de la «Violencia», que se vivió en el país, entre 1946-1964. Para una caracterización de este periodo se recomienda el texto de Palacios (2003). Amparados en este artículo 121, la Junta Militar que daría paso al Frente Nacional, dictó en 1958 las denominadas «medidas de extrañamiento» para «devolver» a la vida civil a todos aquellos «elementos» por fuera de la ley (los denominados bandoleros para la época). Estas medidas tenían el carácter de «emergencia» e iban desde la prohibición a ciertas personas de residir en algunos lugares, portar armas, hasta ofrecer o prometer dinero (Cfr.

desuso, al punto que, como reconoce Orozco (2009:3), «dejó de ser el mecanismo de soberanía mediante el cual se definieron y regularon las fronteras de lo delictivo y, con ello, también se definieron las enemistades, en situaciones de alta turbulencia política». A lo largo de los noventas la figura fue recuperada varias veces por algunos presidentes frente a «coyunturas críticas». Recientemente el gobierno de Uribe Vélez ha utilizado la figura de los «estados de excepción» para conjurar el paro de la rama judicial, atender la crisis del sector salud y, aunque no lo hizo, estudió la posibilidad de decretar el estado para contener la posible salida de presos por vencimiento de términos en los procesos penales que actualmente se siguen contra la delincuencia organizada. Lo interesante de anotar es que si bien esta figura ha entrado posiblemente en «transformación o en decadencia» (Orozco, 2009), no obstante, el poder político desde hace ya un buen tiempo, ha tenido una injerencia permanente, dedicándose a legislar y a elaborar los diferentes tipos penales de acuerdo con el programa de gobierno y los intereses defendidos por el gobernante de turno. Aquí el problema no se relaciona tanto con la participación del ejecutivo en la actividad legislativa sino con el desconocimiento paulatino y sistemático de una serie de derechos y garantías constitucionales para ciertos grupos sociales o individuos en contextos de conflicto armado interno irregular, de transiciones fallidas y de normalización permanente de las «excepcionalidades». Más aun desconociendo principios inviolables que el mundo moderno habría decantado y reconocido a todo sujeto, como si estos fuesen inherentes a la condición humana. En este sentido, el profesor Brandariz García afirma que en un «contexto de guerra permanente, de conformación de un espacio de soberanía, de control y de conflictos globales, y de creciente indiferenciación de los pares, criminal enemigo, surge en diversos países la plasmación normativa de la nueva cultura de la excepcionalidad penal» (Brandariz, 2007:212). Y, por supuesto, Colombia no es la excepción a este movimiento expansionista del derecho penal que discrimina y restringe los «derechos fundamentales» de los individuos considerados como «enemigos del régimen».

Precisamente, con el propósito de generar insumos analíticos para esclarecer o al menos examinar con más detalle, las tensiones y dinámicas entre poder y

Periódico El Espectador, octubre 8 de 1958). Para una ampliación del tema se puede consultar el reciente libro de Cote (2010).

derecho y, por extensión, propiciar la discusión sobre el denominado *derecho penal del enemigo*, queremos en este artículo esbozar algunos de los postulados teóricos que alimentan esta noción, revelando sus aspectos críticos, así como las fragilidades y potenciales peligros que acarrea su concepción y aplicación en nuestro medio. Para las cuestiones «gruesas» de la discusión acudimos a ciertos autores que han abordado la temática desde hace algunos años, sea para refrendarla o para confrontarla, por ejemplo los juristas Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá, Alexander Baratta, Jesús María Silva Sánchez o el sociólogo Hauke Brunkhorst, entre otros. En su desarrollo también se mencionan ciertas «posturas» filosóficas clásicas de Hobbes, Kant, Carl Schmitt y Giorgio Agamben,³ quienes explícita o implícitamente contribuyen a fundamentar o a generar quiebres conceptuales frente a esta noción. Pero más allá de la discusión teórica, que por supuesto no se agota en este artículo, nuestro principal derrotero es rastrear también la manifestación y presencia histórica de este tipo de derecho en Colombia, a través de un rápido recorrido legislativo sobre el mismo y las reacciones políticas y jurídicas que ha suscitado, especialmente en las altas Cortes y algunos tratadistas nacionales. Para esta parte, reconocemos la deuda con los planteamientos de Alejandro Aponte Cardona uno de los juristas que más ha contribuido a esclarecer el tema en el país.

Aproximaciones conceptuales, antecedentes intelectuales y desarrollos contemporáneos del *derecho penal del enemigo*

El *derecho penal del enemigo* hace parte de una reformulación a escala global de las normas jurídico-penales convencionales cuyo principal propósito es más político que jurídico. Algunos consideran que esto corresponde a un proceso de «expansión y globalización del derecho penal» (Cancio Meliá, 2003; Silva Sánchez, 2001; Brandariz García, 2007; Muñoz Conde, 2005; Sandoval y Abello, 2006) En principio, este tipo de derecho asume que no se les puede

3. La reflexión sobre el *derecho penal del enemigo* no se agota en estos autores, implica postulados divergentes y convergentes presentes en Kierkegaard, Bentham, Benjamin, Foucault, Girard, Luhmann, entre otros.

tratar en calidad de ciudadanos a sujetos que han «violado» los pactos de la convivencia democrática, cometiendo delitos de «gran impacto social», por tanto, se les pueden «suspender» por «razones de Estado» sus derechos y garantías procesales a través de procedimientos normativos «excepcionales» cuyos alcances jurídicos y políticos son diferentes a los órdenes de justicia «ordinarios». Siguiendo a Jakobs, uno de sus principales promotores, autor sobre el cual volveremos más adelante, los antecedentes históricos de este tipo de derecho, nos llevan hasta clásicos del contrato y de las instituciones como Hobbes, Rousseau y Kant. En el primero es claro, al menos en *El Leviatán* (1992), que los súbditos asumen no sólo un «pacto de unión» con el soberano, sino también un «pacto de sumisión» que les garantiza a cambio de obediencia y de no perturbar la auto-organización del Estado, la protección y la paz dentro del territorio (Jakobs, 2003: 29). Sin embargo, cuando el súbdito se «rebela» contra el poder instituido, cometiendo «alta traición» y por ende fracturando los pactos de unión y de sumisión, recae en una situación de «estado de naturaleza». Y aquellos que incurren en este «delito límite», porque al menos los «reos comunes» siguen manteniendo sus derechos como ciudadanos, ya no son castigados en cuanto súbditos, sino como «enemigos». En este sentido, el argumento hobbesiano es más o menos el siguiente: al súbdito que acepta la obediencia se le protege jurídica y políticamente, al enemigo que la rechaza o la vulnera, se le persigue con todo el rigor.

Posición similar se encuentra en Rousseau, para quien el criminal «al atacar el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes, y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se da al muerte al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo» (1998:34). Ahora bien, según Brunkhorts, desde la óptica del descarnado realismo político hobbesiano es claro aquí que «el derecho se subordina a la finalidad primaria de asegurar la paz y por ello también, y bajo ciertas circunstancias, admitir [ciertos mecanismos extrajudiciales] como la tortura, que sirvan para garantizarla y autoconservar el Estado» (2007:38). Así las cosas, el individuo sobre el cual se aplica este derecho «existe jurídicamente sólo como un individuo desposeído de derechos en un estado natural (...) por eso “al Estado” no se “le permite” tratarlo más como persona» (Brunkhorst, 2007: 39).

Ahora bien, Kant, al igual que Hobbes, también es un defensor del contrato y de las instituciones.⁴ Desde su perspectiva cualquier ser humano o pueblo que se encuentre en un estado de naturaleza y llegado el caso contribuya con ello a privar de la seguridad y lesionar a otros, así sea de forma indirecta o directa, especialmente a los que se encuentran dentro del pacto social, lo hace merecedor de ser etiquetado como una «amenaza», como un «peligro». Con ese individuo sólo hay dos caminos, se le puede obligar a entrar en un «estado comunitario-legal» o a abandonar la «custodia de la seguridad» que proporciona la sociedad. Dadas las cosas así, no se le debería tratar «como persona», «un fin en sí mismo», más bien, se le podría considerar «un enemigo» (Jakobs, 2003: 31). Por consiguiente, según Jakobs, «Hobbes y Kant reconocen un derecho penal del ciudadano contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio, y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio» (2003: 32).⁵

De otra parte, es necesario resaltar que los mismos prepuestos conceptuales que dan origen al contrato social, son precisamente los que permiten dar a todos los súbditos un trato igualitario en virtud de la convención, pues existen suficientes argumentos, por lo menos en Rousseau y Kant, para descartar cierto tipo de discriminaciones o de tratos preferenciales. El reino de los fines en Kant obliga a considerar los fines del otro como si fuesen los míos y, Rousseau descarta la pena de muerte bajo la consideración de que nadie suscribiría una convención donde se otorga poder al otro o al Estado para acabar con la propia

4. Aunque a diferencia de Hobbes, en Kant el contrato es concebido menos como un imperativo hipotético (un medio para alcanzar un fin) y más como un imperativo categórico (un fin moral en sí mismo). En ese sentido, el contrato es un «ideal de legislación» para garantizar la convivencia, limitar al gobierno en sus funciones y sobre todo y alcanzar la justicia pública. Para una revisión más exhaustiva del tema se recomienda *Metafísica de las Costumbres* (1993) y *En torno al tópico «tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»* (1986). También hay una buena síntesis del asunto en Jaramillo (2004).

5. Según Jakobs, otros autores como Rousseau y Locke, extreman las medidas frente al delincuente, considerándolo siempre un enemigo. Sólo Hobbes y Kant introducen una diferenciación importante para el destinatario de expectativa normativa, entre aquel que persiste en el delito por principio, de aquel que no lo hace (Jakobs, 2003: 55). Si quisiéramos irnos más atrás en el tiempo, nos encontraríamos con que los sofistas insisten en que al incapaz de participar del honor y la justicia como virtudes sociales hay que expulsarlo de la ciudad. En el Medioevo se consideraba al delincuente como carente de dignidad y el Estado podía disponer de su vida.

vida. Luego, los autores sobre los que se funda, en principio, una apuesta al derecho penal de enemistad, también pueden ser leídos como sus principales objetores. Recordemos, que hay quienes han querido ver en Kant y en Rousseau, teóricos que contribuyen a cimentar el autoritarismo y el denominado «terror de la virtud».

Más allá del realismo político hobbesiano y del idealismo moderado kantiano o rousseauiano (o radical según se haga la lectura), el *derecho penal del enemigo* encuentra una mayor fundamentación teórica en la obra de Carl Schmitt, principalmente en *El concepto de lo político*.⁶ Según éste filósofo, la esencia de todo Estado está en su capacidad para asumir «decisiones fundamentales» las cuales le dotan a esta institución de una «identidad clara y precisa» frente a otras, pues es sólo en la «excepcionalidad» cuando una comunidad política muestra su capacidad de acción al tomar la decisión fundamental que conlleva las estrategias para su supervivencia, y es esa decisión la que representa la más pura manifestación de la acción política (2002: 14). Desde su óptica «decisionista»,⁷ la capacidad para ser «políticamente efectivo» no necesariamente «políticamente correcto», ya sea en los «estados de excepcionalidad» o de «normalidad», ya sea para «declarar la guerra» o «definir quién es el enemigo» o «quién es el amigo», se personifica en las «decisiones» del soberano, quien a su vez configura el orden «necesario y suficiente» para la aplicación de la norma jurídica. Desde esta visión, la autoridad estatal es un requisito previo a toda posibilidad de vigencia del derecho. Pero a su vez, tanto la autoridad política como el derecho,

6. De todas formas, no es la única obra donde podemos encontrar claves sobre el tema. Benavides (2007) señala de manera pertinente que, desde sus primeros escritos sobre *La dictadura* hasta *La teoría del Partisano*, en Carl Schmitt nos topamos con tres elementos transversales en su propuesta teórica como son los de «excepción», «decisión» y «orden concreto». En nuestro caso, estos elementos están a la base de la fundamentación teórica del *derecho penal del enemigo*. Sin embargo, su comprensión detallada, más allá de la simple mención que realicemos aquí, ameritaría un espacio mayor del que disponemos en este artículo.

7. La perspectiva decisionista proviene de la influencia de la obra de Joseph de Maistre, en particular su crítica a la tendencia liberal de conjurar los problemas del Estado mediante el diálogo y no mediante decisiones efectivas (Benavides, 2008).

presuponen lo político.⁸ Es en esta «dimensión esencial», donde se encuentra el «entronque» con el *derecho penal del enemigo*.

La posición de Schmitt frente a la toma de decisiones parece estar acorde con un régimen totalitarista. ¿Qué pasa entonces en las democracias? Frente al caso concreto de las democracias, las decisiones, en principio, son tomadas por una pluralidad de individuos que actúan como órgano de representación del pueblo. Aun así, se disuelve la idea de lo político como la manifestación del poder en la toma de decisiones de un grupo particular que impone su voluntad al resto de los asociados, puesto que todos deberían participarían, ya sea directamente o por representación en la toma de la decisión propiciando una igualdad. Sin embargo, la democracia como forma de gobierno no solo se rige por el principio procedimental de las mayorías, en ella subyace un principio sustantivo que involucra la igualdad como criterio unificador y guía de la decisión fundamental, no de cualquier decisión. Y esa homogeneidad resultante de la igualdad lleva consigo la posibilidad de la imposición del criterio de las mayorías sobre parte del pueblo. Por esta vía, queda excluida de la capacidad de decisión o soberanía. De allí que la democracia, en términos schmittianos, no sea del todo compatible con el pluralismo, pues en última instancia, a pesar del «halo participativo» siempre hay alguien que decide, alguien que ostenta el poder político y se impone sobre los otros. En ese orden de ideas, el derecho viene dado y a favor desde aquel que exhibe el poder político.

Así, según Schmitt, «la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos es la distinción de amigo y enemigo. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio (...) es desde luego una distinción autónoma» (Schmitt, 2002:56). Precisamente, la determinación de lo político por un «criterio» mínimo de amigo-enemigo permite diferenciar éste ámbito, de otras esferas de la vida social, como pueden ser la moral, la economía, las

8. En Schmitt, es claro que «lo político» es anterior al Estado. Recordemos la famosa sentencia: «mi primer axioma dice: el concepto del Estado presupone el de lo político» (2002: 43). Así, «lo político» encarna un orden, una condición de cosas relativamente organizada, estable y regulada. «Lo jurídico» en cambio, tiene cabida cuando «lo político» ha logrado concreción en el Estado (no cabe aplicar el derecho en un caos). El Estado materializa lo político, y hace operativo, además del «monopolio de la violencia» la «efectividad de la norma».

dimensiones estética o psicológica, entre otras. Este criterio «límite», permite establecer la intensidad con que alguien se adhiere o se separa del régimen, en una rotunda declaración de realismo político. Pero ¿quién es el enemigo desde la perspectiva de Schmitt? La respuesta aquí es concisa, es el *hostes*, «el enemigo público,⁹ que no necesita ser moralmente malo o estéticamente feo; que no necesita aparecer como un competidor económico, y puede incluso ser ventajoso hacer negocios con él. Pero es, a pesar de todo, el otro, el extraño; y es suficiente por su naturaleza que él sea (...) existencialmente algo diferente y extraño, de modo que en el caso extremo sea posible tener conflictos con él» (2002:59). Es claro entonces que Schmitt no reconoce cualquier tipo de enemistad, sino «solo aquella que pueda convertirse en una enemistad política, o sea que alcance a ser beligerante» (Benavides, 2008:76). Así las cosas, el enemigo público es una «entidad» construida y reconocida políticamente, pero también inventada socialmente bajo un régimen.¹⁰ Si bien, en su proceso de construcción e invención, pueden intervenir valores morales e intereses subjetivos del soberano, lo más importante es cómo las más profundas raíces de la «emotividad nacional» pueden ser excitadas y movilizadas ideológicamente por el discurso y la práctica soberanas para identificar y combatir en la escena política a nombrados y etiquetados como los «enemigos públicos». En este sentido, es importante destacar que la categoría de enemigo es una creación del soberano, es él quien señala y sentencia a los que no comparten sus modos y prototipos de acción política, construye delincuentes, separa de las garantías

9. El *hostes* es el «enemigo público», el *inimicus* es el «enemigo privado». Si el primero exige reconocimiento en la batalla política, al segundo se le persigue para destruirlo. Ahora bien, un Estado puede ser enemigo público de otro Estado, pero lo es en tanto *alter* soberano, una especie de «par beligerante». En otras palabras, cada uno se acepta como enemigo ante las normas de derecho internacional, con su capacidad de hacer legítimamente también la guerra, en tanto persona artificial poseedor del *ius bellum*. Así, Schmitt le otorga al enemigo institucional un status, una posición, no lo ve como a un «criminal». Sin embargo, dentro del Estado, el soberano no reconoce iguales, por lo tanto, el oponente es tratado como un contrincante (*inimicus*) y por ello mismo debe ser destruido» (Benavides, 2007). Si el soberano reconociera la «igualdad del oponente» la guerra civil sería una guerra entre iguales, pero el soberano no admite enemigos o contrincantes dentro de su territorio, solo amigos son admitidos.

10. Tanto el «enemigo» como el «crimen» son creaciones sociales, definidos por relaciones sociales de poder. Este tema puede ser ampliado en Bustos (1987), Baratta (2004), Sandoval y Abello (2006).

jurídicas brindadas a quienes considera como amigos y además posiciona «narrativas de miedo»¹¹ frente a estos.

De todas formas, para Schmitt, el soberano representaría una especie de «bestia durmiente» que sólo aparece cuando hay un evento excepcional que necesita ser solucionado» (Benavides, 2008:62). En ese sentido, el imperio de la decisión efectiva que recae sobre éste, se realiza, la mayor parte del tiempo, en «situaciones normales jurídicas». Pero, el asunto deviene problemático y paradójico, según la lectura de Giorgio Agamben (2003) cuando Schmitt parece asumir que «el soberano está al mismo tiempo, afuera y adentro del orden jurídico». En esa medida, así como el soberano produce normalidad o está dentro de situaciones normales la mayor parte del tiempo, también en caso de situaciones críticas, por ejemplo, en circunstancias de «pacificación» o de «guerra», es el único que «decide acerca de la excepción» (Schmitt, 2001). Se produce entonces una tensión entre el adentro y el afuera del derecho. El soberano se mueve entre los dos. Aun así, es en estas situaciones límites donde el orden concreto existente es amenazado con alterarse o fracturarse, donde se pone a prueba, de forma decisiva, el poder del soberano. El soberano en tanto defensor del orden concreto puede decidir a quién neutralizar y a quién no. Es a él solo al que le compete nombrar quién es ciudadano y quién es enemigo, y qué derecho se merece cada uno de ellos. Para ello, como ya sabemos, se puede valer de «leyes especiales», ya sea de los «poderes de emergencia» (definidos por la Constitución) o del «estado de excepción» (definido por el soberano). El problema está en que el soberano, a través del estado de excepción «hace del derecho el mecanismo biopolítico y paradójico que, al incorporar la anomia en el nomos, garantiza al poder soberano la posibilidad de disponer de la vida» (Hernández, 2008).

Sin embargo, es a todas luces contrario a la esencia misma del Estado de derecho, el hecho de que sea el soberano quien, a través de su poder político, conciba un «derecho» o unos presupuestos normativos contrarios a los principios generales del derecho, un conjunto de cánones expresamente orientados a desconocer derechos nacional e internacionalmente reconocidos a los ciudadanos, bajo el amparo y la decisión de considerarlos enemigos del Estado.

11. Este tema de las «narrativas del miedo» es desarrollado ampliamente por el sociólogo argentino Gabriel Kessler (2009).

Situación que ocurre bajo el amparo de la idea de la existencia de una autoridad política pre-jurídica, por llamarla de alguna manera, que subsiste a pesar de encontrarnos en el Estado de derecho. Y es esta autoridad, según Schmitt la que opera como precondition a la validez del derecho, puesto que «no cabe aplicar derecho alguno a un caos. Es necesario que la realidad a la que se aplica la norma esté previamente configurada de algún modo. Y ello le lleva a postular la necesidad de una autoridad como requisito previo a esa posibilidad de la vigencia del derecho» (Schmitt, 2005:21). Derecho que, como ya se dijo, termina en función de los intereses del gobernante y no precisamente de los gobernados, cual es el caso del derecho penal de la enemistad.

Ahora bien, Günther Jakobs, es el jurista que ha realizado el mayor desarrollo teórico y los aportes más polémicos en torno a este tipo de derecho. De entrada reconoce que tanto el derecho penal del ciudadano como el *derecho penal del enemigo*, funcionan «como dos tipos ideales que difícilmente aparecen en la realidad bajo una forma pura». Sin embargo, aunque resulten dos tipos ideales, es posible considerarlos «dos tendencias que se superponen y solapan en un solo contexto jurídico-penal(...) además de ser legítimas [ambas]» (Jakobs, 2003:21-22, 55). Este tipo de afirmaciones no es nueva, pues ya Edmund Mezger –citado por Muñoz Condese– había pronunciado en igual sentido, al advertir que en futuro habría dos tipos de derecho, uno para la generalidad de las personas, esto es aquellas que se adaptaban con facilidad a los presupuestos y políticas de Estado y, otro «derecho especial» para un grupo minoritario de personas entre los cuales se encontraban los delincuentes con tendencia criminal permanente o las personalidades mórbidas, a quienes debería recluirse de manera indefinida (Muñoz, 2005:170).

Para conceptualizar sobre los dos tipos de derecho, Jakobs se remonta hasta los filósofos de tradición contractualista, en este caso, Hobbes y Kant, dado que no sólo fundamentan la legitimidad del Estado moderno mediante un contrato, sino que además permiten entender la naturaleza de las relaciones que los individuos establecen con el Estado y el campo jurídico. Así, aquellos que obedecen lo pactado, son protegidos y respetados como ciudadanos, pero aquellos que lo infringen son considerados enemigos. Esto le sirve a Jakobs para formular una de sus afirmaciones más polémicas que reza así: «el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, mientras que el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas

de seguridad) combate peligros» (Jakobs, 2003:33). Desde esa perspectiva, el «Estado no habla con sus ciudadanos sino amenaza a sus enemigos» (1999). Pero el debate está en saber y precisar quién es el enemigo y el tipo de peligros a los que se combate, dado que los Estados, atendiendo a los intereses de momento, fabrican enemigos y crean peligros, el mismo Hobbes hablaba en el Leviatán de la importancia del miedo como un recurso a la obediencia. Luego se está, en la condición de súbdito, bajo la amenaza constante de ser declarado enemigo del Estado por los más disímiles motivos y, en consecuencia, hacerse mercedor del peso normativo de un derecho penal de enemigo que desconoce las más elementales garantías y derechos a los miembros de la colectividad que disienten de las políticas impuestas por los regímenes hegemónicos. De allí que el mejor recurso para hacerse obedecer cuando no se logra la creencia en la bondad del régimen, es el miedo, pues los hombres entienden el miedo como una reacción ante peligros reales o imaginarios, miedo que puede ser magnificado, orientado y controlado por el Estado a partir de una amenaza que se presenta a través de las normas penales, es decir, por medio del llamado derecho penal de enemigo (Robin, 2004:68,69).

En el argumento de Jakobs subyace la idea de que sólo aquel que cumple con la «garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona» (2003:40) logra gozar de derechos de libertad, aún llegado el caso que cometa un delito. La ausencia de esta garantía es un indicador de que estamos frente a un «delincuente por predisposición», es decir, un criminal profesional, un terrorista de oficio, un asesino en serie o un violador. En el primer caso, la persona que mediante su conducta ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado delincuente, no deja de ser ciudadano, y «está llamado a equilibrar el daño en la vigencia de la norma» (2003:36). En el otro caso, en los que «la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona» (2003:38). Para Jakobs, el Estado en estos casos puede proceder de dos modos con los delincuentes: «puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir, mediante coacción, que destruyan el ordenamiento jurídico» (2002:47). Lo que hace, según Jakobs, que el Estado actúe tan severamente de la segunda forma, es la necesidad de una reacción efectiva, «frente al peligro que emana de una conducta reiteradamente contraria a la norma», especialmente con aquel que rechaza

por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden. Además, si al Estado se le impone la obligación de respetar al autor de un delito común, como persona, frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta normal y esperable, sencillamente una actuación distinta a la del *derecho penal del enemigo* resulta inadecuada, además de poco efectiva.

El problema radica, entonces, no en la capacidad del Estado y de sus instituciones, en la socialización de pautas de conducta o en la internalización de valores a los miembros de la comunidad, si no en la capacidad de los miembros de cumplir los postulados normativos y adherirse a la política de turno. Luego el conflicto, visto desde la perspectiva del derecho penal de enemigo, desde una visión funcionalista, es un problema de no adherencia y de inconformidad manifiesta con el Estado, problema que se debe erradicar tratando como hostil, enemigo o bárbaro al infractor, negándole cualquier forma de garantía jurídica.¹² A contrapelo, en un Estado de derecho, respetuoso de la dignidad humana, el individuo debe ser tratado como un fin en sí mismo, como alguien que al violar la norma, es susceptible de ser «reconducido» y «resocializado», con potencialidad de enmendar su acción a partir de un proceso pedagógico, de una sanción penal equilibrada, pero siempre reconociendo su estatus de persona, de sujeto de derecho, de miembro de una colectividad. Así, el conflicto en el Estado de derecho, no es patologizado a partir de etiquetar al infractor como un hostil, más bien, asume que hay fallas institucionales y que estas se distribuyen en los sistemas de formación y educación, y en las redes básicas de socialización, las cuales no lograron cumplir con su papel básico de dotar de «seguridad ontológica»¹³ a los individuos.

Desde la argumentación jakobsiana, el *derecho penal del enemigo* implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva de la imposición de cualquier pena. Así, este pensador, es del parecer que este derecho bien aplicado, resulta claramente delimitado y más o menos autónomo y, en esto puede ser menos peligroso, desde la pers-

12. Una consecuencia de esta visión radical del funcionalismo jurídico es que una simple contradicción con la norma puede generar antijuridicidad. Para una ampliación del tema se recomienda Baratta (2004), Velásquez (2005) y Sandoval & Abello (2006).

13. Para este tema de la seguridad ontológica se recomienda revisar Giddens (1998).

pectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos parciales de regulaciones (2002:56). Además, las características esenciales de este derecho serían básicamente: **a)** una amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; **b)** la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; **c)** el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y **d)** el socavamiento de garantías procesales (Jakobs, 2003; Silva, 2001). Finalmente, frente a las posibles réplicas de que con este derecho se pueden violar los derechos humanos, la posición de Jakobs es que hoy más que nunca, después del 11 de septiembre, queda más que claro que los derechos humanos se establecen mediante un Estado de derecho, pero se logran mantener vigentes, precisamente, mediante un tipo de herramienta jurídica como la que se propone (Jakobs, 2003:54-55). El asunto problemático, es que de admitirse en toda su radicalidad este argumento, estaríamos en presencia del decaimiento del Estado de Derecho, de un total distanciamiento de un derecho fundamentado en el principio de dignidad humana que reconoce a todos los hombres como un fin en sí mismos por encima de la organización política. Además se estaría frente a un despeje de criterios que permitan diferenciar lo que es bueno de lo que no lo es, y de garantizar que los individuos puedan elegir autónomamente sus proyectos racionales de vida. Al admitir el derecho penal de enemigo, estaríamos asumiendo que el individuo no sabe ni puede elegir lo que le conviene, que el Estado protector ha de decirle cuál es el camino a seguir y cómo hacerlo, limitando sus libertades individuales.

Sea el caso aquí, frente a lo que acabamos de mencionar, recordar la posición crítica del jurista italiano Luigi Ferrajolli donde se ve al subjetivismo y al sustancialismo como doctrinas con ciertos «niveles de perversidad», máximo donde se prioriza el tipo de autor por encima del acto, donde lo importante es el estatus de la persona inculpada más que la acción y la ofensa al bien jurídico, donde el derecho no tiene función regulativa sino constitutiva de los presupuestos de la pena, pues se funda más en las condiciones personales del autor que en las circunstancias fácticas de la acción criminal. Dado que

se trata, en efecto, de una técnica punitiva que criminaliza inmediatamente la interioridad o, peor, la identidad subjetiva del reo y que, por ello, tiene un carácter explícitamente discriminatorio, además de antiliberal. El caso límite es el de las leyes

penales raciales, donde una condición natural de las personas forma por sí sola el presupuesto de la pena. Pero el mismo esquema viene reproducido por la persecución penal de los herejes y las brujas y, en tiempos modernos, por el modelo nazi del tipo normativo de autor, por el estalinista del enemigo del pueblo y por el positivista del delincuente nato o natural (Ferrajoli, 1995:101).

El penalista español Jesús María Silva Sánchez (2001) ha conceptualizado alrededor del *derecho penal del enemigo*, considerándolo una especie de «tercera velocidad» en el marco del ordenamiento jurídico-penal. La «primera velocidad» correspondería a un ordenamiento donde se imponen penas privativas de libertad, pero se mantienen de modo estricto los principios político-criminales, es decir, un derecho represivo pero que respeta las garantías de los enjuiciados, como las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La «segunda velocidad», vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas «clásicos», en otras palabras, se trata de un paso evolutivo, si se quiere, de un «Estado represor» a un «Estado más conciliador» preocupado por la restitución del derecho y la restauración de las condiciones de la víctima. La «tercera velocidad», correspondería a la del *derecho penal del enemigo*, donde coexistiría la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la flexibilización de los principios político-criminales y las reglas de imputación en detrimento del enjuiciado, es decir, el sujeto a quien se aplica o se impone el derecho penal vería menoscabadas sus garantías procedimentales tanto en la imputación como en la defensa. Esta tripartición del derecho penal realizada por Silva Sánchez, tiene una especial similitud, por lo menos en los dos primeros tipos de velocidad, a la clasificación propuesta por Durkheim, a efectos de exponer las concepciones de solidaridad mecánica y orgánica, donde el derecho penal correspondiente a la solidaridad mecánica es un derecho represivo, impositor de penas restrictivas de la libertad y castigos corporales propio de las «comunidades tradicionales». A este derecho represivo se contraponen el derecho restitutivo, caracterizado por la imposición de medidas o sanciones menos graves, tendientes a superar los conflictos particulares desde una órbita individual y pensando más en la víctima que en la sociedad como receptora de la ofensa. Esta situación ubica al derecho restitutivo en las sociedades in-

dustrializadas, con amplios márgenes de individualización y marcada por una solidaridad más orgánica (Durkheim, 1995:83-173).

Para Feijóo Sánchez (2006), el *derecho penal del enemigo* también estaría caracterizado, en primer lugar, por un amplio adelantamiento de la intervención del derecho penal, es decir, por la punición de actos preparatorios o su contemplación como si se tratara de delitos autónomos. Ejemplo de estos, son los delitos de instigación, inducción, concertación, apología al crimen, entre otras. Una segunda característica estaría conformada por la ausencia de proporcionalidad entre el adelantamiento de la punición y la pena impuesta para el delito consumado, es decir, se aplicarían penas similares tanto para el delito consumado como para la criminalización de los estadios previos al mismo cuando adquieren la calidad de delitos autónomos; por último, este jurista, hace referencia al *derecho penal del enemigo* como un modelo de derecho jurídico penal propio del Estado preventivo que legisla de manera proactiva para prevenir los peligros de la sociedad del riesgo,¹⁴ tal y como la han concebido los sociólogos (Feijóo, 2006:136-137).

Hasta aquí, quizá de forma muy sintética, podemos hablar de algunas de las características generales del denominado *derecho penal del enemigo*. No sobra decir, que ciertas legislaciones al adelantar el ámbito de protección penal, a actos preparatorios e incluso idearios, y amparados en la sospecha del «enemigo público», terminan por autorizar de tajo la intervención de las autoridades en los aspectos más íntimos de la persona, por ejemplo, sus comunicaciones, sus espacios vitales, laborales y, en general, biográficos, etiquetándolos como escenarios posibles del delito. De allí se ha derivado, algo común en nuestro contexto nacional, el allanamiento sin orden judicial, la «interceptación de comunicaciones, las detenciones administrativas con la excusa de confirmar identidad y antecedentes, la interferencia en el sitio de trabajo sin ningún argumento o presupuesto fáctico que lo justifique, y la obligación permanente de empadronamiento.¹⁵

14. Para una ampliación del tema del riesgo en las sociedades contemporáneas, se aconseja la lectura de Beck (1998) y Bauman (2003)

15. Bajo este sistema de biopoder, no resulta extraño que ciertas personas sean obligadas a informar a las autoridades cualquier cambio de domicilio, decir con quién se vive, desde cuándo, en dónde, cuáles son sus desplazamientos, qué se compra, con qué frecuencia, con quién se habla o cuáles son sus amistades.

Consideraciones problemáticas y peligros que acarrea el *derecho penal del enemigo*

De entrada es necesario reconocer que este tipo de derecho por más novedad que reclame, en realidad es una especie de recuperación de medidas de seguridad para delincuentes imputables peligrosos, considerados ya en el clásico derecho penal como los «enemigos fundamentales del orden social». Así, el *derecho penal del enemigo* no es, por tanto, algo nuevo, sino, por el contrario, un derecho muy patente en el primer tercio del siglo XX (Silva, 2001:165). Sin embargo, quizá lo novedoso, como aseguran Silva y Cancio Meliá (2003) es que logra vehiculizarse en la escena global bajo una ola novedosa de expansión del derecho penal que intenta responder, siguiendo aquí a la sociología contemporánea, a riesgos globales difícilmente controlables, como la criminalidad organizada, especialmente el terrorismo global que atentan contra la seguridad democrática de las naciones y del mundo en general, pues se parte del supuesto respecto de del cual el terrorismo no reconoce ni tiene fronteras, sus posibles víctimas no aparecen diferenciadas y su capacidad destructora es innegable. El asunto es que se abusa de la noción de «riesgo venidero» con un claro tinte ideológico, más aún con una clara impronta pro-democrática, que intenta combatir el mal radical con medidas antiliberales. Así, el miedo futuro e incierto, la simple probabilidad del daño, la conjetura de lo que pueda llegar a ocurrir, se legisla bajo supuestos amañados que, de ocurrir, pueden acabar con «elementos estructurales de la organización social». Riesgo que es producto de una construcción social, una invención del intelecto humano para justificar reacciones frente a posibles acciones futuras. Además, el abuso del riesgo venidero, no toma en cuenta que los fenómenos frente a los que reacciona este tipo de derecho, no tienen la connotación de «especial peligrosidad terminal» que se predica de ellos (Cancio Meliá, 2003: 95). Producto del abuso de la teoría del riesgo y de la aparente peligrosidad del individuo catalogado como «enemigo del régimen», se adelanta la punición a actos preparatorios, como los tipos de concierto para delinquir, apologías al delito, instigaciones y otras figuras denominadas por algunos tratadistas como «delitos de mera conducta» o «de peligro». Baratta (2004), por su parte, entra a reforzar las críticas a este tipo de derecho, arguyendo que en un contexto de globalización del riesgo,

no es extraño que el *derecho penal del enemigo*, transite de ser un instrumento límite protector de los individuos, a un instrumento de estabilización social.

De lo anterior se desprenden una serie de «deficiencias» materiales y procesales que trae como consecuencia la aplicación de este tipo de derecho, tal y como ha señalado Cancio Meliá (2003). Por ejemplo, en la base de la tipificación penal no está sólo un determinado «hecho punible», sino «otros elementos» que sirven a la caracterización del autor, en este caso el enemigo público, al cual se le etiqueta y nombra bajo criterios jurídicos, pero también morales y políticos, elementos difícilmente controlables por el legislador y por el que juzga, precisamente por su alta carga valorativa e ideológica. A esto se añade que se fusionan los subsistemas político, moral y jurídico creando una complejidad adicional a parámetros que el Estado de derecho creía haber superado. Pero ahí no para el asunto, mediante este tipo de derecho, no sólo se tipifica una conducta penal, sino que ciertos «estados» y «ejecutivos», amparados en un escenario global de «punitivismo» y de uso cada vez mayor del recurso a la criminalización como único criterio político criminal (Cancio Meliá, 2002:2003), encauzan la construcción social del enemigo y especialmente de aquellos que son nombrados y considerados por ciertos sistemas políticos como peligrosos para la sociedad. Sus concepciones y aplicaciones llevadas al extremo pueden desencadenar en una instrumentalización de la condición humana del imputado. En otras palabras, se trata de la aplicación de un conjunto de normas legisladas al amparo de los procedimientos excepcionales, pero que generan discriminación o tratos desfavorables ante los agentes perpetradores de las conductas definidas como delitos atentatorios del orden público, de la seguridad democrática de la moral social, de la paz, del régimen constitucional, de la pacificación, entre otros bienes jurídicos y sociales.

Ejemplo de este tipo de normas lo podemos encontrar en los Estados Unidos como resultado de los ataques del 11 de septiembre de 2001, y que aparecen en la norma *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot Act) of 2001*¹⁶ y en la *Military Order of November 13, 2001 Detention, Treatment, and Trial of Certain*

16. Documento que se encuentra en la página: <http://intelligence.senate.gov/patriot.pdf>

Non-Citizens in the War Against Terrorism»,¹⁷ donde se brinda la posibilidad de detener, encarcelar y limitar el derecho de defensa de supuestos terroristas o enemigos de Estado, se ocultan pruebas a los abogados defensores y no se les permite acceder a audiencias especiales. De otra parte, se autoriza a tribunales militares para juzgar a los prisioneros de terrorismo, se modifican los términos procedimentales y se permite la interceptación de comunicaciones sin orden judicial. Una clara manifestación del llamado derecho penal de enemigo.

Ahora bien, lo que preocupa aquí, siguiendo a Hernández (2008), es que si bien el derecho liberal se fundamenta clásicamente en la necesidad de poner límites al poder soberano en general, y particularmente en prohibirle «disponer de la vida del otro», cuando el derecho se suspende porque no existen las llamadas por Jakobs, «garantías cognitivas mínimas», el riesgo real que se corre y en esto es posible seguir a Agamben es que aquello que el derecho y el Estado mismo resguardaban, queda completamente a merced del soberano (ejecutivo). Pero aquello que queda a merced del arbitrio del poder absoluto, no es simplemente una «vida» sino una «vida desnuda», esto es, despojada de toda protección y blindaje que le puede otorgar el derecho garantista. De esta forma, si el Estado en las concepciones contractualistas significaba el fin de la guerra y la protección de los súbditos, ahora vemos al Estado (Ejecutivo) urdir una batalla en contra de los ciudadanos, especialmente de aquellos a los que se les considera enemigos. Esta situación se materializa, entre otras formas, delegando una serie de funciones al aparato policivo, funciones que, en esencia, competen a la actuación judicial. Por ejemplo, actuaciones ya señaladas como interceptación de comunicaciones, capturas y allanamientos sin orden judicial, limitación al derecho de expresión y de locomoción u obligación de informar cualquier cambio de domicilio, etc. En este sentido, el estado de excepción, sería entonces una de las tantas medidas extremas, propiciadas por la misma tradición «democrática», donde se materializa el *derecho penal del enemigo*. Aquí se evidencia claramente el «carácter biopolítico del derecho contemporáneo», en tanto que incluye a la vida de los individuos en los cálculos del poder mediante la propia suspensión del derecho (Agamben, 2003; Hernández, 2008). En este

17. Documento que se encuentra en: Federal register. Vol. 66. No. 222, Friday, November 16, 2001, apoyado en la pág web: <http://www.torturingdemocracy.org/>

sentido, no estaríamos lejos, a partir de una radicalización de este derecho, de una colonización de la vida por los dispositivos policivos.

De otra parte, mediante este derecho, el Estado se vale de una herramienta que no es sólo jurídica sino que tiene alcances ideológicos sobre todo cuando se vehiculiza a través del uso de los medios de comunicación para construir al «enemigo público». En ello no se escatima esfuerzo para generar «degradación» en la condición del imputado, al que se le pueden atribuir hechos reales o imaginarios, convirtiéndose en el objetivo de los medios que aprovechan para escenificar y magnificar los sucesos, auspiciados, claro está, por los organismos de policía. Con ello se justifica su negación, se le despersonaliza y se le hace merecedor de un trato diferenciado y discriminatorio. En este proceso de construcción del enemigo, el Estado se presenta como el gendarme del orden, como el canal legítimo para lograr los fines sociales. Así, se rechaza al enemigo, se le declara la guerra, y de ser necesario, se le sacrifica en función de la pacificación, del orden público, o en función de la reconciliación nacional y la seguridad democrática. Lo paradójico de todo esto es que el Estado liberal que se presenta como la minimización de la intervención, aparece aquí, al decir de Brandariz, como el Estado fuerte capaz de reproducir una narrativa legitimadora de los más cruentos tratamientos contra el denominado enemigo, negando su condición de ciudadano (Brandariz, 2007:226-228). No obstante, hay quienes presentan algunas razones de Estado con el propósito de legitimar sus regulaciones, ideas como la defensa nacional, aparecen en procura de otorgarle validez a este tipo de derecho, pero subsisten aspectos aún críticos y por solucionar, especialmente en torno a su «condición de legitimidad». Por ejemplo, la pregunta necesaria de si el mismo sigue siendo «derecho», o es ya, por el contrario, un «no-derecho», una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos «excluidos» de antemano de todo debido proceso. Adicionalmente, cabe cuestionar su esencia como Estado de Derecho, como organización política regulada por normas con arreglo a fines donde la persona alcanza su máximo desarrollo, o si, por el contrario, es el individuo un agente subordinado a la colectividad. Además obligaría a una revisión permanente e intensa sobre los presupuestos políticos y jurídicos de este tipo de regulaciones, los cuales son acogidos por los Estados, en la mayoría de los casos, sin ningún tipo de sospecha. (Silva, 2001). Uno de estos elementos frente a los cuales habría que sospechar radicalmente es que aun siendo concebido como una medida de emergencia transitoria, los mis-

mos ejecutivos han tendido a normalizarla como una «medida de emergencia perdurable». La tendencia a normalizar lo excepcional, tiene elevados costos para la libertad de acción (Cfr. también Ferrajoli, 1995), pero también como lo había previsto Agamben (2003) para la generación de un vacío donde la vida misma queda al desnudo frente al poder del soberano.

Finalmente, en la «persecución del peligro», necesaria en toda democracia, un detonante perverso para lograr que prime lo normal y no lo excepcional, es el uso de un «lenguaje bélico»,¹⁸ el cual se ha extendido más allá del realismo político de Schmitt, y se ha utilizado y se sigue utilizando para sustentar las legislaciones de emergencia y de excepción. Así, expresiones tan comunes en las prácticas nacionales e internacionales como «lucha contra la corrupción», «lucha contra el crimen organizado», «lucha contra el narcotráfico», «lucha contra la subversión», «lucha contra el secuestro», «lucha contra la extorsión», se han sedimentado y naturalizado en muchos ámbitos jurídicos al momento de justificar la restricción de derechos fundamentales y garantías constitucionales en el marco de unas normas aparentemente dirigidas a combatir la impunidad y el crimen organizado (Aponte, 2006). En este sentido, el peligro manufacturado ideológicamente, da origen a los denominados «tipos de peligro abstractos», es decir a una serie de descripciones normativas caracterizadas por proteger bienes vagos como el bien común, la seguridad pública, el orden justo, sin que se especifique en qué consiste tal bien, más bien, prohibiéndose la realización de conductas por el mero hecho de su peligrosidad (Sánchez García, 2007:1719).

Derecho penal de la enemistad en Colombia

La legislación colombiana sobre «la excepción», puede ser considerada expresión de un derecho penal de la enemistad. Su aplicación puede rastrearse posiblemente hasta la época de la Violencia en Colombia, aunque más claramente se remonta a 1978, cuando la noche del 6 de septiembre, el Ministro de Gobierno

18. No es el tema del artículo, pero debe considerarse que el lenguaje bélico permea las instituciones jurídicas que, en principio, surgen como alternativa al uso de la violencia desbordada y pretenden alcanzar la paz a través de un uso legítimo de la fuerza, en este caso, la autoridad reglada.

del entonces Presidente Julio Cesar Turbay, anuncio la creación de un estatuto que pretendía defender las instituciones democráticas y a los ciudadanos, restringiendo severamente las libertades, pues con la expedición del Decreto 1923 de 1978, bajo el nombre de Estatuto de Seguridad, se confirieron funciones de policía judicial a los miembros del Ejército para juzgar a los subversivos, entre otra serie de prerrogativas. Todo esto, mucho antes de haber sido concebida por el profesor alemán Günther Jakobs e inspirada en el pensamiento de Schmitt.¹⁹ No es exagerado en tal sentido, considerar que el *derecho penal de enemigo* «local» antecede en la práctica a su formulación teórica y a la aplicación de la teoría al caso concreto. En ese sentido, constituye un reto investigativo indagar sobre los fundamentos teóricos de un tipo de derecho penal que encuentra cabida y aplicación casera y «no inocente», según lo ha reconocido el mismo Cancio Meliá (2003:93) para el caso colombiano. El que el derecho penal de la enemistad tenga un desarrollo teórico en otro continente, bajo realidades sociales muy ajenas a las nuestras y, sin embargo, sea aquí, en Colombia, donde su manifestación fáctica cobre absoluta vigencia, puede decirnos mucho sobre la calidad de nuestra democracia y el tipo de visión que se tuvo en determinadas

19. El forjamiento de un derecho penal de enemigo es producto de las actuaciones del ejecutivo, liderado por el presidente de la República en el caso colombiano, quien es el encargado por excelencia de producir la política criminal, por lo menos la política criminal de emergencia, que en realidad constituye la política de más impacto sobre todo el orden social, jurídico y político. Aun así, según Aponte, «es necesario aclarar que ello no ocurre necesariamente de manera intencional. Es decir, no se trata necesariamente de un «objetivo» intencionalmente buscado por el legislador de excepción, o «calculado estratégicamente» (Aponte, 2006:370). Ahora bien, siguiendo a Camargo (2002) las implicaciones generales de la legislación de emergencia en Colombia, se manifiestan prácticamente desde el 9 de abril de 1948, con el asesinato del dirigente popular Jorge Eliécer Gaitán. También podrían rastrearse en las medidas que señalamos arriba de «extrañamiento penal», a finales de los cincuenta. Algunos van más allá y consideran que desde el período conocido como «La Regeneración» que inicia en 1886, se siente el impacto del «estado de sitio» en tanto proceso connatural al derecho, la política y la gobernabilidad con la famosa disposición K y la Ley de los Caballos, posteriormente con la Ley Heroica de Abadía Méndez en 1926, hasta llegar al gobierno de Ospina Pérez. Con la Constitución de 1991 se buscó plantar algunos límites para detener su uso indiscriminado, por ello se estableció la justificación de «circunstancias verdaderamente graves y excepcionales para dar lugar a su declaratoria». Además, las normas que lo desarrollan deben guardar estrecha relación con las motivaciones generatrices y ser proporcionales a sus causas y *pro tempore*. En la Constitución del 91, se prohíbe la limitación de los derechos humanos contenidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual ha generado que disminuya drásticamente su utilización por parte de los gobiernos de turno.

coyunturas frente a las libertades y garantías procedimentales. Por ahora baste decir que este derecho se expresa en países de nuestras latitudes, entre la protección constitucional amparada en el reconocimiento de la dignidad humana y el desconocimiento de derechos fundamentales a propósito de la emergencia del clima punitivista, en otras palabras, se presenta al unísono con los discursos garantistas como si ello fuese compatible.

La reflexión y análisis que generemos al respecto, pretende contribuir al entendimiento de un fenómeno jurídico nacional extendido y sedimentado, aunque busca también propiciar un espacio de debate más allá de lo teórico, sobre la instrumentalización jurídica y abuso ideológico de la norma. A este respecto, es el jurista colombiano Alejandro Aponte, quizá uno de los que más contribuye con su texto *Guerra y derecho penal de enemigo* (2006). En lo que sigue, haremos referencia permanente a las tesis desprendidas de la lectura de este libro, buscando en lo posible, mantener la conexión con lo dicho en los dos apartados anteriores. Éste autor, apoyado en una amplia revisión bibliográfica y en su profundo conocimiento sobre Schmitt,²⁰ analiza detenidamente la noción del derecho penal de enemistad, comparando sus postulados clásicos con el caso colombiano, más concretamente frente a la legislación de emergencia producida durante las décadas comprendidas entre los años ochenta y noventas, extendiendo su análisis a la legislación emitida en los últimos años y su respectivo desarrollo jurisprudencial.

En comienzo, el *derecho penal de enemigo* en Colombia, se enmarca dentro de un contexto singular en el que confluyen y se entremezclan, desde hace varias décadas, diversas formas de violencia, unas más coyunturales, otras más estructurales, y donde el conflicto armado interno es difuso por el mimetismo e indiferenciación de sus actores, lo que conlleva a que «el enemigo sea totalmente indistinguible. Esta situación contextual propicia confusiones entre la guerra y el derecho, al punto de transformar la legislación en una normatividad emitida para contrarrestar la lucha entre las diferentes facciones del poder, que «compiten por el monopolio tanto del uso de la fuerza como del cobro de la

20. El profesor Aponte ha realizado también una lectura de Schmitt en el derecho penal, en un texto de 1998. De todas maneras no es el único lector que reflexiona con cierto juicio sobre este autor en nuestro medio, especialmente su impronta en la política y en el derecho; aquí nos encontramos con los trabajos de Benavides (2008); Giraldo y Molina (2008); Guerrero (1998) y Orozco (1991).

tributación», ambas características esenciales al Estado moderno, si acogemos la tesis weberiana. Este monopolio es pieza clave en un Estado de derecho, dado que allí donde no se logra estructurar un dominio legítimo estatal de la violencia, no es posible un derecho como forma de reglamentación de la acción humana y, menos aún, esperar de los ciudadanos unas conductas orientadas con arreglo a fines normativamente establecidos. Aquí es clave la lectura de Schmitt, en tanto la ausencia de este monopolio, es reflejo de la ausencia de autoridad y, sin ella, no hay lugar para la norma. La autoridad presupone el orden como precondition del derecho.

En la visión del profesor Aponte, el derecho como institución requiere de un sustrato social donde la creencia en el poder contribuye a la legitimidad y fortaleza del orden colectivo. En ese sentido, la «expectativa de paz» que lleva consigo el orden normativo, necesita de unas instituciones afincadas en las más profundas raíces societales. De tal forma, que la colectividad logre interiorizar en los participantes, la creencia firme y duradera que quien ejerce el poder lo hace legítimamente como sujeto autorizado. Mientras dicha creencia no exista, se puede hablar de ordenes políticos regidos por la fuerza, más no de Estado en el sentido moderno de la palabra, esto es, como institución que mantiene y conserva el monopolio legítimo de la violencia. Precisamente, en contextos de «mercados de violencia» o de «monopolios parciales y fragmentados de la violencia» (Orozco, 2009), donde la disputa por el poder en cabeza de diferentes actores, da lugar a lo que algunos han denominado «soberanías en vilo» o territorialidades bélicas» (Uribe, 2001; González, Bolívar & Vásquez, 2003) se promulgan leyes pero no se cumplen y, conviven de manera alternativa, normatividades incluso contradictorias entre sí.

Quien ostenta el poder del Estado debe, ante esta circunstancia, luchar por la apropiación de la obediencia y la eliminación de regímenes paralelos a las normas ya establecidas. En la subrogación del monopolio de la fuerza, se puede desviar y confundir la política criminal con la política social o con la política «a secas», situación que desemboca en la regulación criminalizante de actividades incluso legítimas. Esto puede desencadenar en el uso exacerbado del derecho penal como alternativa frente a situaciones que se pueden solucionar con un uso adecuado de políticas sociales. Un ejemplo de este abuso del derecho se encuentra en la criminalización de actividades como la siembra de coca en regiones apartadas del territorio colombiano, donde el cultivo de productos

lícitos hace inviable la subsistencia de las personas que allí habitan o también en la criminalización de la protesta. La garantía de dominio territorial se termina construyendo sobre la base de una serie de «tipos penales alternativos» a la legislación ordinaria para someter a quienes atentan contra la dignidad moral del régimen. Es el caso de la rebelión y de una serie de actividades que, aunque auspiciadas por estos, no constituyen en esencia un conflicto para el orden constitucional. Por ejemplo, actividades como el narcotráfico, el secuestro, el terrorismo, la extorsión, la corrupción administrativa, entre otras, se convierten en «estatutos especiales» orientados a erradicar de «forma eficientista» el fenómeno delictual pasando por encima de las garantías de los ciudadanos, donde los sindicatos son tomados como enemigos y, por tal razón, se les desconocen los derechos fundamentales a efectos de realizar o materializar el derecho estatuido con propósito de fortalecer el orden institucional.

El asunto a tomar en cuenta aquí, es que a un cierto tipo de sujetos se les restringe la comunicación, se les imposibilita el derecho a la defensa, se les niegan las rebajas establecidas para los demás delitos, se les nombra jueces especializados, y se les hace sujetos de un conjunto de trámites, la mayoría orientados a imposibilitar el ejercicio de su defensa, desconociendo su presunción de inocencia. A otros, sin embargo, se les cataloga no como «enemigos», sino que se les otorga la condición de «beneficiarios» de ciertas prerrogativas, con la finalidad de garantizar la reconciliación nacional. Tal puede ser, para el caso colombiano, de los grupos paramilitares, denominados por la ley 975 de 2005, como «grupos armados ilegales» que al desmovilizarse y confesar plenamente sus delitos entran a ser sujetos de penas alternativas y beneficiarios de estrategias de rehabilitación y reinserción a la vida civil. Lo cuestionable aquí, no es que se generen estas medidas de excepcionalidad válidas por ejemplo en casos transicionales, sino que se termine desvirtuando la justicia en función de fines excesivamente pragmáticos, a fin de favorecer ampliamente a quienes como los grupos paramilitares, de manera abierta y por medio de las armas ejercieron el terror.

Ahora bien, aunque dichos estatutos se pueden elaborar en un marco de excepcionalidad para neutralizar ciertos delitos y ciertos «enemigos», no hay que pasar de largo que la naturaleza misma del conflicto colombiano, donde el Estado no ostenta el monopolio legítimo de la violencia y algunos agentes desconocen o niegan las lógicas sociales y políticas propias que subyacen al

mismo (conflicto),²¹ hace que dichas normas terminen criminalizando a los más desfavorecidos del orden social (los marginados, los campesinos, los pobladores de las regiones más apartadas). En otras palabras, se trata de una transfiguración del enemigo público en enemigo socialmente vulnerable. Del enemigo público que tiene diferencialmente un poder mayor para contrarrestar el impacto de este tipo de legislación sobre su condición, derivamos hacia estos enemigos vulnerabilizados por el régimen, que no cuentan con las herramientas y los recursos para blindarse frente a los impactos de estas medidas. Lo problemático es que como parte de esta lógica de persecución, terminan estando los sindicalistas, los miembros de partidos de la oposición y, en general, todos aquellos para quien el estatuto no contempló la posibilidad siquiera de alcanzar su condición de «amigo del régimen». En este sentido, se produce una situación de extrema vulnerabilidad y exclusión, pues aquellos que material y formalmente tienen menos posibilidades reales de participar en la formación de las normas, es decir que son relevados de la participación política, terminan siendo las víctimas de esa exclusión. Esta situación no solo ocurre en Colombia, pues Argentina, Chile y Perú, al decir de Gargarella, también experimentan este fenómeno de doble discriminación «donde grandes grupos de personas son víctimas de graves violaciones de derechos fundamentales y no participan de ningún modo razonable en la creación de la ley, es decir, donde ellos sufren de graves ofensas sustanciales y graves exclusiones procedimentales» (Gargarella, 2008:29).

El asunto crítico es que las «normas de excepcionalidad» que, en principio, estaban destinadas a desintegrar las mafias, a desestructurar las organizaciones criminales y a atacar directamente a los «peces grandes» de la criminalidad organizada, terminan resultando absolutamente ineficaces para tales propósitos. A pesar de haber sido elaboradas y justificadas en pro de una política eficaz para lograr la respectiva desarticulación del accionar criminal, se termina,

21. Por ejemplo, una de estas lógicas es la participación del Estado como uno de los responsables históricos de la guerra en Colombia. Así, el gobierno de Uribe Vélez asumió a lo largo de sus ocho años de gobierno (2002-2010) que el Estado colombiano no era responsable directo de la guerra, sino sólo un actor «solidario» con las víctimas que otros producen. Lo cuestionable es que con ello no solo se suspende la obligación histórica y judicial en los hechos crueles, sino que también se sitúa al Estado como una especie de «arquetipo institucional incólume», en una posición cómoda de «actor imparcial» de una guerra que él mismo ayudó a producir y perpetuar históricamente.

por el contrario, confundiendo a través de ellas a los actores del conflicto. Se confunde a los combatientes con la población civil; a los grandes capos de la droga con los campesinos obligados por la miseria y la falta de políticas públicas programáticas, a cultivar la coca para sobrevivir; a los líderes de los movimientos sindicales y sociales con los rebeldes combatientes; a los empleados de rango medio con los peces grandes de la corrupción. Ejemplos de esta dinámica normativa de estatutos de emergencia son, en general, las diversas normas expedidas por el estado colombiano al amparo del denominado «estado de sitio» con el firme propósito de erradicar la criminalidad. Así, siguiendo al profesor Aponte, podemos afirmar que asistimos a un:

Eficientismo penal condicionado, a su vez, y en gran medida, por la alta criminalidad que desde hace décadas vive el país. Hechos conflictivos en extremo, que son hoy casi circulares, le brindan al caso colombiano su especificidad incluso en el continente. Es esa conflictividad la que subyace a la expedición de la Ley 2ª de 1984, al estatuto de 1986, al estatuto antiterrorista de 1988, al estatuto de 1990, a la declaración de conmoción interior de 2002 y es, además, la que alimenta las numerosas normas que desde entonces se han dictado en contextos generales de emergencia. Por esta razón el *derecho penal de enemigo*, eficientista y ligado a escenarios de alta conflictividad, es también un *derecho penal de la emergencia*, entendida ésta hoy de una manera más general y no sólo ligada al uso histórico y circular del estado de sitio anterior a la carta política de 1991 y de los estados de excepción consagrados hoy en dicha carta (Aponte, 2006:49).

De ser estatutos que contienen normas que vulneran las garantías constitucionales, lo que sucede es que se incorporan definiciones que separan y segregan a la comunidad nacional en dos bandos, los «sujetos de las normas de excepción» y la «población normal regulada por el derecho penal ordinario». A propósito, tenemos la Ley 733 de 2002, «por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión» la cual en su artículo 11 establece una absoluta discriminación entre delincuentes o sujetos justiciables:

Artículo 11: Exclusión de beneficios y subrogados. Cuando se trate de delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional.

Tampoco a la prisión domiciliaria como substitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva.

Como puede apreciarse, la norma citada establece una diferenciación que no encuentra acomodo alguno si se compara frente al caso, por ejemplo, de Luis Alfredo Garavito, sujeto que conmocionó al mundo por los múltiples crímenes cometidos en contra de niños que fueron objeto de violación sexual y posterior asesinato, para quien las rebajas y beneficios contemplados en la legislación ordinaria aplicaban sin ninguna restricción. Pero lo más grave, es que a pesar de ser esta norma claramente violatoria del artículo 13 de la Constitución Política de 1991, que introduce el derecho a la igualdad y la prohibición de tratos discriminatorios, la Honorable Corte Constitucional encontró ajustado el citado artículo 11 al precepto constitucional, quizá por las presiones políticas de que fue objeto en aquél entonces y que no dudaron en hacerse públicas en los más prestigiosos diarios de circulación nacional.²²

En este orden de ideas, y a manera de ejemplo, podemos también citar el artículo 15 de la Ley 40 de 1993 o estatuto antisequestro que, entre otras cosas dice: «los sindicatos o condenados por los delitos de que trata esta ley no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, libertad condicional ni a subrogados administrativos. En los casos del delito de secuestro, no podrán otorgarse la suspensión de la detención preventiva ni de la condena. La libertad provisional sólo podrá concederse por pena cumplida». Norma claramente discriminatoria en la que se desconocen garantías constitucionales. Igual sucede con la Ley 1142 de 2007, la Ley 1098 de 2008, entre otras leyes. Pero lo más problemático, a nuestro modo de ver el asunto, es la posición que ha asumido la Corte Constitucional al tratar el tema en los fallos C-213 de 1994, C-762 de 2002, donde permite al legislador crear «diferenciaciones odiosas» y violatorias de la dignidad humana bajo el supuesto de una pretendida libertad de configuración legislativa que desconoce el principio de igualdad.

Ahora bien, según el profesor Aponte, en nuestro medio no es extraño entonces que haya hecho carrera un *derecho penal político de enemistad*, como

22. Véase diario El Tiempo, julio 17 de 1996:1 A (Citado por Aponte, 2006).

representación modélica de un derecho penal eficientista. Tres dimensiones son centrales a este derecho, a saber: **a)** la dramatización de la violencia; **b)** la criminalización de los problemas sociales, económicos y políticos; **c)** la militarización de la función policiva. Examinemos detenidamente cada una de estas dimensiones dado que son las que con fuerza permiten entender cómo se legitimó y opera al día de hoy este tipo de derecho en nuestro medio.

Dramatización de La Violencia

Cuando se habla de dramatizar la violencia se alude a la percepción que se tiene de violencia y, más que eso, a la manera como se manipula determinada percepción con la finalidad de justificar la tendencia de la política criminal que sofoque la amenaza real o aparente de esta. Desde otra perspectiva, dramatizar la violencia para con ello derivar réditos inmediatistas (y, por qué no, mediáticos), equivale a realizar un uso servil de situaciones y actores, instrumentalizando su contenido, estereotipando la realidad de suyo violenta, forzándola a aparecer en forma distinta a su carácter ontológico y justa valoración, todo ello en detrimento de las garantías fundamentales. Esto lleva atado fenómenos indeseables como la «inflación legislativa», el «uso simbólico, mesiánico y eficientista del sistema penal». Casos paradigmáticos de esta escenificación los constituyen el llamado «Monstruo de Mariquita», en donde se relata el caso de un hombre que convivía con su hija desde hacía varios años y que fue utilizado por los medios de comunicación a tal punto que convirtieron a ese sujeto en el peor de los criminales. Igual situación ocurrió con el secuestro y posterior asesinato de un niño, donde se vio involucrado el presunto padre del mismo, caso que los medios de comunicación utilizaron durante más de tres semanas. Sin embargo, masacres cometidas por los paramilitares en la región de El Salado, donde hubo prácticas de descuartizamiento y empalamiento, no tuvieron la misma resonancia en los medios.²³

Según Aponte, la *dramatización* corre por cuenta de dos hechos históricos concretos, como son las declaratorias de conmoción interior que realizó el go-

23. Al respecto puede consultarse el informe *El Salado: esa Guerra no era nuestra* (2009).

bierno nacional para los años de 1992 y 1994,²⁴ como quiera que su trabajo se circunscribe al momento de aparición de la Constitución de 1991. No obstante, deja por fuera, por una decisión de recorte empírico de la investigación, consideraciones sustanciales sobre el fenómeno de violencia política que ha estado agenciado hace más de cincuenta años, además, la influencia decisiva que ha jugado sobre nuestro contexto la insurgencia armada, en este caso las FARC.

Ahora bien, estas dos declaratorias de conmoción interior, conducen al profesor Aponte a ajustar la mirada analítica en torno a la evidente tensión entre derecho penal eficientista y garantías ciudadanas, concretamente el principio de libertad. Desde su argumentación, estas decisiones del ejecutivo estuvieron motivadas por la posible salida de los establecimientos carcelarios de personas que venían siendo procesadas por delitos contra la Ley 30 de 1986 y hacían parte de la cruzada estatal contra el narcotráfico, convertidos por el Gobierno en *enemigos* del establecimiento. Sus liberaciones, empero, obedecían al cumplimiento de la misma normatividad expedida por el ejecutivo, que hacían viable el derecho a la libertad por haber permanecido un tiempo considerable tras las rejas sin que se les hubiese condenado.²⁵ Aquí, es importante rescatar el muy pertinente cuestionamiento del autor, cuando razona: ¿cómo es posible que el cumplimiento de la ley pueda ser motivo de la causación de la conmoción interior? Es decir: ¿el allanamiento al derecho acaso tiene la capacidad de perturbar el orden público ciudadano? Así, se detiene escrupulosamente en las razones del ejecutivo como en los pronunciamientos de la Corte Constitucional²⁶ que

24. Para el 10 de octubre de 1992, el Gobierno Nacional mediante decreto 115 declaró el estado de conmoción interior para frenar la salida en libertad de los establecimientos carcelarios de personas consideradas peligrosas para la sociedad, por parte del ejecutivo. Por motivos análogos se procedió a otra declaratoria el 1 de mayo de 1994 mediante decreto 874.

25. Es importante recordar que el Presidente Álvaro Uribe Vélez, mediante Decreto 3929 de octubre 9 de 2008, declaró la Conmoción Interior para salirle al paso a la huelga de los trabajadores de la rama judicial y «evitar la salida masiva de los detenidos considerados como criminales de alta peligrosidad» por vencimiento de términos.

26. En las sentencias C556 de 1993 y C-300 de 1994 son especialmente importantes para el autor, los salvamentos de voto: en la primera decisión que declaró exequible el decreto de conmoción, salvaron voto Ciro Angarita y Alejandro Martínez Caballero; en la segunda, donde la Corte se resiste a la exequibilidad, los que salvaron voto fueron Herrera, Morón y Naranjo, los dos primeros exmagistrados de posturas conservadoras a lo largo de su paso por el alto tribunal constitucional. Es de tener en cuenta que en ese interregno, la Corte se

decidieron sobre la constitucionalidad de las determinaciones. Recordemos que en ambas ocasiones la Corte prácticamente se dividió; en la primera ocasión la Corte determinó la exequibilidad de la declaratoria de conmoción interior, mediante la restricción de las garantías penales como la limitación de la libertad personal, que es un derecho fundamental. Sin embargo, la segunda declaratoria fue encontrada incompatible con la Constitución, negándola bajo el argumento que la liberación de narcotraficantes y guerrilleros no perturbaba el orden público, pues las mismas normas lo permitían y en momento alguno a los procesados se les podía imputar las disfunciones del aparato judicial; sin embargo, tras ello se camuflaba la verdad respecto de los logros del gobierno en su lucha integral contra la subversión y el narcotráfico, lucha que a pesar de las múltiples normas y restricciones no estaba ganada.

Amparado en la conmoción interior, el gobierno nacional aprovechó para dictar disposiciones que permitían juzgar durante términos indefinidos, herir de muerte el *habeas corpus* y la libertad de prensa y otorgar inconcebibles funciones de policía judicial al Ejército. En fin, una serie de medidas arbitrarias que tipifican lo que el profesor Aponte denomina un «derecho penal político del enemigo». Todo esto le da pie para profundizar en una temática trascendental: el régimen de libertad en el sistema penal colombiano. Esta cuestión, la cual el autor ha profundizado en otros textos (por ejemplo, Aponte, 2006), le sirve para mostrar que en el nuevo contexto procesal acusatorio, cuando se definen situaciones relativas a la libertad, por considerarla un principio general cuya limitación se da por la vía de lo excepcional, es menester tener en cuenta ciertas prerrogativas, por ejemplo: el bloque de constitucionalidad. Esta prerrogativa, contribuye a que la limitación de la libertad esté sometida a un plazo razonable y a que en ningún momento pueda constituirse en pena, sin que le anteceda sentencia condenatoria, sino un instrumento orientado a

pronunció mediante la sentencia C031 de 1993, con ponencia de Cifuentes Muñoz, sobre un decreto de conmoción que limitaba la libertad de prensa, otorgaba funciones de policía judicial al ejército, creaba el programa de protección a víctimas, la colaboración eficaz, negociación de penas y colocaba límites a la libertad provisional. En dicha ocasión, salvó su voto nuevamente el magistrado Ciro Angarita y aclaró el suyo Alejandro Martínez Caballero. No sin razón algunos trabajos de teoría constitucional hablan de magistrados progresistas y conservadores.

la finalidad procesal imperiosa de evitar la fuga o el peligro para la víctima, los testigos, la comunidad y la administración de justicia.

En la medida que el profesor Aponte reconoce que la valoración de todas estas instancias que permiten su limitación es asunto difícil, es oportuno traer a colación la propuesta específica de Veira González (2008), de efectuar lo que llama «Test de razonabilidad de la detención preventiva», instrumento metodológico que se nutre de los escrutinios de proporcionalidad utilizados por los tribunales europeos y anglosajones, así como del desarrollo que de ellos hace nuestra Corte Constitucional, lo cual garantiza que la decisión de privar de la libertad a una persona durante el proceso, deje de ser un «acto de puerilidad», de «dramatismo en los medios» forzando a fiscales y jueces de control de garantías a realizar argumentaciones consistentes y aceptables *endo* y *extra* procesalmente. De otra parte, es de suma importancia considerar aquí, que entre los elementos a tener en cuenta al definir sobre la libertad del procesado se profundice «en las circunstancias en que se cumple la medida de aseguramiento» (Aponte, 2006:415). Lo anterior demanda que los contextos de ejecución de las medidas asegurativas deban ser dignos; lo cual abre un importante espacio para la discusión sobre un punto que la judicatura se empeña tozudamente en desconocer: el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario colombiano.²⁷

Criminalización de los Problemas Sociales, Económicos y Políticos

La denominada «matanza de las bananeras», acaecida a comienzos del siglo XX, es un buen indicador para enfatizar que la utilización del derecho penal como «medida de solución» a los problemas sociales, económicos y políticos

27. «El relación a las condiciones que debe reunir el tratamiento carcelario, existen instrumentos internacionales como las *Reglas de Tokio*, las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (1955)*, entre otros, que pretenden que la resolución no avasalle la dignidad personal, ni el derecho de defensa y prevenga el trato cruel o degradante». Cfr. Veira (2008: 92 y 93). Es de resaltar aquí, que el nivel actual de hacinamiento en los centros penitenciarios de Colombia, alcanza la tasa de 41.7% de conformidad con el informe presentado por el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de Los Andes, ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que sesionó en julio de 2010, en Ginebra (Suiza).

en Colombia es cosa de vieja data (Aponte, 2006),²⁸ pues en lugar de legislar y reglamentar la exigencia de derechos por parte de los trabajadores en un ámbito de concertación y diálogo, el estado optó por su eliminación declarando a los huelguistas como rebeldes e insubordinados del régimen. Así, sucesivamente, se van dando en nuestra historia un buen número de sucesos en donde las exigencias sociales y la protesta son criminalizadas a efectos de acallar a los insurrectos, pues las exigencias de los estudiantes, de los nuevos movimientos políticos y sociales, así como la actividad sindical son constantemente atacados y matizados como enemigos del Estado. De otra parte, el modelo eficientista *sub examen*, a su modo de ver, se consolida en las décadas de los ochenta y noventa. Lo anterior contribuye a puntualizar que estas manifestaciones del *derecho penal de enemistad* no tienen como supuesto la una a la otra, ni lo es de la subsiguiente, sino más bien se presentan en un momento particular de la historia donde se consolidan. Tampoco se puede decir que las circunstancias fácticas que sirven para ilustrar cada manifestación son las únicas y excluyen otras. Más bien sirven como modelos, tal es el caso de las protestas de los cultivadores de coca en el sur del país y sus movilizaciones de 1996. Así, estos modelos son utilizados para demostrar la reducción de tan complejas problemáticas al binomio *crimen-pena*, para dilucidar la confusión entre política criminal y política social o, si se quiere, como el profesor Aponte la denomina «política a secas».

En este orden de ideas existiría un «dudoso atributo» que se le ha pretendido asignar al derecho penal, de poseer la virtud de resolver, como por encanto, las variadas dificultades sociales que padecemos, como la inequidad, la ignorancia, la pobreza o la marginalidad. Por el contrario, la historia nacional ha revelado, frente a la complejidad de los problemas, su incapacidad e ineficiencia. Ha propiciado el agravamiento de las causas que persisten insolutas, hasta arribar

28. Un ejemplo reciente al respecto, fue la actual huelga de los corteros de caña en el departamento del Valle. Los corteros demandaban un régimen de contratación justo. Al igual que ellos, las movilizaciones indígenas del Cauca y Valle del Cauca demandaban el cumplimiento de acuerdos con el gobierno nacional respecto a la asignación de tierras productivas y el respeto de los derechos humanos de sus integrantes, donde curiosamente varios de los huelguistas y marchantes fueron luego judicializados y detenidos. De parte del Gobierno, se señaló la «infiltración» de estos movimientos sociales por cuenta de movimientos subversivos y, además, se denunció su financiación con dineros de simpatizantes extranjeros a las causas de los «terroristas».

a la confrontación insurgente y contrainsurgente. En esa dinámica, campesinos y colonos, son transformados en *el hostes* schmittiano, un enemigo a exterminar por designaciones externas, amparadas en la lucha contra las drogas. Precisamente, a falta de reales políticas sociales de rehabilitación, concertadas y programáticas, que beneficien a las comunidades y traigan desarrollo humano, se desencadena un proceso de *criminalización* selectiva o coyuntural.

Para el profesor Aponte, no puede pasarse por alto que en la reacción frente a los cultivadores de coca y en la respuesta a la posibilidad de liberación de los presos por vencimiento de términos, opera una circunstancia especial que le resta legitimidad al proceder del Estado. La razón de esto es que la misma legislación dentro de su configuración contradictoria no deja de admitir cierto margen de licitud en la fácticidad que da lugar a las declaratorias de conmoción. Así, en el primer caso la ley penal exige la liberación de los presos conforme lo estipulaba el artículo 415 del entonces estatuto procesal penal y, en el segundo, el Estatuto Nacional de Estupefacientes reconoce que no se puede punir la siembra de coca en forma indiscriminada, pues son evidentes las finalidades médicas, científicas y culturales que en ello persisten.²⁹

Militarización de la Función de Policía

La posibilidad de realizar allanamientos, interceptaciones telefónicas, capturas contra quienes presentan «graves indicios de perturbar el orden público», adelantar indagaciones, juzgar a los civiles mediante consejos verbales de guerra y crear tipos penales abiertos durante los estados de excepción, fueron en las décadas de los sesenta y setenta prerrogativas que se abrogaron a las autoridades militares, bien a través de normas constitucionales,³⁰ especialmente a

29. Los tipos penales de la Ley 30 de 1986 contienen cláusulas como «el que exceda la dosis personal», o «el que sin permiso de la autoridad competente». Y aún más: «El Consejo Nacional de Estupefacientes reglamentará los cultivos de plantas de los cuales», frases y expresiones abiertas, confusas, con texturas indeterminadas, que dan pie a un sin fin de interpretaciones.

30. Téngase en cuenta el artículo 28 de la extinta Constitución.

través del tristemente célebre Estatuto de Seguridad³¹ que era fiel copia de los estatutos represivos de las dictaduras del Cono Sur inspirados en la ideología de la Seguridad Nacional.³²

Esta manifestación del *derecho penal de enemigo* es materia de consideración, como quiera que se trata de una ambición inquebrantable del poder político, como acertadamente lo hace ver el profesor Aponte. No es de olvidar que en épocas más recientes, ello ha sido alcanzado con la expedición del Estatuto para la Defensa de la Democracia de 1990 y el Estatuto Antiterrorista del 2003. O por decreto de conmoción interior como el 1810 de 1992, donde las unidades militares bajo la coordinación de la Fiscalía quedaban facultadas para desarrollar labores de policía judicial en el mismo lugar de la confrontación bélica. Ello ha resultado contraproducente por el mismo régimen jerárquico y autoritario de lo castrense, dado que asigna funciones que deben dispensarse con imparcialidad e independencia, aparte de romper la estructura de la misma fuerza armada y pretender ignorar una prohibición que deviene sustancial: los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares incluso en los estados de excepción.

El hecho concreto, como apunta el autor, es el *instrumentalizar militarmente* las funciones de policía judicial asignándoselas a unidades militares inmersas, a su vez, en la confrontación armada. La verdadera problemática que entraña esta mezcolanza de funciones en una misma autoridad como la policiva, el autor la encuentra palpable en las diferenciaciones que realiza Walter Benjamin: «(...)la policía es un poder que funda –ya que la función particular de este último no es la de promulgar leyes, sino la de expedir decretos con fuerza de leyal mismo tiempo que es un poder que conserva el derecho, en la medida en que se coloca a disposición de estos fines (...)» (Aponte, 2006:495-496). Como quien dice, no se puede ser juez y parte al mismo tiempo.

Pero la pretensión de mayor gravedad –que bien podría dar lugar a desprender una cuarta manifestación de un *derecho penal de enemigo*, con el respeto que merece un trabajo como el del profesor Aponte tiene relación directa con

31. Decreto 1923 de 1978, que recibió la bendición de la Corte Suprema de entonces, y permitió que las cortes marciales juzgaran y condenaran a civiles por crímenes políticos entre los años de 1965 y 1987.

32. Para una ampliación de este tema en los países del Cono Sur y en México, se recomienda Dutrénit y Varela (2010).

una normatividad de emergencia, que no sólo anhelaba asignar determinadas funciones de policía judicial a los organismos de seguridad, sino el de involucrar a la población civil en los avatares de la confrontación armada contra las organizaciones insurgentes, lo mismo que patrocinar invasiones insoportables a la cotidianidad de habitantes de zonas de refriega. Nos referimos concretamente, a las que consideramos la mayor cruzada ideada por el ejecutivo con el objeto de militarizar la vida ciudadana: la Ley 684 de 2001, proferida a instancia del estado de excepción, sobre la cual hubo de pronunciarse la Corte Constitucional mediante sentencia C-251 de 2002, con ponencia de Clara Inés Vargas y Eduardo Montealegre Lynett.

La referenciada normatividad ambicionaba, nada más y nada menos, implementar un Estado autoritario, bajo principios filosóficos y estrategias que hubieran suscitado la envidia del mismo *Duche*, pues iba más allá de sofocar el egreso carcelario de unas cuantas personas asfixiando la generosidad de la ley y sofocando a tiros la marcha de campesinos cocaleros mendicantes ante las aspersiones indiscriminadas de sus cultivos, al pretender, bajo el pretexto de combatir la subversión, brindar seguridad y defensa nacional. Como dijo la Corte: «afectar la supremacía del poder civil sobre el militar, introducir un estado de excepción permanente, erosionar el pluralismo político y abrir el camino a un estado autoritario».³³

Esto se lograría a través de conceptos como el de «poder nacional», la creación de un Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, otro de movilización; la creación de «objetivos nacionales» de parte del Presidente; el otorgamiento de funciones de policía judicial a las fuerzas militares, entre otras prácticas, tal y como aparece en la justificación o consideraciones del decreto 1810 de 1992, que a la postre dice:

Que es necesario fortalecer la acción de los organismos judiciales en su función de investigar, acusar, juzgar; proteger a los funcionarios judiciales y a los de los organismos de fiscalización, así como a los testigos; permitir a las fuerzas militares desarrollar funciones de policía judicial, y reprimir ciertas conductas que contribuyen a que puedan tener éxito las operaciones de la delincuencia organizada (...) Que por

33. Esta decisión fue tomada por la Corte en plenaria, pues si bien se presentó un salvamento de voto (Monroy Cabra), él mismo se detuvo en consideraciones formales y de técnicas decisorias y no ingresó sobre la materialidad de la discusión.

las razones anteriores es indispensable otorgar funciones de policía judicial, bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación, a las Fuerzas Militares, para que en los lugares en donde no existan agentes de la Fiscalía o funcionarios que de acuerdo con la Constitución y las Leyes, pueden ejercer funciones de policía judicial, cumplan dichas funciones(...)

Ahora bien, no se sabe cómo puede ejercerse dirección y control de los nuevos funcionarios de policía judicial (miembros de las fuerzas militares) si, precisamente, van a fungir como tales en los lugares donde no hay miembros de la Fiscalía. Situación que dejaría a los investigados en manos de las fuerzas militares sin ningún tipo de garantías judiciales. Igualmente, se producen legislaciones orientadas a crear teatros de operaciones, zonas geográficas donde tenían efecto las tareas militares de recuperación del orden, a cargo de un comandante que coordinaría con las autoridades civiles de la región el registro de la población con datos identificatorios, imponiendo la obligación además para los ciudadanos que arriben a dicho territorio, de presentarse ante la autoridad civil, es decir, el famoso empadronamiento. Pero no podía faltar el insatisfecho anhelo: asignar funciones de policía judicial a las autoridades policiales, en contra de los tantos pronunciamientos de la Corte al respecto, como la aludida sentencia C-034 de 1993. El coste de la seguridad pública tendría, entonces, que sacrificar los más altos valores de la modernidad: la autonomía y la dignidad humana.

Consideraciones finales

Analizada la noción de *derecho penal de enemigo* desde algunas posiciones teóricas, así como las diversas manifestaciones que ha tenido para el caso colombiano, es válido proponer un derecho penal fundamentado en la constitución o un derecho penal del ciudadano como alternativa ante la vulneración sistemática de los derechos y garantías impulsadas por la concepción de amigo-enemigo schmittiana en el campo jurídico. Es decir, un derecho amparado en el respeto de la dignidad humana que incluya y no vulnere y estigmatice a todos los sujetos. Un derecho que reconozca a todos los sujetos como miembros del Estado y les brinde las mismas oportunidades y garantías al momento de ser enjuiciados dentro de un marco de legalidad y justicia. Un derecho que respete los prin-

cipios y valores decantados por la dogmática y la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, dejando plena claridad sobre las conductas que prohíbe y los procedimientos aplicables, pues la utilización de un lenguaje vago da lugar a lo que en derecho se conoce como «zona de penumbra», que impide la comprensión de los tipos penales y dificulta su aplicación. El respeto por el principio de la libertad debe guiar las regulaciones punitivas y no debe permitirse la exclusión o negación de las personas bajo supuestos criminalizantes que discriminan a ciertos sujetos dando un trato diferenciado, ya sea a favor o en contra. Pues la diferenciación introducida por la ley penal contribuye a ampliar la brecha de exclusión de quienes sufren violaciones a sus derechos fundamentales y experimentan la crudeza de las condiciones que lleva consigo la pobreza. La penalización en el estadio previo o el adelantamiento de la punición a la etapa preparatoria, en muchos casos coarta la libertad de pensamiento, la libertad de expresión y no logra establecer criterios para distinguir la moral del derecho. Así, debe respetarse la proporcionalidad entre el delito y la pena atendiendo a los criterios de política criminal y a la especial protección de los bienes jurídicos fundamentales, pues casos como el artículo 29 de la ley 40 de 1993 que imponía la misma pena para el homicidio que para el secuestro extorsivo (art. 1 de L. 40 de 1993), dicen mucho respecto de la prioridad u orden jerárquico de los bienes jurídicos tutelados por el legislador en Colombia.

Ahora bien, es menester lograr alcanzar una clara diferenciación entre «política criminal» y «política a secas». La primera orienta la actividad punitiva y selectiva de las conductas consideradas como atentatorias del orden y las expectativas comportamentales de los miembros de la colectividad, a efectos de ser sancionadas con penas acordes con los presupuestos constitucionales. La segunda, hace referencia a la manera de entender las relaciones de poder y toca lo atinente con la conducción del Estado, su organización y las relaciones a establecer con la comunidad internacional, entre otras. Lo que no se puede confundir es tratar de resolver los problemas sociales que ameritan una intervención de orden económico, pedagógico o político, con una política orientada a criminalizar las manifestaciones de protesta, propias de la exclusión social o derivadas de la desigualdad, como si eso fuera la solución. De ser así, estaríamos confundiendo la causa con el efecto. No obstante, erigir un derecho penal con base en la dignidad humana no es suficiente, dado que hemos visto que el

ejecutivo, con la complacencia del legislador e incluso de los guardianes de la constitución, en sendos fallos, han desconocido flagrantemente las garantías constitucionales y, si se quiere, legitimado el actuar irresponsable del ejecutivo de cara al respeto de la misma dignidad. Es bien sabido que la eficacia de un aparato normativo depende, en gran medida, de la manera como los altos tribunales lo materialicen. Por estas razones, consideramos que es necesario el activismo estratégico de los intelectuales y académicos en defensa de los derechos y garantías frente al menor atisbo de autoritarismo.

Lo anterior implica, una mejor formación y una fundamentación humanística de los abogados. Además de su concientización en el papel que juegan como defensores del orden constitucional y garantes de la dignidad humana; a ello se suma, la realización de estudios críticos que den cuenta de nuestros «vacíos jurídicos» a fin de no volver sobre los mismos pasos. Implica además, la participación efectiva de los colegios de abogados, de los centros de estudios jurídicos y la decisión inamovible de defender. Adicionalmente, es necesario insistir en el papel fundamental del activismo estratégico jurídico de las Cortes, pues ellas, a partir del denominado derecho de los jueces, juega un rol indispensable en el control de la actividad legislativa, en el papel de los colectivos de abogados y en la fundamentación de demandas que emergen de los movimientos de la sociedad civil.

Referencias

- Agamben, G. (2003). *Homo Sacer. El Poder Soberano y la Nuda Vida I*. Valencia: Pre-textos.
- Agamben, G. (2004). *Estado de Excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Althusser, L. (1975). *Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado*. México: ENAH.
- Aponte C, A. (1998). *El estado de excepción*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Aponte C, A. (2006). *Captura y medidas de aseguramiento*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Aponte C. A. (2006). *Guerra y derecho penal de enemigo*. Bogotá: Ibáñez.

- Baratta, A. (2004). *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Bauman, Z. (2003). *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.
- Benavides, F. (2008). «Continuidad y discontinuidad en Carl Schmitt: excepción, decisión y orden concreto». En: *Normalidad y excepcionalidad en la política (Schmitt, Agamben, Zizek y Virno)*, Múnera, L. (ed.) 51-83. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Brandariz García, J. Á. (2007). *Política criminal de la exclusión*. Granada: Editorial Comares.
- Brunkhorst, H. (2007). «Violencia, democracia y reconciliación». En: *Las Víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*, Hoyos Vásquez, G. (ed.), 31-48. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bustos Ramírez, J. (1987). *Control Social y Sistema Penal*. Barcelona: Promoción Publicaciones Universitarias.
- Camargo, P. P. (2002). *Los estados de excepción en Colombia*. Bogotá: Leyer.
- Cancio Meliá, M. (2003). ¿Derecho penal del enemigo? En: *Derecho Penal del Enemigo*, Jakobs, G. & Cancio M., M. 57-102. Madrid: Civitas.
- Cancio Meliá, M. (2002). Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. En: *Jueces para la Democracia*, 44: 19-26.
- CNRR, Grupo de Memoria Histórica. (2009). *La masacre de El Salado: esa guerra no era nuestra*. Segundo Informe de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Bogotá: Taurus/Semana.
- Cote Barco, G. E. (2010). *Derecho penal de enemigo en la Violencia (1948-1966)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Durkheim, E. (1995). *La división del trabajo social*. Madrid: Ediciones Akal.
- Dutrénit, S. & Varela, G. (2010). *Tramitando el pasado / Violaciones de los derechos humanos y agendas gubernamentales en casos latinoamericanos*. México: Flacso.

- Feijóo Sánchez, B. (2006). El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho. En: *Revista Internacional Derecho penal Contemporáneo*, Julio-Septiembre, No. 16.131-176. Bogotá: Legis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- García V. M. & Uprimny, R. (2006). «El control judicial de los estados de excepción en Colombia» En: *Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, GarcíaVillegas, M. & Uprimny, R. (eds.) Bogotá: Norma.
- Gargarella, R. (2008). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del hombre Editores.
- González, F., Bolívar, I. & Vásquez, T. (2003). *Violencia política en Colombia, De la nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá: CINEP
- Guerrero, O. J. (1988). Carl Schmitt y la revolución legal del Tercer Reich. En: *Argumento* No. 18-21.
- Giraldo, J. & Molina, J. (2008). *Carl Schmitt: derecho, política y grandes espacios*. Medellín: Universidad EAFIT.
- Hernández, D. (2008). «Liberalismo totalitario. Derecho, biopolítica y estado de excepción en Agamben». En: *Normalidad y excepcionalidad en la política (Schmitt, Agamben, Zizek y Virno)*, Múnera, L. (ed.) 85-108. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Hobbes, T. (1992). *El Leviatán*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Hobbes, T. (1987). *Antología (Del ciudadano)*. Barcelona: Península.
- Jakobs, G. (2003). Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo. En: *Derecho Penal del Enemigo*, Jakobs, G. & Cancio M., M. (eds.) 19-56. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. (1999). La ciencia del derecho penal frente a las exigencias del presente. En: *Estudios de Derecho Judicial*, 20: 119-146.
- Jaramillo M., J. (2004). Ética, Política y Republicanismo en Kant. En: *Praxis Filosófica*. 18: 10-114.
- Kant, I. (1993). *Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Altaya.

- Kant, I. (1986). En torno al tópico «tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica». En: *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos.
- Kessler, G. (2009). *Sociología del temor al delito*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores).
- Muñoz Conde, F. (2005). «El nuevo derecho penal autoritario: Consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo». En: *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía.
- Múnera, L. (2008). «Normalidad y excepcionalidad en la política». En: *Normalidad y excepcionalidad en la política (Schmitt, Agamben, Zizek y Virno)*, Múnera, L. (ed.) 13-49. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Orozco, I. (2009). *Justicia Transicional en tiempos de deber de memoria*. Bogotá: Temis/Universidad de los Andes.
- Orozco, I. & Gómez, J. G. (1999). *Peligro del nuevo constitucionalismo en materia criminal*. Bogotá: Temis/IEPRI.
- Orozco, I. (1991). *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Bogotá: Temis.
- Palacios, M. (2003). *Entre la legitimidad y la Violencia*. Colombia, 1875-1994. Bogotá: Norma.
- Ranciere, J. (2006). *Política, Policía y Democracia*. Santiago de Chile: Lom.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Robin, C. (2004). *El miedo. Historia de una idea política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J. J. (1998). *El contrato social*. Barcelona: Altaya.
- Sandoval, J. & Abello, J. (2006). Estudio político-criminal y dogmático de los principios y garantías del estatuto de Roma. En: *Revista de Derecho*. 26: 137-204.
- Sánchez García de Paz, I. (2007). La criminalización en el ámbito previo, como tendencia político-criminal contemporánea. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*. No. 20 Julio -Septiembre, Bogotá: Legis.
- Schmitt, C. (2002). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza.

- Schmitt, C. (2001). «Teología Política I: cuatro capítulos sobre teoría de la soberanía». En: *Carl Schmitt, teólogo de la Política*, Aguilar, H. O. México: Fondo de Cultura Económica.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Uribe, M. T. (2001). *Nación, ciudadano y soberano*. Medellín: Corporación Región.
- Veira G., M. A. (2008). *Régimen de libertad en el sistema acusatorio. Test de razonabilidad de la detención preventiva*. Cali: Legein.
- Velásquez Velásquez, F. (2005). El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana. *Revista de derecho penal y criminología*, N° 15.
- Weber, M. (1977). *¿Qué es la burocracia?*. Buenos Aires: La Pléyade.
- Von Clausewitz, K. (1972). *De la guerra*. Editorial Zeta.

Autores

Natalia Rodríguez Uribe

Es Doctora en Derecho Ambiental Internacional y Derechos Humanos, Magíster en Derecho Internacional Ambiental y L.L.M. de la Universidad de Macquarie en Sídney, Australia, y Abogada de la Universidad de los Andes en Bogotá. Durante su estadía en Australia trabajó como docente en los cursos de Justicia Penal, Desarrollo Sostenible y Derecho Internacional. Hoy es la Directora de la Oficina de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, donde también enseña las cátedras de Derecho Internacional, Derecho Ambiental y Fundamentos de Derecho Constitucional. Sus áreas de investigación son el derecho ambiental, la conservación, el patrimonio cultural, los derechos humanos de los pueblos indígenas y los derechos colectivos.

Jorge Andrés Illera Cajiao

Candidato a Doctor de la Universidad Católica de Argentina, Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca. Profesor de planta de la Universidad Icesi, Cali, Colombia, litigante y asesor en áreas relacionadas con derecho constitucional, administrativo y laboral.

Yecid Echeverry Enciso

Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Argentina; sociólogo y magíster en Filosofía por la Universidad del Valle; Especialista en Derecho Penal por la Universidad Santiago de Cali y Abogado de la Universidad San Buenaventura de Cali. Actualmente se desempeña como Docente Tiempo Completo en la Universidad Icesi, donde enseña las materias de Derecho Penal General y Derecho Penal Especial. Se interesa por el derecho penal, la criminología, la política criminal, la sociología y la filosofía jurídica.

Mario Alberto Cajas Sarria

Es Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes, Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y Abogado de la Universidad del Cauca. Ha sido investigador visitante en Harvard Law School. Actualmente es profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, en donde también dirige el Departamento de Estudios Jurídicos. Sus áreas de interés giran alrededor del derecho constitucional, la historia del derecho y el derecho comparado. Sus últimas publicaciones son La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991, Tomos I y II (Universidad de los Andes y Universidad Icesi, 2015).

Abdón Mauricio Rojas Marroquín

Es Doctor en Derecho y Magíster de la Universidad de los Andes; Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda y Abogado de la Universidad Libre. Realizó su pasantía de Doctorado en Columbia University, School of Law, New York, EE.UU. Actualmente es profesor de tiempo completo de la Universidad Icesi y tiene a su cargo los cursos de Argumentación Jurídica, Derecho Constitucional e Introducción al Derecho. Es el Editor de la Revista Jurídica Precedente.

Lina Fernanda Buchely Ibarra

Es Doctora en Derecho de la Universidad de los Andes; Magíster en Derecho e Instituciones Legales en la Universidad de Wisconsin – Madison, Estados Unidos. Magíster en Derecho, Politóloga y Abogada de la Universidad de los Andes. Actualmente la Directora del Programa de Derecho de la Universidad Icesi donde también dirige el Seminario de Género. Tiene publicaciones relacionadas con temas de Teoría Jurídica, Sociología del Derecho y Estudios de Género.

María Victoria Castro Cristancho

Es Doctora en Derecho y Abogada de la Universidad de los Andes. Actualmente es profesora de planta del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte. Ha sido profesora de las áreas de Teoría Jurídica y Derecho Público Constitucional en el pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca. Sus áreas de interés son el derecho constitucional, la enseñanza del derecho, el feminismo, y la sociología y filosofía jurídicas con especial énfasis en la relación derecho – espacio – poder.

Iván Mauricio Lenis Gómez

Es Doctor en Sociología Jurídicas e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Empresarial y Abogado de la Universidad de Medellín. Actualmente es miembro del Colegio de Abogados especializados en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia. Es docente investigador de la Universidad Icesi y se desempeña como Director del Programa de Maestría en Derecho. Sus áreas de interés son la sociología jurídica, la seguridad social y el derecho del trabajo.

Diana Patricia Quintero Mosquera

Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia; Magister en Filosofía de la Universidad del Valle; Especialista en Ética y Derechos Humanos de la Universidad del Valle; y Abogada de la Universidad Libre. Profesora tiempo completo de la Universidad Icesi desde 2001, en donde ha sido Jefe de Departamento de Estudios Jurídicos, además de Fundadora y Directora del Grupo de Acciones Públicas (GAPI). Se desempeñó como Profesora tiempo completo de la Universidad del Valle entre 1997 y 2001. Entre 2012 y 2013 fue Becaria Hubert H. Humphrey de Fulbright en el Human Rights Center - University of Minnesota, U.S.A., en donde se desempeñó además como Directora Clínica de Proyecto, adscrita al Human Rights Program - Institute for Global Studies, entre 2013 y 2014. Es autora, entre otros, del libro *La salud como derecho: estudio comparado sobre grupos vulnerables*; y *El derecho a la igualdad*. Sus áreas de interés son la argumentación jurídica, la filosofía del derecho y los derechos socio-económicos.

Fernando Gandini Ayerbe

Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Argentina, Magíster en Derecho Contractual de la Universidad Roma Tre de Italia y Abogado de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Es el director de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Icesi de Cali, en la que se desempeña como profesor en las áreas de Obligaciones y Contratos. Conjuer de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali; árbitro del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali y abogado asesor de la firma Hurtado & Gandini.

Jefferson Jaramillo Marín

Doctor en Investigación en Ciencias Sociales por la Flacto, México; magíster en Filosofía y sociólogo de la Universidad del Valle. Es Profesor Asociado y Director del Departamento de Sociología de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Sus intereses académicos incluyen la sociología jurídica, la filosofía política, ciencias sociales, víctimas del conflicto y memoria histórica.

Índice temático

— C

Conflicto armado

42, 231, 254, 294, 321, 341

Constitución

03, 05, 09-10, 13, 16, 22-24, 28, 37-50, 52-54, 59-60, 64-68, 70, 73-75, 84, 86-87, 91, 95, 97, 100, 104, 110, 113, 115-121, 124, 127, 129, 163, 184, 202, 242, 281-283, 288-289, 293, 297, 298, 320, 328, 340, 346, 348-349, 352, 355

Contratos conexos

305-306, 312

Criminalización

334, 336, 342-343, 347, 352, 360

— D

Democracia

09-10, 39-40, 89, 109, 115, 164, 290, 298, 326, 339-340, 358-359

Derecho penal del enemigo

319, 322, 325-326, 329, 331, 333-360

Derechos colectivos

10, 16-30, 32-35, 37, 39, 43, 47, 53-54, 57, 64-66, 68, 73, 75, 88, 92-96, 99

Derechos humanos

10, 16-18, 20-22, 24-26, 28, 31, 37, 43, 46, 48-49, 52, 54, 57-58, 64, 67, 73, 77, 85, 87-93, 99, 186-188, 190, 192, 209, 213, 242-244, 252, 264, 268, 279, 332, 340, 351, 356, 359

Derechos individuales

03, 10, 16-17, 19, 35, 54, 63-68, 73, 84, 88, 93, 95-96, 99-100, 279-280, 292

Desarrollo

03-04, 05, 07, 10-11, 15-16, 44, 48-49, 51, 66-67, 71, 79-80, 83, 86, 90, 93, 131, 187, 206, 225, 233, 243, 245-247, 267, 271-285, 287, 289-292, 295-298, 304, 319, 322, 329, 338, 340-341, 350, 352

— E

Estado

03, 09-10, 13, 16-17, 23, 25, 31, 39, 41, 43-44, 47, 50, 56, 59, 65-68, 74, 77, 79, 83-88, 91-92, 94-95, 98-100, 104-106, 123, 131-132, 162, 208, 214, 225, 233-234, 237, 242-243, 245, 247, 250, 252-254, 256-258, 260, 263-266, 271, 273-280, 282, 285, 288-298, 318-320, 323-334, 336-338, 342-344, 351-352, 354-357, 359

— F

Filosofía del derecho

153, 157, 169, 181, 214-215, 276, 286, 296-298

— G

Género

11, 74, 92, 144, 146, 219-222, 224, 228-231, 235, 248, 293

— I

Intervencionismo

275, 282

— M

Mercado

09, 11, 93, 223, 226, 228, 232-236, 254, 258-260, 263, 272-278, 281-282, 284-286, 290, 292

— P

Pensiones

220-222, 224, 229-230, 234-235, 251, 255, 258-259

Protección social

11, 253, 267

— R

Recursos públicos

236

— S

Seguridad social

12, 90, 224-225, 241-250, 255-268, 273, 278, 283, 289, 291, 294

— V

Violencia

57, 104, 133, 231, 318, 320, 326, 339, 341-343, 347-348

Otros títulos de la colección

EL Sur es Cielo Roto

- **Intervención social y el debate sobre lo público:
reflexiones conceptuales y casos locales**

Grupo de investigación en Intervención y Responsabilidad Social

- **Más que teclas y pantallas. Acceso público
a TIC en Colombia**

Luis Fernando Barón Porras y Ricardo Gómez

- **¿La hegemonía norteamericana en declive?
El desafío del ALBA y la nueva integración
latinoamericana del siglo XX**

Bruce M. Bagley, Magdalena Defort (eds.)

- **Formas de modernización regional en el
suroccidente colombiano**

Diego Cagüañas, Enrique Rodríguez, José Darío Sáenz, Jaime E. Londoño, Julio César Alonso y Carlos Ignacio Patiño

- **Desafíos para la democracia y la ciudadanía**

Rafael Silva Vega, Juan Pablo Milanese, Vladimir Rouvinski (comp.)

Este libro se terminó de imprimir y encuadernar en agosto de 2016 en los talleres de Carvajal Soluciones de Comunicación (cotizaciones@carvajal.com), en la ciudad de Bogotá D.C., Colombia. En su preparación, coordinada por la Oficina de publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, se utilizaron tipos Adobe Garamond Pro en 12/15 y 11/13,5. La edición, que consta de 200 ejemplares, estuvo al cuidado de Natalia Rodríguez Uribe.



La obra compila tanto artículos como versiones actualizadas y revisadas de trabajos publicados en distintas revistas jurídicas del país. Se trata de escritos con temáticas y enfoques variados pero cuyo eje articulador y horizonte de inspiración es la innovación. En ellos se abordan cuestiones que, con miradas distintas, ocupan la atención del grupo de profesores e investigadores del Departamento de Estudios Jurídicos tales como: los derechos, la justicia, la equidad, la igualdad, los jueces, la protección social, la teoría y la filosofía jurídica, la iushistoria y la dogmática jurídica. En suma, son trabajos que reflejan aquel propósito de ver el Derecho de un modo diferente, como enseña lo advertirá el lector.

Mario Alberto Cajas Sarria
Universidad Icesi

Autores

Natalia Rodríguez Uribe • Jorge Andrés Illera Cajiao • Yesid Echeverry Enciso • Mario Alberto Cajas Sarria • Abdón Mauricio Rojas • Mauricio Lenis Gómez • Diana Patricia Quintero Mosquera • Fernando Gandini Ayerbe • Lina Fernanda Buchely Ibarra • María Victoria Castro Crislancho • Jefferson Jaramillo Marín



ISBN: 978-958-8936-11-6



9 789588 936116

Colección **EL SUR
CIELO
ROTO**